

Clara da Mota Santos

**ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA PROPOSTA DE
REAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE À TESE DE SUA “OBJETIVAÇÃO”**

Brasília

2013



Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito - FD

**ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA PROPOSTA DE
REAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE À TESE DE SUA “OBJETIVAÇÃO”**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Orientanda: Clara da Mota Santos

Brasília, 2013.

Clara da Mota Santos

Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”.

A candidata foi considerada aprovada pela banca examinadora.

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo

Orientador

Professor Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior

Membro (USP)

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto

Membro (UnB)

Brasília, 20 de maio de 2013.

Para Claudio e Selêneh (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho e do curso de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília não seria possível sem o apoio e a orientação sempre presente do Professor Juliano Zaiden Benvindo. A sua generosidade me permitiu ingressar num universo de autores, teorias e debates aos quais eu não teria acesso de outro modo. E mesmo que tivesse, não conseguiria compreendê-los de forma tão crítica e reflexiva. Desse convívio eu levo não apenas as lições valiosas e os sentimentos de gratidão e amizade, mas uma semente de inquietude para novos desafios.

Agradeço ainda aos professores com os quais convivi, servidores da Universidade de Brasília e colegas, em especial do grupo de pesquisa “Observatório do STF”. De uma das reuniões do grupo extraí a inspiração para o tema do texto e ele, sem dúvida, foi enriquecido por tudo que ali se passa.

Acima de tudo, agradeço a minha família e a Gabriel, meu esposo e grande incentivador, por tudo que representa na minha vida e, em particular, pelo apoio para que eu iniciasse o curso, contribuições e críticas ao trabalho final. O seu amor é que me faz ter coragem e vontade de ir além, sem ele eu não teria começado, sem ele eu não seria a pessoa que sou.

RESUMO

A atual postura ativista do Supremo Tribunal Federal tem como uma de suas manifestações a centralização na Corte de competências antes afetas a outros poderes e demais juízes. Como exemplo disto, na Reclamação nº. 4.335/AC, o STF pode declarar a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, superando expressamente a norma que prevê a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Essa providência não é só a faceta de um ativismo genérico, ela é também parte de um projeto mais amplo de colocação do controle difuso e concreto de constitucionalidade num plano secundário em relação ao concentrado e abstrato, no que vem sendo denominado de tese de “objetivação”. O presente trabalho objetiva confrontar a aludida abordagem, defendida por alguns Ministros do STF, com perspectivas teóricas que privilegiam a deliberação como forma precípua de tomada de decisões políticas numa sociedade que se autogoverna em meio ao dissenso estrutural existente entre seus membros. Desse cotejo entre diferentes visões e experiências em termos de jurisdição constitucional, busco a ressignificação do controle difuso e de seus institutos, como a resolução do Senado Federal, por renovados argumentos de índole democrática e não apenas tradicionalista.

Palavras-chave: ativismo judicial; mutação constitucional; controle difuso de constitucionalidade; democracia.

ABSTRACT

The present activist approach of the Supremo Tribunal Federal expresses itself on the centralization of powers of others branches and judges in the realm of the Constitutional Court. As an example, in the upcoming trial of the Reclamação nº. 4.335/AC, the Court might declare a constitutional change in the meaning of the rule that provides the participation of the Senate in the judicial review. This attitude is not only a demonstration of judicial activism, but is also part of a bigger project whose purpose is turning the diffuse form of judicial review, in which every judge in single cases can declare laws incompatible with the constitution, secondary when compared to the concentrated, objective and abstract european model. This work aims the confrontation of this thesis, defended by some Justices of STF, with theoretical perspectives that take deliberation as the main form of making political decisions in a society marked by structural disagreement among its members. From this comparison of different views and experiences in adjudication, I search a new meaning for the diffuse form of judicial review, based on arguments of democracy and not just of the past tradition.

Key-words: judicial activism; constitutional change; diffuse judicial review; democracy.

SUMÁRIO

Introdução	10
1. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro e o surgimento da tese de “objetivação” do recurso extraordinário	
1.1. Constitucionalismo e democracia	25
1.2. Do surgimento da tese de “objetivação” do controle de constitucionalidade difuso	33
1.3. A origem da “objetivação” do controle difuso e a perspectiva histórica contida no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº. 4.335/AC	36
1.4. Sobre o argumento da resolução do Senado Federal como ato de publicidade	39
1.5. A resolução do Senado na perspectiva do parlamento e da antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	42
1.6. Palavras finais	50
2. Ativismo judicial, metodologia de decisão e sistemas de controle de constitucionalidade	
2.1. Supremo Tribunal Federal e o recente ativismo judicial	52
2.2. Ativismo judicial e as abordagens teóricas axiológicas e neoconstitucionalistas	55
2.3. Ativismo judicial e metodologias de decisão: sopesamento de regras, princípios e valores	61
2.4. Ativismo judicial e sistema abstrato de controle de constitucionalidade	64
2.5. Palavras finais	69

3. A tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e a centralização de competências através da interpretação	
3.1. Coerência e mudanças na Constituição	70
3.2. Mutação e pré-compromisso constitucional	72
3.3. Sentidos atribuídos à mutação constitucional	76
3.4. Legitimidade da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal: é possível democraticamente superar o limite textual?	82
3.5. Tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e o argumento pragmático da eficiência.	93
3.6. Palavras finais	96
4. Supremacia judicial questionada: as possibilidades da ressignificação do controle difuso de constitucionalidade no Brasil	
4.1. Supremacia judicial e modelos de controle de constitucionalidade	98
4.2. Jeremy Waldron e o questionamento à supremacia judicial	104
4.3. Supremacia judicial e as formas fracas ou brandas de controle de constitucionalidade	109
4.4. Controle fraco de constitucionalidade no Brasil: precisamos da emenda constitucional nº. 33/2011?	117
4.5. A ressignificação da resolução do Senado Federal como reação à tese de “objetivação” do controle difuso	124
4.6. A hipótese das ilhas de controle fraco em sistemas fortes de controle de constitucionalidade (managerial model de Mark Tushnet)	130
4.7. O controle difuso e a singularidade dos casos como elemento indutor da postura minimalista	138
4.8. Palavras finais	144
5. Conclusão	148
6. Bibliografia	158

INTRODUÇÃO

O momento ativista do Supremo Tribunal Federal (STF) é provavelmente o assunto do constitucionalismo brasileiro mais comentado e analisado nos dias atuais, seja como fonte de preocupação ou exortação. E mesmo que haja controvérsia e obras díspares sejam dedicadas a defendê-lo ou atacá-lo, é generalizado o estado de surpresa e excitação em relação à preponderância adquirida pela Corte no trato de temas relevantes da vida política nacional. Em alguma medida, a Constituição Federal de 1988 e o desdobramento da judicialização que a seguiu nos acometeram com a reiterada questão sobre “como os juízes devem julgar?”¹.

Enquanto outras democracias já lidavam com o processo de questionamento do papel judicial há muito tempo², na nossa perspectiva histórica, é recentíssima a polêmica gerada pela nova postura do STF, que se faz ver, por exemplo, na concepção de concretude atribuída ao mandado de injunção, na interpretação atualmente conferida à fidelidade partidária, na

¹ Roberto Mangabeira Unger, *O Direito e o Futuro da Democracia*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 134.

² Para John Hart Ely, nos Estados Unidos, há muito a teoria constitucional é marcada pela dicotomia entre o “interpretacionismo”, pelo qual os juízes devem se ater a interpretações estritas e literais da Constituição, e o “não interpretacionismo”, que significa a hipótese de os tribunais fazerem cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento. O controle de constitucionalidade e seu alcance é tema que não sai de cena no debate institucional sobre a democracia. (*Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3).

cassação de mandatos parlamentares em ação penal, no reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e em tantos outros casos³.

Entre as inúmeras consequências geradas pela mudança, centrarei meu foco em um caso peculiar de manifestação do ativismo brasileiro: o avanço do Tribunal em direção à ampliação das suas próprias competências através do discurso de “mutação constitucional” do art. 52, X, da Constituição Federal, num movimento que está sendo chamado de “objetivação” do recurso extraordinário e que tem curso no julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da Reclamação nº. 4.335/AC.

A Reclamação nº. 4.335/AC teve início quando um juiz de direito em Rio Branco, no Estado do Acre, afixou um comunicado no fórum manifestando que, a despeito do julgamento do Supremo Tribunal Federal que decretara a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº. 8.072/90⁴, os réus em cumprimento de pena pela prática de crimes hediondos somente fariam jus à progressão de regime se o Senado Federal editasse uma resolução conferindo efeitos *erga omnes* à decisão adotada pela Corte, como determina o citado art. 52, X, da Constituição de 1988, segundo o qual “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Esse episódio de insurgência judicial contra a atribuição de efeitos gerais e vinculantes ao controle difuso trouxe um questionamento sobre os caminhos passados e futuros da nossa jurisdição constitucional e desencadeou a reação da Reclamação nº. 4.335/AC⁵, colocando os temas da superação declarada do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 e da completa “objetivação” do controle de constitucionalidade brasileiro na agenda das questões relevantes a serem decididas pelo STF.

O sentido que vem sendo atribuído ao vocábulo “objetivação” primeiro é o de que o controle concentrado de constitucionalidade, após a Constituição de 1988, é preponderante

³ Os precedentes são, pela ordem, respectivamente: MI nº. 670/ES; ADI nº. 3999/DF; AP nº. 470/MG e ADI nº. 4.277/DF.

⁴ Cf. HC nº. 82.959/SP.

⁵ A Reclamação nº. 4335/AC é de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. A aplicação da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988 é o ponto central discutido nos processos, que está paralisado em função de pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski. Cf. Informativo de Jurisprudência do STF de n. 463, de 16.04.2007.

em relação ao difuso⁶ ⁷. Desta premissa segue o raciocínio de que, com a ampliação dos instrumentos de controle concentrado e dos legitimados a manejá-lo, não existiria mais diferença substancial entre as duas sistemáticas, de modo que as decisões em sede de recurso extraordinário deveriam passar a ser dotadas de efeito vinculante, inclusive com a supressão da manifestação do parlamento no processo⁸. A iniciativa não se trata de uma valorização das decisões em sede de controle difuso, como a intenção de vinculação poderia transparecer. Ao contrário, os defensores da “objetivação” têm uma linha de pensamento pela qual deve ganhar primazia o controle concentrado e abstrato como forma de veicular as questões constitucionais, pois ele proporcionaria o imediato pronunciamento da Suprema Corte via liminar e outras vantagens em termos de eficiência e racionalização sistêmica⁹.

Enfim, por essa corrente, o controle difuso historicamente existente no Brasil desde a Constituição Federal de 1891 estaria passando – e deveria passar – por um processo de diminuição do seu espaço e incorporação das características de um processo objetivo, tal qual o da ação direta de inconstitucionalidade. A dimensão da mudança é sentida no voto do relator Ministro Gilmar Mendes na referida reclamação sobre a progressão de regime dos presos: “A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as

⁶ Para Gilmar Mendes: “a Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado”. (Capítulo do autor inserido na obra de Hely Lopes Meirelles. *Mandado de Segurança*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 485).

⁷ Em diversos momentos deste trabalho, mesclarei as denominações controle difuso, concreto e incidental as contrapondo, sem sempre de forma simétrica, aos termos controle concentrado, abstrato e principal. As características básicas do “modelo difuso” são seu viés incidental, restrito a um caso concreto e declaratório, ou seja, marcado por decisões de nulidade cuja eficácia é retroativa (*ex tunc*). (Cf. Francisco Fernández Segado, *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*, Direito Público, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 55-82, out./ dez. 2003, p. 12). Sem embargo dessa livre utilização dos termos assinalados, por vezes, as críticas por mim dirigidas ao modelo concentrado se reportarão mais ao seu caráter abstrato do que propriamente ao concentrado.

⁸ O emparelhamento entre as modalidades vem sendo pregado pelo STF, conforme voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº. 388.830-7, de 10.03.2006: “E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de guarda da Constituição, que a lei fundamental explicitamente lhe confiou”.

⁹ Segundo Gilmar Mendes, Inocência Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “a ampla legitimação, a presteza e a celeridade processual do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado”. (*Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.103).

controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”¹⁰.

Uma consequência relevante extraída pelo relator é a de que a intervenção do parlamento ao final do processo de revisão judicial seria uma providência anacrônica e destituída de sentido, pois como nas ações diretas a decisão do Tribunal tem efeito vinculante *per se*, a resolução do Senado Federal despir-se-ia de qualquer papel político, constituindo mera forma de publicização do posicionamento do STF. O seu voto decreta, então, uma mutação constitucional alteradora do art. 52, X, da Constituição de 1988. O sentido anterior da resolução senatorial como ato dotado de discricionariedade política seria substituído por um novo no qual ela passa a ser uma providência de índole burocrática.

Enquanto esse processo de “objetivação” do recurso extraordinário é visto pelo Ministro Gilmar Mendes e por uma gama de autores como uma saída para os trabalhos do STF e a expansão da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, baseada no modelo austríaco, a melhor fórmula para um país que sofreria com problemas graves de representatividade política e falta de agenda parlamentar¹¹, as críticas no sentido de que o Brasil possui uma tradição distinta em termos de controle de constitucionalidade não são rebatidas pelos Ministros em maior profundidade e acabam relegadas ao campo dos protestos de uma doutrina nostálgica. Uma hora ou outra, gostando ou não, todos haveriam de seguir a linha ditada pelo Tribunal, como vaticinou o Ministro Eros Grau em seu voto no qual também se posicionou pela ocorrência da referida mutação constitucional: “A esta altura a doutrina dirá que não, que entre nós coexistem a modalidade de controle concentrado e a de controle difuso de constitucionalidade e que a nossa tradição é a do controle difuso, atribuído à competência do Poder judiciário desde a Constituição de 1.891. [...] Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina”¹².

¹⁰ Cf. Reclamação nº. 4.335/AC.

¹¹ Luís Roberto Barroso descreve o ativismo judicial como a melhor postura das Cortes no caso específico das jovens democracias latinoamericanas: “Although I tend to agree with his point of view, my belief is that in modern young democracies it would be much more difficult to consolidate the rule of the law and to curtail abuses from traditionally authoritarian presidents without strong judicial control of legislation and executive action by an independent and strong supreme court or constitutional court”. (Cf. *Brazil's unbalanced democracy: presidential hegemony, legislative fragility and the rise of judicial power*. Conferência ministrada na Universidade de Yale, em 14.2.2011).

¹² Cf. Voto proferido na Reclamação nº. 4.335/AC.

E, de fato, a doutrina tem acompanhado o Tribunal. Como aponta Juliano Zaiden Benvindo, a sua postura no geral é de espectadora e admiradora do conteúdo das decisões judiciais¹³. Isso faz com que o cenário agitado e reativo à vinculação de precedentes no controle difuso, sentido na magistratura de primeiro grau, em outras instituições e sobretudo no parlamento¹⁴, não ecoe em boa parte da doutrina constitucionalista brasileira. E quando ecoe que isso seja por argumentos tradicionalistas¹⁵, incapazes de gerar amplo convencimento ou provocar uma mudança no estado de coisas.

Embora se mostre relativamente farta a produção acadêmica brasileira em torno do ativismo judicial, com alguns nomes alertando que o STF passou a ingressar em áreas nas quais antes não trafegava e apontando as consequências boas e ruins desse novo momento¹⁶, certo é que pouco se passa à crítica específica das formas de controle de constitucionalidade e do que cada uma delas gera em termos de fomento ao ativismo e de ganhos e perdas para a dinâmica democrática.

Em geral, no leque dos principais fatores apontados como razões para o expansionismo da atuação do STF entram a nossa Constituição rígida e analítica de 1988¹⁷, a mudança de composição da Corte, que agora teria um perfil de Ministros mais ativistas, e as competências constitucionais alargadas. Porém, a aceitação da sistemática concentrada e abstrata de controle de constitucionalidade como principal forma de expressão da jurisdição

¹³ Juliano Zaiden Benvindo afirma que: “In a degree more prominent than in Germany, which also suffers from the loss of the critique of the BVG’s decisions, Brazilian constitutional scholarship basically conducts itself as mere observer and worshiper of STF’s decisions. (...) Most publications on the activities of this court merely reproduce the contents of its decisions (...)”. (*On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010. p. 85).

¹⁴ Um dos exemplos de reação parlamentar é a proposta de emenda à constituição nº. 33/2011, de autoria do deputado do Piauí Nazareno Fonteles. O clima de conflito se fez ver claramente ainda nas declarações do Presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia, a propósito da cassação de parlamentares condenados na ação penal nº. 470/MG. Segundo ele, o STF teve uma “atitude muito preocupante, que segue exigindo postura enérgica e intransigente por parte do Legislativo”. (Cf. notícia veiculada no *site* Consultor Jurídico em 04.01.2013, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-fev-04/stf-palavra-final-assuntos-constitucionais-barbosa>, acesso em 06.01.2013).

¹⁵ Chamo de argumento tradicionalista aquele que insiste na manutenção do controle difuso e da resolução senatorial em virtude de ser esta a “tradição brasileira de controle de constitucionalidade”. (Cf. Lenio Streck, *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutaçao constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, disponível em: <http://leniostreck.com.br>, acesso em: 28.8.2012).

¹⁶ Cf. Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, Rev. Direito GV, vol. 4, nº. 2, São Paulo: July/Dec., 2008; Daniel Sarmiento, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>, acesso em 05.08.2012; Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷ Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, p. 3.

constitucional afasta a sua correlação como um dos fatores desse mesmo ativismo¹⁸, a despeito das técnicas de decisão mais intervenientes que ela enseja, da supressão da participação de outras instâncias que nela se verifica ou da circunstância de não possuir o quadro fático como meio de contenção do julgamento^{19 20}. A crítica doutrinária ao nosso ativismo judicial apenas residualmente se liga a esta sistemática de controle de constitucionalidade ou às suas metodologias de decisão. E, ainda quando surge a constatação de sufocamento e perda de espaço do controle difuso, a propósito, por exemplo, do já mencionado julgamento da Reclamação nº. 4.335/AC, os argumentos que vêm para socorrê-lo restringem-se sobretudo à defesa de sua tradição e à invocação de questões processuais amplas, como a violação ao devido processo legal, por se suprimir uma fase do rito do recurso extraordinário e se vincular partes que não participaram do processo²¹.

É claro que se um modelo permite o acesso amplo, rápido e direto à Corte Constitucional, como promete o controle abstrato, objetivo e concentrado de normas, há um direcionamento natural à ideia de que essa sistemática é melhor do que outra à qual se atribuem as características de lenta e indireta. Essa associação entre controle abstrato e melhores resultados em termos de jurisdição constitucional, que ainda não se fez comprovar como verdadeira no campo empírico²², tende a se fragilizar não pelo argumento histórico, pelo modo de ser da nossa prática no passado, como muitas vezes se insiste, mas sim pela invocação de novas perspectivas político-democráticas.

Num panorama como esse de superação de outras metodologias de controle de constitucionalidade pela adoção prioritária forma abstrata e concentrada, é inevitável a indagação: há ainda alguma razão de ser para o controle difuso de constitucionalidade, com

¹⁸ Quem chama atenção para este aspecto é Elival da Silva Ramos: “A principal razão (para aumento do ativismo) está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função legislativa, ainda que se trate, como já assinalado, do exercício de função jurisdicional”. (*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 268).

¹⁹ No controle abstrato de normas, o STF tem feito uso de técnicas de julgamento que ampliam os seus poderes, como a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a constituição.

²⁰ Considerações sobre a existência de suporte fático como elemento de *self restraint* são objeto do capítulo 4.

²¹ Lenio Streck reforça que, desde a Constituição de 1891 até a de 1988, o controle difuso foi incorporado ao rol de competências do poder judiciário, tendo o Supremo Tribunal Federal como a última instância neste e em todas as outras questões. (*A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, p. 6).

²² Segundo dados estatísticos encontrados no site do STF, até o ano de 2012, um total de 4.820 ações diretas de inconstitucionalidade haviam sido distribuídas. Desse montante, 1.266 ainda aguardam julgamento, algo em torno de 30% do acervo, sendo a mais antiga a de nº. 136. Outras 1.950 ações não foram conhecidas, resultando em 40,5% do estoque. Os números revelam que mais ações diretas estão sem resposta ou sequer tramitaram do que a quantidade até hoje julgada procedente que representa de 16% do volume ou 770 processos. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>, acesso em 25.03.2013).

seus institutos característicos de múltiplas decisões e intervenção do parlamento, que não seja uma mera reminiscência histórica?

A resposta a essa pergunta, de início, deve partir da reconstrução do caminho percorrido ao longo do tempo pelo controle difuso até a propagação da tese da sua obsolescência, com especial destaque para as suas características mais notáveis, em especial para a resolução do Senado Federal. Como a ideia de “objetivação” do controle difuso se assenta no argumento de ocorrência de uma mudança de sentido da Constituição de 1988, qualquer oposição a isso deve perscrutar se houve ou não uma alteração da realidade subjacente à nossa jurisdição constitucional e como isso eventualmente impactaria na forma como os julgamentos devem se processar hoje.

Debater a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, além disso, importa em ingressar numa das mais claras manifestações de ativismo por parte do STF. No rastro desta discussão está contida a problemática da superação dos limites textuais da norma constitucional e do que, afinal de contas, se compreende como constituição viva no Brasil.

Depois da incursão no contexto histórico e atual do ativismo e da mutação constitucional, proponho-me a explorar alguns aspectos da pergunta sobre como é possível associar mais estreitamente política e democracia com a sistemática do controle difuso de constitucionalidade, tendo como pano de fundo a tensão entre os avanços do Supremo Tribunal Federal, a nossa história de jurisdição constitucional e as reações parlamentares e judiciais recentes. Na matéria da resolução do Senado e em outros peculiares aspectos, busco a defesa do controle difuso a partir de outras perspectivas teóricas pelas quais ele possa ser defendido, o que pode ensejar uma ressignificação desse sistema de decisão.

Em particular, existem duas características do controle difuso que ressaltam o seu viés democrático sobre as quais pretendo me deter: i) a participação do parlamento, através da resolução do Senado Federal, inclusive enquanto característica singular do nosso arranjo institucional; e ii) a sua propensão ao não fechamento de espaços democráticos de discussão, ou seja, à celebração de “acordos teóricos incompletos”²³ sobre os temas constitucionais relevantes.

²³ A expressão é de Cass R. Sunstein. (*Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University Press, 1996, p. 35-9).

Esses são pontos que merecem atenção quanto à sua capacidade de ressaltar a modalidade difusa como um tipo de revisão judicial mais democrático e de minorar os problemas de legitimação que afetam a jurisdição constitucional como um todo. Tanto a intervenção do poder legislativo no controle de constitucionalidade quanto a atitude minimalista de deferência estão na ordem do dia das discussões sobre o abrandamento da força da jurisdição constitucional e sobre a construção de modelos mais dialógicos do que os hoje adotados. E mais. A ênfase sobre tais características, que podem ser conjugadas ao pensamento de autores contemporâneos, traz elementos para uma nova defesa da sua existência a partir da teoria e não da simples contraposição ou crítica a decisões do Supremo Tribunal Federal, sem caráter propositivo.

É claro que o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional é permanente, assim como é o jogo de forças entre constitucionalismo e democracia tomados numa acepção ampliada²⁴. Porém, para além da constante preocupação como fato de questões centrais da sociedade serem decididas por um corpo de magistrados e não pelos cidadãos, a forma abstrata de controle, despida que é de fundo subjetivo, traz implicações outras que merecem tratamento apartado²⁵. A dificuldade de legitimação da jurisdição constitucional – agravada no caso deste tipo sistemática - evidencia que não é suficiente bradar contra um ativismo judicial genérico ou contra este ou aquele julgamento ruim, sem refletir mais profundamente sobre a forma como as decisões são tomadas²⁶.

Aos dois pontos que serão o mote deste trabalho pretendo associar autores do constitucionalismo contemporâneo que, embora tenham abordagens diferentes, podem propiciar a construção de uma visão mais sólida para a revalorização do controle difuso de constitucionalidade. São eles Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Cass R. Sunstein.

Em Jeremy Waldron, é possível encontrar a diferença de enfoque com a qual pretendo tratar a temática do controle difuso de constitucionalidade, e, mais especificamente, da Reclamação nº. 4.335/AC. Waldron alerta que, enquanto estamos obcecados por entender

²⁴ Lasse Thomassen, *Habermas on Constitutionalism and Democracy. The Derrida-Habermas Reader*, The University of Chicago Press, 2006, p. 188.

²⁵ Jürgen Habermas nota essa problemática aguda do controle abstrato de normas que, para sanar o seu *déficit* de legitimidade, poderia dispor de um mecanismo análogo ao da nossa resolução do Senado. Seria então válida a tentativa de implementar, no âmbito do controle abstrato, uma medida pela qual o próprio legislativo submete ao seu escrutínio a legislação, exercendo um *quasi*-controle de constitucionalidade. (*Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1998, p. 241).

²⁶ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 9.

o processo interno de decisão dos tribunais, os seus acertos e erros na solução dos casos, colocamos em segundo plano se as questões políticas sensíveis devem mesmo ser decididas nessa instância. Ele então nos exorta a pensar sobre como as decisões devem ser feitas em uma comunidade que diverge sobre direitos²⁷ e, com a sua abertura de possibilidades, coloca em xeque a revisão judicial de leis.

A posição de questionamento em que Waldron põe os direitos não significa um ataque à sua existência. Não se trata de uma postura refratária ao constitucionalismo. O que ele identifica é a coexistência de dois níveis distintos: o da justiça, da instituição de direitos por uma constituição, e o do exercício de autoridade legítima. O fato de haver uma constituição que limita o poder legislativo por meio de suas cláusulas não significa que estejamos obrigados a adotar um determinado procedimento específico de decisão sobre os problemas constitucionais²⁸. É contestável a ideia de que precisamos de determinados direitos e, ainda mais, a de que esses direitos têm que ser interpretados e efetivados por decisões judiciais.

Esse combate à supremacia da interpretação judicial da constituição, que chega a ser um projeto de abolição da própria revisão judicial e cuja inspiração vem da democracia radicalizada de Roberto Mangabeira Unger²⁹, é o primeiro marco que elejo para pensar a vivificação do nosso controle difuso de constitucionalidade. A opção deriva do fato de que a teoria que atualmente revigora a noção democrática de autogoverno, lançando um olhar sobre o parlamento e a deliberação, pode ser associada à interação parlamentar do art. 52, X, da Constituição de 1988, tão característica do nosso antigo modelo difuso.

Enfim, por um prisma teórico que se pode considerar extremado e que põe em dúvida a razão de ser do controle de constitucionalidade, busco ingressar numa seara de reflexões sobre sistemáticas diferentes que não sejam exclusivamente a da ação direta de constitucionalidade e dos demais instrumentos abstratos de jurisdição constitucional, sobre a aplicação de formas mais fracas de controle, sobre a importância da participação do parlamento na revisão judicial, o que se discute, por ora, tanto na reclamação que trata da

²⁷ Ibid., p. 213.

²⁸ Conrado Hübner Mendes trata da teoria de Waldron apontando o seu caráter procedimental: “A revisão judicial nada mais é do que um procedimento decisório. Não se pode dizer, para bem compreendê-lo, que este procedimento seria inválido se a decisão produzida for substantivamente injusta”. (*Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 101).

²⁹ V. Roberto Mangabeira Unger, *Direito e o Futuro da Democracia*, p. 198.

“objetivação” do recurso extraordinário quanto na proposta de emenda à constituição nº. 33/2011, pela qual todas as decisões em ação direta deveriam se submeter previamente à chancela do Congresso Nacional³⁰.

A despeito de sustentar a quebra da supremacia judicial como palavra última do sentido da constituição, Waldron contribui com a atitude de despir de essências o controle de constitucionalidade. Ele também promove a distinção entre os tipos de controle de constitucionalidade forte (à moda, por exemplo, dos Estados Unidos) e fraco (do que seriam exemplos Inglaterra, Nova Zelândia e Canadá, dentre outros), justamente trazendo uma plêiade de formatos que funcionam para diferentes tipos de sociedades³¹, que vão desde as que promovem o exame da conformidade entre a legislação e os direitos fundamentais, mas não deixam de aplicá-la, até o tipo que partilha de um controle forte, como o adotado em algumas Cortes europeias e entre nós replicado com maior vigor, dada a possibilidade de mescla de um sem-número de ações e incidentes que permitem ao STF fazer seguramente quase tudo em matéria de controle de constitucionalidade, desde a extirpação de artigos e trechos até a cassação de uma lei por completo.

Por isso, mesmo na vertente de Waldron de crítica ao *judicial review* não está descartado o seu cabimento em casos de países que apresentam patologias nas instituições democráticas³². Mas a sua conclusão é de ausência de definições aculturais, atemporais e incontestes de modelos de jurisdição constitucional. Com ele, podemos pensar na quebra de monopólio da interpretação constitucional e no papel do Senado Federal como ator político dentro do nosso controle de constitucionalidade, porquanto não existiria um *a priori* em termos de definição de direitos, formas de controle e eficiência³³.

³⁰ Transcrevo o dispositivo mais polêmico da PEC nº. 33/2011, que propõe alteração no art. 102, §2º da Constituição de 1988: "Art. 102. § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal".

³¹ Jeremy Waldron, *The Core Case Against Judicial Review*, Yale Law Journal, 2006, p. 1355-9.

³² *Ibid.*, p. 1359.

³³ Michael J. Perry distingue que conferir à Corte Constitucional a função de proteger os direitos fundamentais não é o mesmo que lhe atribuir a missão de defini-los e especificá-los: "This is the serious question, because to empower Courts to protect indeterminate human rights norms is necessarily to empower them to specify the

Um autor que apresenta uma teoria sobre legislação é capaz de abrir esse espaço para a desconstrução do raciocínio embutido nos votos da reclamação que pretende igualar as duas formas de controle, ainda mais quando ela implica a desconsideração de texto da nossa Constituição, como proposto para a mutação constitucional do art. 52, X, simplesmente porque nenhuma forma de controle (ou de falta dele) é inexorável.

Adotar Waldron como referência, além disso, amplia o debate para situá-lo num panorama que transcende as nossas peculiaridades locais, o que inclusive não passou despercebido quando da elaboração da proposta de emenda à constituição nº. 33/2011, que tenta conferir maior autoridade ao parlamento no processo de revisão judicial. O deputado relator da proposta, Nazareno Fonteles (PT/PI), buscou justamente em Waldron o contraponto à jurisdição constitucional brasileira que ele detectou como ostensiva demais, pois tanto esse autor quanto Mark Tushnet questionariam “de forma enfática, o monopólio do Judiciário em dizer a última palavra sobre a Constituição”³⁴.

Mark Tushnet, por outro lado, agrega a variável das formas fracas de controle fraco ou brando à discussão³⁵. Nesse ponto, investigo se uma das possibilidades de resgate da resolução do Senado Federal está na sua equiparação a uma medida de “*legislative override*”, de superação das decisões pelo parlamento, o que é típico de sistemas como o canadense³⁶. Faço a transição de uma abordagem mais radical em relação à jurisdição constitucional como a de Waldron para a reflexão sobre se novos tipos de sistemas podem fomentar a democracia deliberativa e servir ao propósito de releitura do controle difuso. Tushnet fornece uma diferenciada compreensão de controle fraco de constitucionalidade, centrada na abertura de espaços de diálogo, o que talvez seja um elemento capaz de influenciar a nossa prática institucional no sentido de uma atitude de maior deferência³⁷.

concrete meaning of the norms in the various contexts in which the norms are invoked”. (*Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?*, fevereiro de 2003, Wake Forest Law Review, Vol. 38, disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=380283>, acesso em 17.9.2012, p. 18).

³⁴ Cf. Justificativa disponível em www.camara.gov.br, acesso em 13.06.2012.

³⁵ O controle fraco de constitucionalidade, para Mark Tushnet, é aquele que proporciona rápidas reações do parlamento às decisões das cortes constitucionais. (Cf. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008).

³⁶ A superação legislativa (*legislative override*) do sistema canadense está prevista na Seção 33 da Carta de Direitos daquele país e autoriza o parlamento a validar uma legislação tida como inconstitucional pela Suprema Corte pelo período renovável de cinco anos.

³⁷ A sua concepção de ilhas de controle fraco em sistemas fortes de controle de constitucionalidade, por meio das quais as cortes induzem a deliberação é denominada *managerial model* e será estudada no capítulo 4 deste trabalho.

Essa atitude de deferência encontrada em algumas formas de controle fraco também pode ser conectada à teoria minimalista de Cass R. Sunstein. Convém pesquisar se o nosso controle difuso é mais propenso aos “*acordos teóricos incompletos*” imaginados pelo autor. Por consistir em uma modalidade de revisão judicial das leis que se atrela à resolução de casos específicos e não à edição de comandos gerais sobre as questões constitucionais, é possível cogitar que o controle difuso seja um maior indutor desse tipo de postura contida. A tese de Sunstein é a de que o constitucionalismo, para manter o dissenso vivo e ao mesmo tempo controlado, move-se por meio de consensos parciais sobre princípios gerais, empregando as teses sem toda a especificização e abstração possível^{38 39}. São eles que permitem que a agenda constitucional avance sem a polarização e o demasiado acirramento de ânimos, sem fazer com que grupos se sintam alijados do processo democrático por não estarem entre os abarcados pelas posições vencedoras nos tribunais.

É também um componente fomentador da democratização do controle de constitucionalidade essa ideia de que os tribunais não precisam necessariamente elaborar tratados abstratos e exaustivos sobre os temas em litígio. Essa linha de argumentação pela qual as cortes não devem dizer muito, permitindo que outros digam e interpretem a constituição, se aproxima ainda da compreensão de que é sempre melhor mais atores participarem da cadeia argumentativa que constrói uma decisão⁴⁰.

A escolha dos itens de aprofundamento em relação ao controle difuso não é aleatória. Poderiam ser pinçados aspectos outros, a exemplo do lastro em casos concretos como fator de singularidade⁴¹ ou mesmo da não comprovação empírica da eficiência maior do modelo abstrato, tão defendida como um dos seus pontos fortes⁴². Opto, no entanto, por associar os

³⁸ Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University Press, 1996. p. 35-9.

³⁹ Também Lawrence H. Tribe e Michael C. Dorf, por outros fundamentos, têm visão semelhante sobre a forma como a jurisdição constitucional se move por acordos parciais. (Cf. Lawrence H. Tribe; Michael C. Dorf, *On reading the Constitution*. Harvard University Press, 1991).

⁴⁰ Cf. Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁴¹ Cf. Juliano Zaiden Benvindo, *On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010.

⁴² Gilmar Mendes defende que o controle abstrato de normas é mais célere por permitir a imediata cassação liminar da norma pelo STF. “A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual – dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar – constituem

dois pontos a serem abordados no processo de releitura política da forma difusa de controle à temática das obras contemporâneas mencionadas, inclusive tocando nos pontos de junção e distanciamento entre elas.

O papel da resolução do Senado Federal e do controle difuso de constitucionalidade mostra-se, enfim, imbricado à reflexão em torno da supremacia judicial na definição de direitos, das diferentes modalidades de controle de constitucionalidade e da repercussão que cada uma delas traz para os direitos fundamentais. Por essa gama de fatores, nos meandros da argumentação da Reclamação nº. 4.335/AC está posta, em boa medida, a forma como o STF tem visualizado o seu papel na dinâmica democrática brasileira. É ao redor de um debate que equivocadamente até pode parecer não conter mais resultados práticos de monta, afinal a prevalência do controle abstrato vem sendo majoritariamente tida como um avanço inafastável, no qual vão se fincar as balizas do STF no nosso arranjo institucional contemporâneo.

Ainda que o controle de constitucionalidade seja uma realidade textual na Constituição Federal de 1988, sacramentada em diversos dispositivos, isso não veda a especulação sobre a sua legitimidade e modo de ser. A defesa do controle concreto pode fazer parte de outra agenda voltada à investigação dos aspectos que podem torná-lo mais democrático do que o abstrato, de modo a se operar o seu revigoração não apenas através do olhar para o passado. Existem novos significados que podem ser agregados ao controle difuso e alternativas de modelos possíveis que não se restrinjam à glorificação de um tempo remoto.

Portanto, mesmo que aqui e ali se vejam manifestações refratárias ao ativismo judicial no Brasil, quando se passa à teorização de medidas de democratização do controle de constitucionalidade, a maior parte dos esforços se concentra na defesa de uma validação procedimental limitada, através da participação de *amicus curiae* em sessões ou de audiências públicas⁴³. Essa é a barreira que pretendo transpor com este trabalho, propondo uma

elemento explicativo de tal tendência”. (Capítulo do autor inserido na obra de Hely Lopes Meirelles. *Mandado de Segurança*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 485).

⁴³ A noção de que o controle concentrado se tornou mais democrático pela participação de entidades da sociedade civil como *amici curiae* e debatedoras em audiência pública deriva da influência da obra de Peter Häberle (*Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*) e é defendida por Gilmar Mendes. (Cf. Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Valle, *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*, 10.04.2009, disponível em www.conjur.com.br, acesso em 09.08.2012).

aproximação entre o estudo das sistemáticas de controle e dois pensadores de uma democracia que, ainda que não seja radical, é central e estruturante.

No primeiro capítulo desta dissertação, faço um desenho do estado de coisas em que se encontra a “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade. Pretendo esmiuçar os votos proferidos na Reclamação nº. 4.335/AC, sobretudo no que tange a uma determinada visão histórica dos acontecimentos proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, que culmina com a ideia de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988 e com a coadjuvação da forma incidental de jurisdição constitucional.

O momento de expansão do poder da Corte passa a ser analisado no segundo capítulo. O ativismo judicial com as peculiaridades pelas quais se desenvolve por aqui é o impulso da tese de mutação constitucional e dos avanços centralizadores de competências. A construção da hegemonia do controle abstrato de constitucionalidade tem passado essencialmente por uma interpretação capitaneada pelo STF, por uma guinada judicial que precisa ser objeto de reflexão.

Após, no capítulo seguinte, abordarei em detalhe a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988, ponto central para os que defendem a “objetivação” do recurso extraordinário. A tensão entre a evolução constitucional e o pré-compromisso firmado no tempo será analisada à luz de dois enfoques distintos: a mutação constitucional, prevista na dogmática alemã, e a *living constitution* norte-americana, tudo para se situar o plano no qual se encontra a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Além disso, a tese da mutação constitucional será objeto de reflexão quanto à sua legitimidade. Adentro brevemente no campo da interpretação constitucional para avaliar se o problema enxergado nos votos da Reclamação nº. 4.335/AC está na superação da literalidade do texto ou se são aspectos outros que criam dificuldades na sua aceitação.

No quarto capítulo, ingresso na reflexão sobre as propostas de revalorização do controle difuso por meio do exame de teorias que questionam a supremacia judicial na definição dos temas constitucionais e se propõem a reduzir a tensão entre controle de constitucionalidade e autogoverno, através de medidas como a instituição de controle fraco ou híbrido de constitucionalidade. Através dessa perspectiva teórica a algumas características do controle difuso brasileiro como a possibilidade de interação parlamentar via resolução do Senado Federal, de construção de entendimentos ao longo das instâncias e de restrição a uma

situação fática específica. Fazer com que o nosso sistema seja visto também à luz de distintas experiências pode ensejar a sua vivificação por razões mais pulsantes e contemporâneas do que as outrora invocadas pelo procedimentalismo brasileiro⁴⁴. Tratarei dessa linha de experimentalismo por meio da análise das obras de Jeremy Waldron e Mark Tushnet e também da proposta de emenda constitucional nº. 33/2011⁴⁵.

Ainda nesse quarto e último capítulo, tratarei da teoria minimalista de Cass R. Sunstein como forma de se pensar o controle difuso de constitucionalidade a partir de uma ótica de maior deferência das Cortes em relação ao parlamento, o que se dá pelo não fechamento de espaços de discussão. Como uma das compreensões do controle fraco de constitucionalidade é a de que ele consiste em cadeias de diálogo surgidas também por conta de brechas deixadas nas decisões judiciais, o minimalismo está inserido no mesmo âmbito de discussão sobre os diferentes formatos de controle de constitucionalidade e o abrandamento da força da jurisdição constitucional como tentativa de sua maior democratização.

Ao cabo, aprofundando o estudo das inúmeras repercussões da reclamação sobre a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos cujo julgamento ainda está em andamento, tentarei apresentar outra hipótese de discurso e de prática de jurisdição constitucional distante da praticamente hegemônica ideia de “objetivação” do recurso extraordinário, talvez assim contribuindo para a revalorização do controle difuso de constitucionalidade por argumentos de viés democrático e não tradicionalista.

⁴⁴ Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Breve Histórico do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade brasileiro, Crise e Desafios da Constituição*, Coord: José Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 250.

⁴⁵ A proposta de emenda à constituição nº. 33/2011 que, dentre outras coisas, institui a possibilidade de as decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade serem submetidas à chancela do Congresso Nacional, foi aprovada na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania na data de 24.04.2013, gerando intensa rejeição e controvérsia nos meios de comunicação.

1. EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E O SURGIMENTO DA TESE DE “OBJETIVAÇÃO” DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1.1. *Constitucionalismo e democracia*

Daryl J. Levinson faz uma síntese do desconforto intrínseco ao constitucionalismo: é parte da sua essência e história a sensação permanente de oposição entre “direitos e votos”⁴⁶. O incômodo com a suplantação da vontade majoritária na definição dos temas políticos que afetam a coletividade é acalmado com a promessa de proteção e efetivação de sistemas de direitos fundamentais, que, a salvo de turbacões momentâneas, manteriam condições perenes do bem comum e da própria sustentação da democracia⁴⁷.

Os direitos fundamentais são, portanto, o *jackpot*, o prêmio a ser alcançado com o constitucionalismo liberal e a supressão da escolha quanto a questões importantes da vida pública. E, segundo uma visão bastante arraigada na teoria, especialmente a que trata de controle de constitucionalidade, a sua proteção e guarda caberia ao poder judiciário, que,

⁴⁶ Daryl J. Levinson, *Rights and Votes*, disponível em: <http://www.law.nyu.edu>, acesso em: 08.01.2013.

⁴⁷ É a partir desta constatação que Michael J. Perry lança a pergunta sobre o porquê de tal acordo. Afinal, vale a pena sacrificar o direito de deliberação por sistemas fortes de direitos? E prossegue: “The question is more broadly relevant than ever, therefore, whether is appropriate for citizens of a liberal democracy to cede to their courts the power to oppose, in the name of one more entrenched human rights norms, choices made by, or actions of, electorally accountable government officials”. (*Protecting Human Rights in a Democracy: What role for the Courts?*, p. 5).

assumindo o papel de poder contramajoritário⁴⁸, estaria institucionalmente voltado à defesa dos direitos constitucionais e, em particular, dos interesses das minorias.

Por essa mesma lógica de raciocínio, direitos fundamentais não só não seriam bem protegidos pelos poderes legislativo e executivo, como esses poderes seriam seus potenciais inimigos. Basta ver a construção de que tais direitos surgiram como limitadores ao arbítrio do estado, estado este personificado à época revolucionária não no judiciário, mas no monarca ou no parlamento. Sobre o legislativo, marcado pela impressão da política apaixonada e sem freios, pairaria uma contínua desconfiança de que as majorias possam colocar em perigo os direitos individuais das minorias, gerando uma tirania deliberativa⁴⁹.

No cenário de queda do comunismo e centralidade das democracias americana e europeia do ocidente, bem como de crise de escolas de interpretação jurídica como a positivista, a constitucionalização de direitos associada a essa compreensão do papel do poder judiciário como seu exclusivo “guardião” tem conduzido ao que se percebeu como uma expansão global do poder judicial⁵⁰. A transnacionalidade do fenômeno se vê pelas decisões

⁴⁸ Sobre a função contramajoritária que caberia ao STF, manifestou-se o Ministro Celso de Mello no julgamento do RE nº. 477.544/MG, reafirmando a jurisprudência da Corte favorável à união civil entre pessoas do mesmo sexo: “Cabe registrar, finalmente, que os precedentes a que me referi no início desta decisão (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) refletem, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam “parcela minoritária (...) da população”, como esclarecem dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 e que registram a existência declarada, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais”. (Cf. Informativo Semanal do STF nº. 635, de 12.08.2011).

⁴⁹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 11.

⁵⁰ Ernani Rodrigues de Carvalho reproduz esses fatores apontados por Tate e Vallinder que conduziram à ascensão mundial do poder judiciário: “(...) a expansão do poder judicial está ligada à queda do comunismo no Leste europeu e ao fim da União Soviética. O colapso do socialismo real promoveu o capitalismo e suas instituições de mercado, além de os EUA terem-se tornado a única superpotência do planeta. O desenvolvimento da revisão judicial e dos demais mecanismos institucionais desse país ficaram em evidência. Não seria surpresa para os autores se a inclusão de um Judiciário forte nas novas democracias (Ásia, América Latina e África) tivesse como modelo o caso americano. Ainda se referindo ao caso americano, os autores afirmam que outro fator relevante para o desenvolvimento da revisão judicial e conseqüentemente do poder judicial é a recente influência da Ciência Política (teoria) e da própria jurisprudência dos tribunais nos Estados Unidos. Ambas propiciaram a sofisticação dos mecanismos de controle jurisdicional. Na Europa, o fim da II Guerra Mundial acelerou o surgimento dos tribunais constitucionais. Nesse ponto, os direitos humanos tiveram um papel fundamental, principalmente a Corte de Direitos Humanos de Estrasburgo, por ter disseminado o “evangelho” da judicialização nos mais diversos países”. (*Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*, Revista de Rev. Sociologia Política, nº. 23, Curitiba, nov. 2004, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>, acesso em 20.12.2012, *apud* T. Vallinder e C. Tate Neal,

da África do Sul que reconhecem a possibilidade de judicialização de políticas públicas⁵¹, pelo julgamento do México que validou a legalidade do casamento entre homossexuais⁵² e, no caso brasileiro, por tantas outras decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam de temas cuja amplitude vai do direito à greve⁵³, ao deferimento de remédios⁵⁴, passando pela cassação judicial de mandatos de parlamentares⁵⁵.

Dois acordos de fundo são necessários para que se compreenda a proteção judicial de direitos. Primeiro, é preciso que se concorde com a necessidade de existência de direitos e de que tipo. Segundo, há que se convergir quanto ao poder judiciário ser a principal instância de sua defesa.

O Brasil, enquanto país tributário de uma forte herança jurídica privatista codificada, nunca passou por um processo de questionamento profundo do reconhecimento de direitos subjetivos⁵⁶. É arraigada entre nós a ideia de que devem existir direitos institucionalmente reconhecidos e certificados por procedimentos racionais, tanto que os estudos sobre jurisdição constitucional se iniciam sempre a partir da descrição do caso *Marbury vs. Madison* e de como o poder judiciário cunhou um mecanismo de salvaguarda de direitos que aparentemente sempre estiveram ou deviam estar onde estão. O questionamento dos direitos não faz parte do nosso *script* usual de análise constitucional, sobretudo porque a Constituição de 1988 se mostrou profícua na previsão de novos direitos e a dificuldade maior vislumbrada pelos juristas passou a ser efetividade deles⁵⁷. A sensação velada é a de que a Constituição contém um projeto normativamente progressista que não é viabilizado pela inércia da conjuntura política. O judiciário, então, passou a se ver como um fator de indução desse progresso ideal e de superação do estado de latência em matéria de conquistas sociais, embora isso mais seja

The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. New York: New York University, 1995).

⁵¹ Cass R. Sunstein, *Designing Democracy, What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2002, p. 231.

⁵² Cf. notícia do jornal Miami Herald, disponível em <http://miamiherald.typepad.com/gaysouthflorida/2012/12>, acesso em 15.01.2013.

⁵³ MI nº. 670/2007.

⁵⁴ STA nº. 175/2009.

⁵⁵ AP nº. 470, julgamento em 17.12.2012.

⁵⁶ Embora aqui tenham surgido movimentos com viés sociológico como o “O Direito Achado na Rua”, capitaneado pelo Professor Roberto Lyra Filho, e o “Direito Alternativo”, assim como o movimento norte-americano do CLS (*critical legal studies*), eles não conseguiram ocupar o lugar do *mainstream* da doutrina constitucional nem substituir a consagração de direitos subjetivos tal qual existente.

⁵⁷ Luís Roberto Barroso, *A efetividade das normas constitucionais revisitada*, Revista da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, n. 48, ano 1995. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928867/DLFE-48458.pdf/Revista48Doutrina_pg_60_a_98.pdf, acesso em 17.01.2013.

uma sensação que transparece na retórica de votos e decisões⁵⁸ do que propriamente um dado empírico que altera em larga escala a vida da população⁵⁹.

O ponto da primeira crítica aos direitos que se encontra no Brasil é sobre a seleção dos interesses que foram protegidos ao longo da história⁶⁰. Marcus Faro de Castro afirma que “a maneira jurídica de determinar o que merece ser tratado como “direito subjetivo” não faz mais do que designar quais interesses merecem ser estabilizados por algum tempo em sua institucionalização no contexto das relações sociais efetivas”⁶¹, e, na tradição do nosso país, essa seletividade decorreu de uma matriz dogmática, privatista e jusnaturalista, o que acarretava a seleção dos interesses dos grupos dominantes.

A objeção aos direitos como categoria burguesa e capaz de pouca transformação não é específica do contexto brasileiro de prática jurídica baseada em institutos dogmáticos de direito privado, de onde inclusive deriva a nossa teoria de direito público⁶². Ela é um reclame geral das teorias do direito de viés sociológico, reclame este direcionado não ao só fato de direitos existirem, mas à apropriação do discurso de direitos que a argumentação jurídica faz e ao seu pouco potencial transformador. A prática jurídica mais serviria a propósitos retóricos, manipulativos, gerando uma descrença em relação a ela e perigos à democracia⁶³.

⁵⁸ Cf. voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº. 45MC/DF, de 04.05.2004: “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas”.

⁵⁹ Veja-se, por exemplo, que a despeito judicialização massiva de questões previdenciárias, pois o INSS é o maior litigante do país INSS com o percentual de 22,33% de todas as ações em tramitam, considerando as justiças estadual, federal e do trabalho, apenas 8,51% dos benefícios previdenciários decorrem de decisão judicial. (Cf. dados dos REsp 1310042/2012, relator Ministro Hermann Benjamin, e artigo de Filipo Bruno Silva Amorim, *O prévio requerimento administrativo: ganhos financeiros e sociais no desenvolvimento da política pública previdenciária nacional*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22794/o-previo-requerimento-administrativo-ganhos-financeiros-e-sociais-no-desenvolvimento-da-politica-publica-previdenciaria-nacional#ixzz2IC8Ld0kMdo>, acesso em 15.01.2013).

⁶⁰ Marcus Faro de Castro, *Jurisdição, Economia e Mudança Social*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos - Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2010 - edição de dezembro de 2010, p. 169.

⁶¹ *Ibid.*, p. 167.

⁶² Cf. Gilberto Bercovici, *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*, In: Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶³ Duncan Kennedy destrincha o discurso de direitos do constitucionalismo liberal que permeia a argumentação jurídica de parte da esquerda norte-americana, inserindo-o numa tríade que ainda engloba o projeto de direitos da filosofia jurídica e a linguagem popular de direitos que derivam de afirmações de identidade. O discurso do constitucionalismo liberal derivou dos movimentos de direitos civis da década de 1960 e se baseia no reconhecimento de direitos pela melhor interpretação do material legal existente. (*The critique of rights in critical legal studies*, disponível em www.duncankennedy.net, acesso em 10.12.2012. p. 213).

Por isso, quando se fala em crítica aos direitos é bom que fique claro que a democracia liberal não existe em condições de supressão de liberdades básicas. A crítica aos direitos, como esclarece Duncan Kennedy, é uma crítica aos procedimentos racionais da argumentação jurídica e não a defesa do arbítrio. Ele dissipa eventuais dúvidas, argumentando que “nas democracias ocidentais direitos existem no sentido de que existem regras legais limitando o que as pessoas podem fazer umas às outras e limitando os poderes executivo e legislativo”^{64 65}.

Esse introito sobre direitos é necessário para que não se assuma *a priori* a já referida posição de que direitos devem estar sempre *pari passu* com a supremacia judicial, afinal nem mesmo os direitos em toda a sua extensão teórica estão a salvo de maior reflexão. Para os fins desse trabalho, assumo a premissa de que direitos individuais efetivamente devem existir, o que é aceito mesmo entre os grandes detratores da supremacia judicial na definição de seus contornos⁶⁶. Coloco em xeque, entretanto, a extensão desse poder atribuído ao judiciário, especialmente no que se refere à sistemática atual de controle de constitucionalidade, maximizadora desse mesmo poder.

A medida do poder de revisão judicial de leis, de certificação de direitos e de sedimentação última de questões políticas varia conforme a constituição de cada país, as composições das cortes e, no que interessa à presente análise, também segundo a forma ou metodologia de controle de constitucionalidade adotada. As ferramentas de julgamento postas à disposição das cortes tem reflexo direto na tomada de decisões que pendem ao ativismo e no suposto conflito entre proteção de direitos e autogoverno dos cidadãos.

Mark Tushnet entende que travar o debate do constitucionalismo atual em termos de ativismo e autocontenção pode conduzir a um resultado enganoso, uma vez que inúmeras democracias contemporâneas possuiriam formas de controle de constitucionalidade fracas ou brandas, cuja dicotomia não se estabeleceria mais a partir dessas mesmas bases⁶⁷. Contudo, embora seja uma jovem democracia, o Brasil não possui um controle de constitucionalidade

⁶⁴ Ibid., p. 213.

⁶⁵ No mesmo sentido: Michael J. Perry, *What Role for the Courts?*, p. 8.

⁶⁶ Ibid., p. 6.

⁶⁷ Para Mark Tushnet: “Following the example of Professor Kent Roach, I point out that it would be a large mistake to structure debates in some of the newer systems around the terms activism and restraint, because some of these newer systems adopt what I call weak-form judicial review”. (*New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights And Democracy-Based Worries*. Wake Forest Law Review. Vol. 38. Georgetown Law, 2003, disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu>, acesso em: 20.12.2012, p. 815).

fraco ou brando, ou seja, modulado por rápidas intervenções parlamentares que alterem ou contenham as suas decisões⁶⁸. Por isso, ainda aqui como nos Estados Unidos faz sentido discutir ativismo e autocontenção e, além de tudo, debater possibilidades de diferentes formas de controle de constitucionalidade que sejam mais efetivas na tarefa de conciliar o fortalecimento da democracia com a proteção de direitos.

Não há paralelo no mundo quanto a gama de ações e poderes que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal. A Corte tem a característica de cúpula do sistema difuso de constitucionalidade; detém a prerrogativa de atuação frente às omissões constitucionais; pode se posicionar liminarmente contra o poder constituinte de reforma, cassando as emendas; e pode, ainda, decretar a constitucionalidade de praticamente todo e qualquer ato normativo existente no país, o que foi garantido pela subsidiariedade da ação por descumprimento de preceito fundamental⁶⁹.

Uma noção exata do exercício de uma competência tão alargada pode ser extraída da comparação de dados numéricos entre as Supremas Cortes brasileira e norte-americana. Enquanto nos Estados Unidos, dentro de uma sistemática de revisão judicial considerada inquestionavelmente forte, em mais de duzentos anos de controle de constitucionalidade, 1.315 leis estaduais e federais foram declaradas inconstitucionais⁷⁰. Quando se trata de leis federais, o número se reduz drasticamente para 172 declarações de inconstitucionalidade, num espectro de tempo que vai de 1803 a 2002⁷¹. Já o plenário do Supremo Tribunal Federal, nos anos de 1988 a 2012, julgou 3.137 ações diretas de inconstitucionalidade. A Corte considerou que 984 leis tinham vício de inconstitucionalidade, julgando os processos procedentes ou

⁶⁸ Mark Tushnet resume o controle de constitucionalidade fraco como aquele que permite razoável e rápido desacordo de interpretação entre a corte e o parlamento. (*Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*, p. 219).

⁶⁹ É o que aponta Oscar Vilhena Vieira. “A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro”. (*Supremocracia*, Rev. Direito GV, vol.4, nº. 2, São Paulo July/Dec. 2008).

⁷⁰ Dados da *Government Print Official Database*, limitados ao ano de 2002, disponível em: <http://www.gpo.gov/>, acesso em: 20.12.2012.

⁷¹ Dados disponíveis em artigo de Leon Friedman, *The Supreme Court vs. Congress*, disponível em: http://www.huffingtonpost.com/leon-friedman/the-supreme-court-vs-cong_b_1561123.html, consulta em 20.12.2012.

parcialmente procedentes⁷². Esses números revelam um intervencionismo que não acha similitude mesmo na democracia símbolo do controle forte de constitucionalidade que é a norte-americana.

E mais. Um plexo tão abundante de competências poderia colocar o STF numa posição de conforto quanto ao seu espaço de poder – fazendo a mera administração do grande raio da sua atuação. No entanto, o que se verifica é a expansão do Tribunal direcionada à assunção de competências que não estão expressas e à diminuição da amplitude conferida a outros poderes. Sobressaem os claros exemplos da recente cassação de mandato parlamentar contra a literalidade do art. 55, IV, da Constituição Federal⁷³, da obstrução ao poder de definição de agenda e análise de veto do Congresso Nacional quando da regulação da partição dos *royalties* do petróleo⁷⁴ e, no que toca a esse capítulo da dissertação, da supressão da importância do controle difuso de constitucionalidade, seja no que se refere à participação de outros juízes na construção de posições constitucionais sobre um assunto, seja no que tange à interação com o parlamento que ela propicia⁷⁵.

A coletividade representada pelo parlamento tem perdido em prol da atuação do STF não apenas a decisão de temas importantes, como os acima citados, mas o tem feito dentro de mecanismos de decisão não previstos pelo constituinte, construídos a partir da interpretação do Tribunal. Parece não bastar ao STF a existência do controle de constitucionalidade concentrado, é preciso suprimir o controle difuso e a possibilidade de manifestação do Senado Federal. Parece não bastar ao STF julgar em ação penal originária as autoridades da República, é preciso estender os efeitos da decisão para além do que prevê a Constituição de 1988. Parece não bastar ao STF a prerrogativa de editar súmulas vinculantes, é preciso que o

⁷² Estatísticas do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: 15.04.2013.

⁷³ AP nº. 470/MG.

⁷⁴ Cf. MS nº. 31816/RJ. Diz a notícia constante no portal do STF, de 17.12.2012, que “o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu pedido de liminar no Mandado de Segurança (MS) 31816, impetrado pelo deputado federal Alessandro Molon (PT/RJ), e determinou que a Mesa Diretora do Congresso Nacional se abstenha de examinar o veto parcial da presidenta da República, Dilma Rousseff, ao Projeto de Lei 2.565/2011, que trata das novas regras de partilha de royalties e participações especiais devidos em virtude da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Ao deferir a liminar, o ministro Luiz Fux observou que a Constituição impõe prazo de 30 dias para a deliberação acerca do veto presidencial e prevê o trancamento de pauta em caso de descumprimento. Portanto, segundo ele, isso implica a apreciação dos vetos em ordem cronológica de comunicação ao Legislativo”. (Disponível em: www.stf.jus.br, acesso em 08.01.2013).

⁷⁵ Cf. Reclamação nº. 4.335-5/AC.

exercício desse poder se dê quando e como o Tribunal entende como adequado, havendo ou não reiteradas decisões sobre a matéria constitucional consagrada em súmula⁷⁶.

Por isso, o ativismo atual do STF possui uma faceta característica: ele tem recaído exacerbadamente sobre a própria interpretação da extensão dos poderes do Tribunal, revelando-se sobremaneira na reiterada releitura das competências e limites a que está jungido o Supremo.

E, se a coletividade tolera transigir com esse grau da sua autogovernança, retornando a Michael J. Perry⁷⁷, seria de esperar que, em troca, o Tribunal estivesse respondendo em igual medida com o fortalecimento da promessa de direitos fundamentais sólidos. A coerência na construção e efetivação de um sistema de direitos fundamentais nacional, contudo, não vem sendo correspondida pelo STF na extensão da sua tendência de ampliação dos seus próprios poderes⁷⁸. De uma Corte Constitucional forte e clara na sua jurisprudência se espera o reflexo da racionalização como um todo do sistema judiciário. O cidadão deveria saber o que esperar do Supremo Tribunal Federal quanto ao seu direito de propriedade, à sua privacidade ou à sua segurança, o que diminuiria litígios e incerteza jurídica. Não é o caso. O ativismo brasileiro, enfim, não é o cumpridor-mor da promessa de guarnecimento dos direitos fundamentais, como se poderia supor ser o seu objetivo principal, porque, em não sendo possível julgar todos os casos constitucionais, a ele compete um tipo de estruturação sistêmica que não tem ocorrido. Tal fato arruína, a um só tempo, a justificativa legitimadora desse mesmo ativismo.

Nesse capítulo, inicio a investigação sobre o quê exatamente a jurisprudência do STF compreende como “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade. Como os focos posteriores deste trabalho são a extensão do poder do Tribunal via interpretação, as possíveis interações entre poderes na jurisdição constitucional e os modelos alternativos de revisão judicial de leis, após um introito, centro minha análise mais detidamente na releitura histórica da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade e na sua confrontação com a tese capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes de esvaziamento dos instrumentos do

⁷⁶ Ver Súmula vinculante n°. 11 e seus precedentes.

⁷⁷ Michael J. Perry, *What Role for the Courts?*, p. 5.

⁷⁸ De acordo com Juliano Zaiden Benvindo: “The premise of being the ‘Guardian of the Constitution’ has become, rather than a real concern for keeping consistent the system of rights, a justification for gradually transforming the STF into the center of the main political and social debates in Brazil”. (*On The limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, p. 84).

controle difuso. Esse cotejo será capaz de demonstrar o alicerce teórico da defesa da “objetivação”, tanto no que tange aos seus referenciais e autores, quanto no que concerne às teorias sobre mutação constitucional, interpretação e outras encampadas nesse percurso de afirmação do processo objetivo de jurisdição constitucional sobre o subjetivo.

Além disso, como a construção de superação do controle difuso acha respaldo na interpretação do Supremo Tribunal Federal – ou de alguns dos membros de sua composição – e não nos dispositivos constitucionais e a tese de mutação constitucional se funda na suposta mudança da realidade que circunda a norma constitucional, é importante delimitar quais eram as circunstâncias e debates que precediam o julgamento da Reclamação nº. 4.335-4/AC, sobretudo porque, no capítulo seguinte, abordarei a guinada brasileira no sentido do ativismo e exclusivismo judicial na interpretação da Constituição⁷⁹. Acima de tudo, a tese de que o controle concreto deve incorporar as características do abstrato se alicerça numa compreensão de mutação constitucional pouco clara e que contraria os supostos limites textuais da Constituição de 1988. Como tudo isso se passa num momento de ativismo e avocação de competências pelo STF, é grande a necessidade de que os passos da Corte sejam acompanhados com atenção.

Expostas as premissas norteadoras do capítulo, passo à interpretação ampliativa dos poderes da Corte consubstanciada na tese de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, perpassando o seu surgimento atual e o panorama anterior do debate no Brasil, tudo para preparar terreno para o vindouro exame da tese de mutação constitucional.

1.2. Do surgimento da tese de “objetivação” do controle de constitucionalidade difuso

⁷⁹ Segundo Dimitri Dimoulis: “(...) se o reconhecimento do papel de quase exclusivo guardião da Constituição ao Legislativo pode causar abusos, o superfortalecimento do Judiciário também pode acarretar abusos e desequilíbrios. Tivemos um exemplo recente no Brasil após a adoção pelo STF das teorias do efeito transcendental e da mutação constitucional em relação à força vinculante das decisões do Tribunal no controle incidental. Essas teorias permitem que o STF aproprie-se indevidamente de competências que a Constituição reconheceu ao Senado Federal, aos legisladores dos vários entes federativos e aos tribunais que realizam o controle incidental, sendo as referidas opções teóricas expressão da tentativa de monopolizar o controle de constitucionalidade, sucumbindo à ambição que a doutrina estadunidense critica como exclusivismo judicial”. (*Anotações sobre Neoconstitucionalismo e sua crítica*. Working Paper. Artigos Direito GV, março de 2008, p. 10, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>. acesso em: 08.01.2013).

A ideia de que as características do controle concentrado e abstrato devem ser transpostas para o modelo difuso e concreto e, mais especificamente, de que a participação do parlamento no controle de constitucionalidade é de somenos importância, deriva de uma determinada narrativa histórica contida em votos proferidos na reclamação nº. 4.335/AC e em alguns precedentes que privilegiam a concentração dos poderes de decisão no âmbito do Supremo Tribunal Federal e igualam os efeitos das duas modalidades de revisão judicial, num movimento que, particularmente na doutrina de processo civil, ganhou a alcunha de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade.

O termo “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade começou a aparecer em alguns julgamentos nos quais o Supremo Tribunal Federal ampliou a eficácia de decisões para além das partes envolvidas no processo ou incorporou características do controle concentrado ao processamento de recursos extraordinários. A expressão tem reiterado destaque na doutrina processualista⁸⁰ e, no campo constitucional, sobretudo nos votos e obras do Ministro Gilmar Mendes.

Uma parte do caminho que nos levou ao atual emaranhado de ações, incidentes e concepções de jurisdição constitucional, é conhecida. Sabe-se que o controle de constitucionalidade brasileiro foi instituído na Constituição de 1891 por inspiração do modelo norte-americano de *judicial review* e que, por meio da emenda nº. 16, de 1965, o Brasil passou a contar com a representação de inconstitucionalidade, admitindo um processo objetivo e abstrato cuja propositura competia a um único legitimado, o Procurador-Geral da República. Por fim, a Constituição Federal de 1988, sem acabar com o modelo difuso, ampliou o controle concentrado, seja na quantidade de ações possíveis, seja no que se refere aos legitimados para manejá-lo.

Em meio às inúmeras classificações e rótulos colocados sobre nossa complexa estrutura de jurisdição constitucional, tida como mista – ao mesmo tempo concentrada e difusa, abstrata e concreta –, há uma lacuna quanto à razão da manutenção de dois sistemas de controle de constitucionalidade. Em que medida e por que nos interessa que os juízes e não

⁸⁰ Nesse sentido, Guilherme Azem: “O novo instituto, destarte, conferirá um caráter objetivo, desvinculado de pretensões exclusivamente individuais, ao pronunciamento do Pretório Excelso no julgamento dos processos que lhe são submetidos por força do art. 102, III, da CF/88”. (*Repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32-33).

apenas o Supremo Tribunal Federal possam ordinariamente decretar a inconstitucionalidade das leis ou que as questões constitucionais sejam veiculadas através de casos concretos e não de teses abstratas? Em algum lugar se perde o exato liame entre os marcos históricos e a atual defesa de que o controle difuso também deve se tornar objetivo e abstrato. Um fiel retrato da nossa jurisdição constitucional contemporânea não pode ser extraído sem que se busque a origem da onda de “objetivação”.

A pouca visualização das vantagens e desvantagens tanto em termos práticos quanto em termos de legitimidade democrática de cada modalidade de controle faz com que a busca por uma jurisdição constitucional operacional, vinculante e hierárquica, se mescle talvez equivocadamente com “abstrativização” ou “objetivação” desse processo constitucional.

Num primeiro momento, o STF flertou com o termo “objetivação” a título de aplicar seu precedente firmado em outro processo de recurso extraordinário, ainda quando se tratasse de caso não idêntico. Pelo que ficou registrado nos primeiros julgamentos, o recurso extraordinário não poderia ser visto como um processo de interesse exclusivo das partes litigantes e a sua função seria de “defesa da ordem constitucional objetiva”⁸¹. Note-se que, para invocar os seus precedentes do controle difuso ou para se colocar como julgadora de demandas constitucionais e não individuais, a Corte precisou justificar a sua conduta. Não estaria implícito nenhum grau de respeito aos precedentes nessa primeira acepção.

O Supremo ainda que com manifestações tímidas prosseguiu dando a entender que não queria continuar como instância recursal de demandas individuais, movendo-se, mesmo que contraditoriamente em alguns momentos, em direção a um papel de tribunal constitucional. Nesse percurso, em outro julgamento, a Ministra Ellen Gracie flexibilizou a burocratização na admissibilidade do recurso extraordinário, pois o Tribunal já teria asseverado “o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional”⁸².

A transposição do controle concentrado ao difuso manifestar-se-ia ainda na possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, na participação de

⁸¹ Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº. 388.830-7/RJ: “A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior “objetivação” do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”.

⁸² Agravo de instrumento n. 375.011. Município de Porto Alegre e Tito dos Santos. Relatora: Min. Ellen Gracie. 22 de out. 2004. Diário de Justiça da União, Brasília, p. 43.

amicus curiae, na desnecessidade de aplicação do art. 97 da Constituição Federal em caso de tema já decidido pelo plenário do Supremo Tribunal, e, ainda, na possibilidade de suspensão de processos em andamento⁸³, bem como em outras situações em que o Código de Processo Civil permite a reprodução do entendimento do Supremo para fins de vedação à interposição de recursos.

Essas manifestações episódicas de que o controle difuso tem passado por um processo de “objetivação” ganharam divulgação e embasamento teórico através do voto do Ministro Gilmar Mendes, lançado na Reclamação nº. 4.335/AC. O alastramento da tese de que o controle difuso também deve ser objetivo e sem maiores especificidades em relação ao concentrado fez com que ele passasse a não ser objeto de atualização e novas reflexões, como se não valesse muito a pena investir em algo fadado ao desuso. Por isso, alterações jurisprudenciais e legislativas que poderiam ser incorporadas ao modelo difuso de controle de constitucionalidade, inclusive gerando a vinculação e a racionalização do sistema, passaram a trafegar à sua margem, ficando sacramentada a preponderância da jurisdição constitucional abstrata. É como se a revisão judicial que se dá caso a caso fosse um modelo de tal modo obsoleto que não valesse a pena a ele incorporar atualizações que não sejam aquelas tendentes à sua abolição. A influência da posição do Ministro Gilmar Mendes faz com que seja necessário um tópico específico para o seu detalhamento.

1.3. A origem da “objetivação” do controle difuso e a perspectiva histórica contida no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº. 4.335/AC

O juiz de direito do Estado do Acre que se recusou a aplicar a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à progressão de regime em crimes hediondos, nos esclarecimentos que prestou à Corte, expressamente motivou que não se sentia vinculado ao julgamento do HC nº. 82.959/SP, tendo em vista que a decisão do Tribunal havia sido tomada em sede de controle difuso. Ele, portanto, somente estaria adstrito à repetição do entendimento se o Senado Federal editasse resolução tornando obrigatória tal circunstância. Se a decisão do STF não podia estender os seus efeitos a todas as partes em território nacional, o raciocínio do

⁸³ Cf. RE nº. 376.852.

magistrado foi o de que ele não estaria afrontando a posição do Tribunal, pois jamais esteve a ela vinculado, descabendo a interposição de reclamação a propósito do tema.

O Ministro Gilmar Mendes inicia as suas considerações sobre a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade com um apontamento que é crucial para as conclusões subseqüentes por ele extraídas: diferentemente do sistema norte-americano, a revisão judicial no Brasil surgiu sem a associação a uma doutrina de vinculação de precedentes, o *stare decisis*. Foi essa carência de efeito vinculante desde a origem da revisão judicial no Brasil, segundo Mendes, que teria impellido o constituinte, não sem divergências, a criar o mecanismo da resolução do Senado Federal em 1934, já com a redação semelhante à da Constituição de 1988 no sentido de que caberia ao órgão suspender a execução da lei reputada inconstitucional.

Não é só no voto que essa problemática da ausência de vinculação surge como a maior das mazelas de um Tribunal que, até bem pouco, pela quantidade de processos, se percebia encurralado como quarta instância recursal e distante da almejada posição de Corte Constitucional. Nas discussões da reforma constitucional do Poder Judiciário, a percepção do Congresso Nacional era a de que o STF não funcionava a contento porque os demais juízes não aplicavam as suas decisões e os recursos idênticos proliferavam sem nenhuma racionalidade ou controle. O parecer de nº. 538 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, de 2002, emitiu a clara opinião de que, ante a explosão numérica das demandas, a atividade judiciária estaria contaminada pelos mares da morosidade e da falta de debate qualitativo. Constatou no parecer que “a largueza do critério de admissão do apelo extremo transformou o debate da matéria constitucional em um varejo improdutivo, improfícuo, vazio de sentido e teoricamente inexplicável”^{84 85}.

Estabeleceu-se aí, enfim, uma primeira premissa da despolitização da resolução do Senado Federal, pois, enquanto sistemas de controle brando pressuporiam a manifestação parlamentar como meio de atenuar o *déficit* de legitimidade democrática da revisão judicial de leis, permitindo uma reação rápida do parlamento às decisões judiciais⁸⁶, na ótica do Ministro Gilmar Mendes, o Brasil teria instituído exclusivamente uma medida processual para vincular

⁸⁴ Disponível em: www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=44577, acesso em 17.9.2012.

⁸⁵ Retomarei esse ponto com mais vagar no capítulo 3.

⁸⁶ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*, p. 34.

os demais juízes, obrigando-os à reiteração dos precedentes da Corte, medida esta que teria se mostrado pouco eficiente ao longo da evolução do controle de constitucionalidade.

O seu voto na Reclamação nº. 4.335/AC se inicia com uma exposição sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Como o preceito introduzido no art. 91, IV, da Constituição Federal de 1934 falava em “suspensão” da execução da lei declarada inconstitucional, ele aparentemente conflitava com a tese adotada no Brasil de nulidade da lei inconstitucional. No entanto, pela interpretação ao final conferida pelo STF ao dispositivo na linha de que permaneceria a nulidade da lei inconstitucional *inter partes*, sendo que a resolução se prestaria a suspender a execução da lei *erga omnes*, acabaram preservadas as bases do modelo cunhado em *Marbury v. Madison*, sem que houvesse prejuízo à teoria de que a decretação de inconstitucionalidade se operava com efeitos retroativos⁸⁷.

E, em que pese o Ministro Gilmar Mendes transcrever as manifestações dos constituintes sobre o caráter de coordenador dos poderes então atribuído ao Senado Federal pela Constituição Federal de 1934, o seu voto não faz a associação de que, se a resolução do Senado Federal foi instituída em um contexto de diferente configuração do parlamento, ela poderia interferir, em alguma medida, na dinâmica de freios e contrapesos.

De fato, na Constituição Federal de 1934, o Senado Federal não ocupava a mesma posição constitucional que atualmente ocupa. Ele assumia funções de coordenação e sobreposição, ao menos hipotética, em relação ao Executivo e ao Judiciário⁸⁸. O parlamento brasileiro, pelo anteprojeto de constituinte, seria unicameral, mas com a previsão de um órgão que, a partir de uma composição paritária por estado, se encarregaria de ligar as instituições do país, de imprimir um sentimento nacional à federação⁸⁹. Como era o Senado Federal quem detinha essa competência de coordenação, necessariamente o seu papel de contenção dos

⁸⁷ C. A. Lúcio Bittencourt esclarece os efeitos atribuído à declaração de inconstitucionalidade pela teoria clássica americana: “Nos Estados que adotam a orientação americana, a declaração de inconstitucionalidade não tem esse efeito revogatório. O tribunal não anula, rescinde, cassa destrói ou revoga a lei, senão, apenas, lhe recusa força formal, o caráter obrigatório e irrefragável que lhe é inerente, negando-lhe aplicação a um dado caso concreto”. (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 135).

⁸⁸ Conforme Antonio Marques dos Reis: “Isso bem prova ter o Senado Federal funções essencialmente executivas, sobrepondo-se ao Poder Executivo. O Poder Judiciário tem, assim, melhor assegurado o cumprimento de suas decisões”. (*A Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1934. p. 192).

⁸⁹ A proposta sofreu alterações e não prevaleceu na constituinte o unicameralismo. No entanto, algumas das competências idealizadas para o Conselho Supremo do anteprojeto de constituinte foram absorvidas pelo Senado Federal na Constituição Federal de 1934. (Cf. Ana Valdevez Ayres Neves de Alencar. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa, ano 15, número 57, jan/mar 1978).

demais poderes haveria de ser refletido quando da fixação da regra de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional. Essa circunstância foi percebida e debatida pelos constituintes à época, pois, além de se verificar na resolução do Senado Federal a força vinculante, desde então se via no ato a função de controle de poder⁹⁰.

A tese do Ministro Gilmar Mendes, portanto, ao dissociar completamente a função de suprapoder do Senado de sua competência política dentro do processo de controle de constitucionalidade, é um recorte do debate travado nas constituintes de 1934 e 1946 que não reflete a inteireza das preocupações dos parlamentares daquele momento. A eles não interessava apenas que as decisões do Poder Judiciário vinculassem, mas também que o Senado tivesse preponderância em relação a ele. Esse elemento político, portanto, ainda que tributário de uma determinada visão de separação de poderes própria daquele tempo, agradando ou não, sempre esteve no foco do problema, exatamente como volta a estar com a Proposta de Emenda à Constituição nº. 33/2011.

O constituinte sabia que estava atribuindo uma função importante ao Senado Federal, a qual foi inclusive tida por alguns como exagerada. Ilustra essa circunstância o voto do constituinte Pedro Vergara que expressamente manifestou haver uma hipertrofia do Senado Federal e a usurpação da função do poder judiciário de firmar a sua jurisprudência⁹¹.

1.4. Sobre o argumento da resolução do Senado Federal como ato de publicidade

Além de colocar as características do Senado Federal e da resolução num plano secundário, porquanto o seu caráter político é visto somente como possibilidade de formulação de um juízo discricionário e não como uma forma de interação entre poderes, logo no início da fundamentação, o voto do relator invoca o que vem a ser um dos lastros da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988, qual seja, a opinião de

⁹⁰ Ibid., p. 264.

⁹¹ Ibid., p. 257.

Lúcio Bittencourt de que a resolução teria nascido com a pretensão de ser apenas um mecanismo de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal⁹².

Essa função de publicização, que já não seria indispensável à jurisdição constitucional em nenhum contexto, ficaria ainda mais destituída de sentido com a instituição do controle abstrato de constitucionalidade. O Ministro Gilmar Mendes indaga que “se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?”⁹³.

A resposta por ele sustentada é a de que a resolução somente se assentaria em uma reminiscência histórica, uma tradição da interpretação constitucional brasileira. Equivocadamente, ter-se-ia conferido à resolução do Senado Federal um caráter substantivo que ela não deveria ter. Ela deveria ser compreendida como instrumento processual de extensão de efeitos da decisão e não como veto político do conteúdo da decisão pelo parlamento⁹⁴.

Além disso, mesmo como veículo processual, a resolução seria inadequada para os casos de declaração de constitucionalidade, bem como para as hipóteses de fixação de interpretação conforme a constituição e para toda a gama de situações que poderiam ocorrer nos julgamentos de questões constitucionais. Ela não seria, ao cabo, esse mecanismo capaz de propiciar o *stare decisis* acalentado e o caminho deveria o ser o do seu confinamento à opinião de Lúcio Bittencourt, ou seja, à qualidade de ato de publicidade. E o controle difuso de constitucionalidade vai se firmando ao longo do voto como uma modalidade paquidérmica em contraste com o alegado dinamismo da forma abstrata, que permitiria todas as manobras e técnicas de decisão ali elencadas.

⁹² O trecho citado da obra declara que “realmente, a primeira consequência da decisão é o reconhecimento de inconstitucionalidade, sem novo exame, por todos os tribunais e juízes inferiores, em relação aos quais a decisão assume o caráter de verdadeira lei. (...) O ato do Senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus regulares efeitos que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição (de 1946) é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”. (C. A. Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 145-6).

⁹³ Trecho do voto da Reclamação nº. 4.335/AC.

⁹⁴ Essas são as palavras expressas do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº. 4.335/AC: “A suspensão da execução pelo Senado não se mostrou apta a superar essa incongruência, especialmente porque se emprestou a ela um sentido substantivo que talvez não devesse ter”.

Seriam iguados os efeitos das duas formas de declaração de inconstitucionalidade, o que se faria sentir, por exemplo, pelo fato de que também a sistemática difusa ou concreta passou a ser vinculante independentemente da edição de resolução do Senado Federal.

O voto ressalta que, desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 150.775/PE⁹⁵, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teria evoluído quanto à interpretação do art. 97 da Constituição Federal de 1988⁹⁶. Uma vez prolatada decisão de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, os órgãos fracionários dos demais tribunais não mais precisariam submeter os incidentes de inconstitucionalidade aos seus plenários ou órgãos especiais. Conclui Mendes, a respeito da alteração de posicionamento quanto ao art. 97, que “a decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*”⁹⁷.

Enfim, a leitura histórica do Ministro Gilmar Mendes quanto à necessidade de duas formas de controle de constitucionalidade é muito clara: o Brasil iniciou a sua trajetória com a revisão judicial incidental de leis, sendo a resolução do Senado Federal criada em 1934 para funcionar essencialmente como um mecanismo processual voltado a garantir eficácia *erga omnes* aos pronunciamentos da Corte. Tal instrumento teria se mostrado inócuo e sido tragado pela própria instituição de uma forma abstrata de controle de constitucionalidade, capaz de permitir a submissão direta e rápida de litígios ao Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e geral, sem que isso ocasionasse impacto qualitativo nas decisões. Esse processo de obsolescência do controle difuso e dos seus institutos teria ocasionado uma mudança de sentido da Constituição Federal de 1988, uma “mutação constitucional”.

O caminho por ele traçado deixa sem resposta as questões sobre: i) se é possível a superação em tal grau de um texto constitucional expresso; ii) por que o constituinte não

⁹⁵ O RE nº. 150.775-1/PE trata da constitucionalidade da contribuição sobre o faturamento cobrada de empresas prestadoras de serviço.

⁹⁶ Diz o art. 97 da Constituição Federal de 1988: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

⁹⁷ Cf. Voto da reclamação nº. 4.335/AC, p. 33.

revogou uma forma de controle pela edição da outra; iii) por que o controle abstrato e concentrado eventualmente supre integralmente e em todas as perspectivas o controle difuso, se metodologias distintas de decisão tendem a produzir resultados qualitativa e substancialmente diferentes; iv) e, ainda, por que o constituinte derivado se ocupou de editar uma emenda prevendo mecanismos de vinculação para o antigo controle difuso, tais como a súmula vinculante e o julgamento em repercussão geral do recurso extraordinário, se, na essência, o controle difuso já não tinha mais nenhuma utilidade?

1.5. A resolução do Senado na perspectiva do parlamento e da antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Sem ambições originalistas que recaiam sobre as intenções dos parlamentares e da constituição e apenas para demarcar e criticar o pressuposto fático da tese de mutação constitucional, volto ao cenário das assembleias constituintes de 1934 e 1946 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que precede a Reclamação nº. 4.335/AC. Afinal, como a “objetivação” do controle de difuso de constitucionalidade se pauta no argumento de mudança de sentido da constituição, conforme se pressupõe dessa mesma teoria, há que se detectar uma mudança na realidade, uma assimetria entre a norma constitucional e os fatos contemporâneos que deveria reger⁹⁸.

A discussão sobre o caráter político ou não da resolução do Senado Federal esteve presente desde a sua introdução na Constituição Federal de 1934. Por isso, há que se delimitar se houve uma alteração de sentido ou uma verdadeira opção do constituinte diante de dois caminhos abertos para regular a sistemática de controle de constitucionalidade⁹⁹. O que aparta

⁹⁸ Ver Capítulo 3 desta dissertação.

⁹⁹ Desde a Constituição de 1934, época da instituição do mecanismo, se travava o acirrado debate sobre se a prerrogativa do Senado era de índole política ou meramente executora do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo Paulo Napoleão Nogueira da Silva, “de modo geral, duas eram as opiniões dominantes: a que sustentava ser meramente executiva ou homologatória da decisão do Supremo a competência estatuída no art. 42, VII, da Constituição de 1967 e a que reconhecia ao Senado apenas a competência para examinar o aspecto formal de validade da decisão daquela Alta Corte. Assim, v.g., Manoel Gonçalves de Ferreira Filho, relativamente ao texto de 1967; Pontes de Miranda ao comentar o texto original de 1967; Roberto Rosas, também relativamente a esse texto; Lúcio Bittencourt; Themístocles Cavalcanti e novamente Pontes de Miranda sobre a constituição de 1946”. (*A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 75).

os dois pontos de vista atualmente existentes na doutrina e que respaldam os votos no STF, um que advoga a ocorrência de mutação constitucional e outro que ainda vê utilidade para a resolução em nosso controle de constitucionalidade, é o enfoque dado aos acontecimentos em seu percurso histórico e a interpretação sobre como a sistemática de revisão judicial de leis deve se adaptar e democratizar ao longo do tempo.

Ao se refazer o caminho do nosso controle de constitucionalidade sob outra perspectiva, é possível perceber que é questionável o fenômeno da “objetivação” visto nas obras e votos do Ministro Gilmar Mendes. Ao longo do tempo em que se discutiu o papel do Senado Federal no controle difuso, inúmeras mensagens foram dadas pelo parlamento e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da questão. Após o presente retrospecto, passo a verificar, no capítulo seguinte, se essas mensagens formam uma prática constitucional relevante para o futuro ou apenas uma convenção atada ao passado¹⁰⁰ ou se elas foram legitimamente superadas pelo “projeto” de mutação constitucional¹⁰¹.

O controle de constitucionalidade brasileiro manteve a sua via difusa e incidental basicamente íntegra até a mudança substancial operada durante o regime militar, especificamente no governo Castelo Branco, pela emenda à Constituição Federal nº16, de 1965, quando foi instituída a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual¹⁰². Em meio ao período de regime autoritário, a introdução do controle abstrato via representação de inconstitucionalidade não veio acompanhada de um projeto de Corte Constitucional forte e

¹⁰⁰ Ronald Dworkin faz a distinção sobre as duas diferentes formas em que a história pode influir na interpretação das normas jurídicas. A defesa da resolução do Senado, por exemplo, pode ser feita através de uma interpretação atada ao convencionalismo, à existência de norma que a preveja na constituição federal. Porém, ele defende que a interpretação adequada será aquela que ajuste à concepção de direito como integridade e à noção de “romance em cadeia”. Dworkin afirma que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática da comunidade”. Esse juiz que possui uma visão do direito como integridade não ignora a tradição, o passado, mas “introduz acréscimos na tradição que interpreta”, ou seja, participa de uma narrativa ou romance em cadeia, que perpassa gerações de intérpretes. (*O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, pp. 272-5).

¹⁰¹ A expressão consta no voto dissidente do Ministro Sepúlveda Pertence na reclamação nº. 4.335/AC.

¹⁰² A emenda alterou os arts. 101 e 124 da Constituição Federal de 1946, inovação que, à época, não foi objeto de regulação infraconstitucional. Além disso, desde 1946, o Brasil conhecia a representação interventiva, ligada à intervenção federal, para a defesa de princípios sensíveis. Dizia a emenda 16/65, em seu art. 2º, que competia ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da: “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Posteriormente, foi editada a emenda nº. 07/77, a qual confirmou e manteve o controle abstrato de normas.

democrática, traduzindo, isto sim, um instrumento de governabilidade¹⁰³, coerente com o momento institucional e político do país.

O controle abstrato não foi criado a partir de uma missão democrática de criação de Corte Constitucional. E, antes desse momento de surgimento da representação, sob a égide dos debates das assembleias constituintes de 1934 e 1946, foi dura e enfática a defesa de que o STF desde então se tornasse uma Corte voltada exclusivamente ao controle concentrado, o que foi rejeitado.

O Deputado Nilo Alvarenga propôs na constituinte de 1934 a criação de uma Corte Constitucional de Justiça, baseada no modelo austríaco, com competência para conhecer originariamente de arguições de inconstitucionalidade¹⁰⁴. O grande fundamento para tanto era a insegurança jurídica provocada pelas múltiplas decisões da justiça comum. Indignava-se o Deputado, ante a “imprestabilidade do sistema de controle de constitucionalidade das leis, tanto pelo regime americano, como pelo regime brasileiro, quando é confiado à justiça comum”¹⁰⁵. A ineficiência da sistemática decorreria da sempre mencionada ausência de mecanismos de vinculação, de um *stare decisis*, pois “centenas de leis no Brasil anuladas pelo Poder Judiciário têm os seus efeitos restritos às partes litigantes, continuando em pleno vigor para os demais membros da coletividade”¹⁰⁶.

Ao ímpeto de Nilo Alvarenga em prol da Corte Constitucional, seguiu-se a objeção do constituinte Cunha Melo, que tocou na tecla, hoje vista sobre outras luzes, de que “a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis surge da discussão de casos concretos”¹⁰⁷.

¹⁰³ Para Gustavo Binenbojm, “a deflagração da jurisdição constitucional abstrata foi até então, no Brasil, uma questão de Estado, da qual os cidadãos estavam completamente alijados. Um caso exemplar e emblemático de sociedade fechada de intérpretes da constituição, na qual o cidadão é reduzido a mero espectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional”. (*A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 128).

¹⁰⁴ Ana Valdez Ayres Neves de Alencar, *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, p. 238.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 241.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 241.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 243.

A tônica da singularidade dos casos naquele contexto se associava sobretudo à visão de separação estanque entre os poderes^{108 109}, pela qual, em nenhuma hipótese, caberia ao poder judiciário tomar conhecimento de questões da política, o que inclusive chegou a ser expressamente previsto na Constituição Federal de 1934¹¹⁰. O esquema clássico de especialização de funções é sintetizado por Dieter Grimm como aquele em “fica em princípio vedado à jurisdição o estabelecimento de normas, pois ela decide em conhecimento do caso concreto. Em geral, vale que uma norma jurídica não pode ser problematizada no processo que deve estruturar: a Constituição não pode ser problematizada no processo legislativo e a lei não pode ser problematizada no processo judicial”. Para ele, é essa divisão de atribuições que, via de regra, garante um funcionamento normal da democracia, evitando que os detentores do poder incorram em arbítrio¹¹¹.

A preocupação do parlamento à época com a hipótese de os juízes decidirem fora de casos concretos não se dava no atual papel que a singularidade e a alteridade podem ser aplicadas à jurisdição constitucional. Se a singularidade do caso naquela época da Constituição de 1934 significava que cada processo deveria ter um desfecho único por apego à crença de que apenas o legislativo poderia editar regras gerais, na teoria contemporânea da adjudicação, ela pode ganhar o sentido que, por exemplo, a partir da desconstrução *derridiana*, lhe empresta Juliano Zaiden Benvindo¹¹². Por esse sentido atual, uma das limitações da crença na racionalidade de que se imbuí o magistrado é dada pelo caso concreto, pela sua temporalidade e contingência. A desconstrução não significa relativismo, mas sim que cada caso singular possa a ela se ajustar. O julgador deve sair da armadilha da discussão de métodos e fórmulas predeterminadas e se voltar para o caso e a possibilidade de negociação entre direito e justiça¹¹³.

¹⁰⁸ A influência se devia ao modelo francês e à supremacia do parlamento inglesa. (Gustavo Binbojm. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 121).

¹⁰⁹ Também Ruy Barbosa, embora fosse defensor do controle de constitucionalidade à moda norte-americana, enfatizava a insindicabilidade das questões políticas, ou seja, “da soberania constitucional”. Ao poder judiciário caberia a atuação quando houvesse violação a direitos, fora da esfera de atuação marcada pela discricionariedade e conveniência. (*Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 125-7).

¹¹⁰ Cf. art. 68 da Constituição de 1934: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

¹¹¹ Dieter Grimm, *Constituição e Política*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14.

¹¹² Juliano Zaiden Benvindo, *On The limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, p. 173.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 368, 397-404.

Ela pode também ganhar o sentido de minimalismo, ou seja, diante de questões constitucionais, os juízes decidem se atendo aos fatos do caso e não atentando para consequências amplas ou procurando uma disciplina geral para o tema, assim deixam espaços não decididos para propiciar o diálogo e as deliberações na esfera pública¹¹⁴.

O problema à época da assembleia constituinte que criou a resolução do Senado, no entanto, era a confluência entre direito e política na jurisdição constitucional¹¹⁵. É o tipo de preocupação existente quando da fundação do constitucionalismo. Tocqueville já afirmava que, nos Estados Unidos, muito dificilmente aconteceria de uma questão política em disputa não ser transformada em um conflito judicial¹¹⁶. E esses conflitos centrais passaram a ser resolvidos, independentemente de previsão constitucional¹¹⁷, por uma doutrina de *judicial review*, que, no entendimento de Thomas Jefferson, se mostrava perigosa e poderia levar o país ao despotismo e à oligarquia¹¹⁸. Para ele, os juízes formavam um grupo de oligarcas, deslegitimados da capacidade de buscar a supremacia popular. Então, na jurisdição constitucional “o objeto de controle do tribunal consiste na própria política, incluindo a legislação”¹¹⁹.

Tanto o grande problema era a possibilidade de contato excessivo do judiciário com a política que esse foi o mote do naufrágio da proposta de Corte Constitucional. O constituinte

¹¹⁴ Cass R. Sunstein comenta a postura da Justice Sandra Day O’ Connor e faz uma breve definição do minimalismo: “Much of Justice Sandra Day O’Connor’s work on the Supreme Court embodies a commitment to judicial minimalism, understood as a preference for narrow rulings, closely attuned to particular facts”. (*Problems with minimalism*, University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 276, disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=880144, acesso em 22.12.2012).

¹¹⁵ Sobre a junção entre constitucionalismo e política, diz Antonio Negri: “Falar de poder constituinte é falar de democracia. Na era moderna os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que, com a aproximação do século XX, fez com que se identificassem cada vez mais. Em outros termos, o poder constituinte não tem sido considerado apenas fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito desta produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva. Sob este ponto de vista, o poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido que com este é compreendido numa sociedade democrática. Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas sobretudo ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática”. (*O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*, Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 7).

¹¹⁶ Cf. Alexis de Tocqueville, *A Democracia na América: Leis e Costumes*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹¹⁷ Lucio Bittencourt relata que “o assunto não constituía tese central que polarizasse a atenção dos elaboradores da constituição americana, não tendo sido, por isso mesmo, objeto de cogitação por parte dos convencionais”. Todas as presunções indicariam, no entanto, que os fundadores, se fossem eleger um poder como superior, ele seria o Congresso e não a suprema corte. (Cf. Robert G. Neumann *apud* C. A. Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 21).

¹¹⁸ Samuel Freeman, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, Volume 9, ed. 4, 1991, p. 328.

¹¹⁹ Dieter Grimm, *Constituição e Política*, p. 16.

entendeu que uma Corte com a feição proposta acabaria por ser um órgão político e por se apropriar demasiadamente de competências do Supremo Tribunal Federal¹²⁰, que cuidava de matéria privada e não apenas constitucional. Enfim, a perspectiva de que as Cortes pudessem revogar uma lei sem que o seu pronunciamento estivesse atrelado a um caso concreto era tido como um passo dado em direção à “ditadura do Judiciário”¹²¹.

Daí que, ante a rejeição da ideia de Corte Constitucional, o constituinte Prado Kelly encampou a ideia de atribuição ao Conselho Federal, então órgão Coordenador de Poderes, da competência hoje conferida ao Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo poder judiciário”¹²².

A existência de um mecanismo como o da resolução do Senado Federal autorizava o surgimento de uma espécie de Corte Constitucional não necessariamente vinculada ao modelo austríaco, o que foi defendido por Prado Kelly¹²³. Não seria uma forma de instituição de um controle brando de constitucionalidade. Os constituintes não engendraram a resolução como uma cláusula de “não obstante” à moda canadense¹²⁴, mas inegavelmente o seu papel não foi pensado como o de mero instrumento de vinculação. A todo tempo nos debates, paralelamente à necessidade de que as decisões tivessem efeito *erga omnes*, acentuou-se que ela também seria mais um instrumento de controle entre os poderes. Essa é a conclusão de Ana Valderez de Alencar depois de extensa análise das palavras dos constituintes: “a síntese dos debates indica como responsáveis pela inclusão da medida apenas dois fatores: a necessidade de emprestar-se força vinculante, com eficácia *erga omnes*, à sentença que declara a inconstitucionalidade do ato e o intuito de dar-se maior ênfase ao equilíbrio dos poderes”¹²⁵.

¹²⁰ Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, p. 245.

¹²¹ Cf. pronunciamento do constituinte Levi Carneiro, tratando das propostas de emenda ao projeto da constituição e da competência do Conselho Federal na suspensão da execução de lei. *Apud* Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, p. 258.

¹²² *Ibid.*, p. 255.

¹²³ Prado Kelly era categórico na defesa da resolução como mecanismo político. Para ele, seria “um ato político de alcance normativo”. Citação feita no acórdão STF RTJ 38/19.

¹²⁴ Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What role for the Courts?*, p. 37.

¹²⁵ Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, p. 264.

Esse ponto de vista se casa perfeitamente com toda a preocupação que a Corte Constitucional suscitava nos constituintes. A resolução, além de propiciar a vinculação, era essa forma de atuação equiparada a um veto, a uma obstrução à decisão da Corte¹²⁶, um mecanismo de *checks and balances* que permitia a uniformização da sua jurisprudência e a sedimentação dos entendimentos que rotineiramente variavam nos tribunais¹²⁷. Tudo se alinhava com a superioridade do Conselho Federal, ou seja, do Senado, na Constituição de 1934¹²⁸, com o receio de excessos por parte do judiciário, e com a intenção de constituição de um sistema racional e vinculante.

Caberia a esse Senado coordenador dos poderes a função de fazer executar a decisão do Tribunal de forma vinculante a todas as partes. A extensão da decisão para todos dependeria de uma atuação do Senado não simplesmente repetidora do quanto decidido pela Corte, mas capaz de exercer um crivo sobre o julgamento, ampliando o seu alcance ou simplesmente mantendo a decisão do Supremo Tribunal Federal confinada às partes litigantes^{129 130}. A atuação institucional do Senado se compreendia como política, afinal “se a constituição exige a participação do Senado, depois do julgamento, é porque existe função política a exercer. Portanto, se o Senado ainda tem uma palavra a dizer, é para se pronunciar sobre a conveniência e a oportunidade da política de suspensão”¹³¹.

¹²⁶ “A tacha de inconstitucionalidade não tinha consequências formais no direito constitucional brasileiro de 1891-1934. A Constituição de 1934 não ousou transformar o julgamento in concreto, no caso examinado pelos juízes, em julgamento definitivo, geral, de lei, nem, tão-pouco, em apreciação *in abstracto* e derriscante da lei. (...) Mas o art. 91, IV, da Constituição de 1934 criou algo de novo, algo de mais próximo do veto, muito embora só nos resultados, na eficácia, que é a suspensão de execução”. (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Tomo II, 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 462).

¹²⁷ Para Themistocles Brandão Cavalcanti, “a intervenção do Senado visa, antes de tudo, expurgar do corpo de leis e decretos aqueles preceitos que não podem ser aplicados por terem sido fulminados pelo Supremo Tribunal Federal. Com a medida impede-se a nova manifestação judicial e evita-se decisão contraditória do mesmo tribunal na interpretação do mesmo preceito, o que tem ocorrido com relativa frequência, muitas vezes acertadamente, corrigindo-se erro na interpretação primitiva”. (*A Constituição Federal comentada*, Volume II. 3ª edição – Revista, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956, pp.112-3).

¹²⁸ Segundo Antonio Marques dos Reis: “Isso bem prova ter o Senado Federal funções essencialmente executivas, sobrepondo-se ao Poder Executivo. O Poder Judiciário tem, assim, melhor assegurado o cumprimento de suas decisões”. (*A Constituição Brasileira de 1934*, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1934, p.192).

¹²⁹ Novamente ele esclarece: “O preceito é de aplicação delicada porque generaliza os efeitos e consequências das decisões judiciais sobre constitucionalidade e generaliza demais porque inclusive amplia a ação do Senado ao ponto de admitir a suspensão de toda lei ou decreto”. (*Ibid.*, p. 187-195).

¹³⁰ No julgamento do MS n. 16512, em 25/05/1966, relatado pelo Min. Oswaldo Trigueiro, o Tribunal assentou que o Senado não poderia ampliar ou restringir o conteúdo da sua decisão, apenas podendo se manifestar quanto ao julgamento em sua inteireza.

¹³¹ Marcello Caetano, *Direito Constitucional*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 274.

No que tange à posição histórica do Supremo Tribunal Federal, os julgamentos anteriores à Reclamação nº. 4.335/AC rejeitaram a tese de Lucio Bittencourt, lançada em 1949, mantendo-se a definição da resolução como ato dotado de cunho político. Em julgamento do ano de 1961, o Ministro Carlos Medeiros Silva enfatizou que a Corte não poderia ver o Senado Federal como “um carimbo”, um “meirinho”, “um cartório” ou mesmo “um porteiro de auditórios”¹³², cuja função fosse simplesmente a de publicizar decisões¹³³.

Em suma, desde sempre foram muitas as vozes no sentido de um papel político e não burocrático do poder legislativo com lastro em um argumento acachapante: o constituinte não precisaria pensar em um papel do parlamento que fosse o de publicizar decisões judiciais se elas são, por si sós, públicas. A prosseguir a interpretação de Lucio Bittencourt, seguida pelo Ministro Gilmar Mendes e ora influenciadora dos rumos do assunto no STF¹³⁴, o constituinte brasileiro estaria repetindo um preceito absolutamente inócuo e vazio desde 1934^{135 136}.

E mesmo na Constituição de 1988, igualmente não vingou a exclusividade dessa forma de controle em detrimento da tradicional sistemática difusa. Um dos argumentos da tese de mutação constitucional é a instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a modulação de efeitos na decisão das ações diretas de inconstitucionalidade. Essas novas medidas evidenciariam o fechamento, a completude do sistema abstrato e

¹³² RTJ 38/61. Na transcrição do voto, consta que: “Repugna a tudo quanto se possa conceber como apropriado a uma assembleia e a uma assembleia das características do Senado, ver nele mero órgão executor do Supremo Tribunal Federal. Há questões que a solução é percebida, nitidamente percebida, antes mesmo de se encontrar a sua fundamentação. Essa é uma delas. Atribuir ao Senado papel mecânico, faze-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe função absolutamente subalterna, mas, e, especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal Federal”. (Paulo Napoleão, *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, p. 83).

¹³³ Confirmaram o caráter político da resolução os Ministros Aliomar Baleeiro, Victor Nunes Leal, Luiz Galotti e Gonçalves de Oliveira. (Cf. Edgar Costa, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, V volume, 1967).

¹³⁴ Segundo C. A. Lúcio Bittencourt, “o ato do senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na constituição: decisão definitiva do supremo tribunal federal. Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus regulares efeitos que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição (de 1946) é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”. (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 145-6).

¹³⁵ Um dispositivo que simplesmente “chove no molhado”, segundo as palavras de Paulo Napoleão. (*A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, p. 75).

¹³⁶ Esse foi o ponto de Marcello Caetano já em 1964. (*Direito Constitucional*, p. 273).

concentrado, que traria a possibilidade de análise rápida de qualquer questão constitucional, em relação a qualquer norma passada ou futura e em todas as esferas federativas¹³⁷.

Contudo, esse argumento não resiste sequer ao teste da Reforma Constitucional nº. 45, de 2004. O parecer do Senador Bernardo Cabral, relator da reforma do Judiciário, ao apontar as mazelas da justiça brasileira de acúmulo de processos e ineficiência, não encontrou a solução dos problemas da jurisdição na supressão do controle difuso. Embora partindo de equívocos, como o de que a súmula vinculante seria um instituto “típico do direito anglo-saxão”, para ele, dever-se-ia manter a lógica do controle misto, buscando instrumentos que vedassem a repetição de questões idênticas nos tribunais e vinculassem os juízes na base¹³⁸.

Não existe evidência histórica de consenso no trato parlamentar e jurisprudencial da matéria que aponte a resolução do Senado Federal como um mecanismo burocrático e apolítico a ser expressa e necessariamente abolido do controle de constitucionalidade ou que, em algum momento, ela tenha sido a causa dos seus desacertos e ineficiências.

Essa é a recuperação de corte histórico a que fiz referência na introdução do capítulo. Qualquer defesa da ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, não pode ignorar a farta gama de autores, parlamentares e de julgamentos do Supremo Tribunal Federal que sempre deram conta da resolução como um ato político.

1.6. Palavras finais

Os pontos específicos que moveram os constituintes, quais sejam, o da singularidade dos casos que devem ser o centro dos julgamentos nas Cortes e o do papel da resolução enquanto forma de manifestação do sistema de freios e contrapesos, inclusive com a especulação sobre a possibilidade ou não de controle de constitucionalidade brando¹³⁹, são aspectos que não podem ser alijados da análise histórica do tema. A evolução do controle de

¹³⁷ Stéfano Cunha Araújo, *A tese da mutação constitucional da resolução suspensiva do Senado Federal e o processo de sufocamento do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, após a emenda constitucional 45/2004*, dissertação de mestrado, Brasília: Universidade de Brasília, 2011, disponível em: http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/9360/1/2011_StefanoCunhaAraujo.pdf, acesso em 17.01.2013.

¹³⁸ Cf. Parecer CCJ nº. 538/2000.

¹³⁹ Os tópicos serão detalhados nos capítulos terceiro e quarto desta dissertação

constitucionalidade não pode se dar a partir de uma segmentação. Mesmo que a Constituição Federal de 1988 tenha alterado substancialmente o controle concentrado de constitucionalidade, há que se valorar se a adaptação e evolução do controle difuso não ocorreu ou deve ocorrer de modo a harmonizá-lo com as demais sistemáticas existentes, sobretudo se considerarmos que vem sendo tidos como alterados todos os aspectos da sistemática difusa, menos a resolução do Senado Federal.

Essa tese de mutação constitucional é parte de uma guinada maior de ativismo por parte do STF, talvez evidenciando umas das suas facetas mais perigosas, a do ativismo alargador de competências. Poucas coisas devem ser tão adstritas ao princípio democrático quanto a prerrogativa dos cidadãos de, por meio da constituição, delimitarem a parcela de poder que querem delegar às suas Cortes¹⁴⁰. Todo o contexto de ativismo judicial característico desse momento do STF se descortina e envolve a discussão. O avanço do Supremo na interpretação da questão pode abrir ensejo – como tem aberto – para outros cerceamentos às competências do parlamento. O mesmo raciocínio segundo o qual a pouca edição de resoluções sugere o seu desuso e obsolescência tende a ser estendido à análise de vetos e a tantos outros temas em relação aos quais é o parlamento e não o STF quem deveria ter o poder de controlar sua própria agenda. É o que passo a tratar no capítulo seguinte.

¹⁴⁰ Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What role for the Courts?*, p. 39.

2. ATIVISMO JUDICIAL, METODOLOGIAS DE DECISÃO E SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. *Supremo Tribunal Federal e o recente ativismo judicial*

A defesa da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade ganhou corpo em uma fase de protagonismo do Supremo Tribunal Federal na vida política nacional. Fundiu-se a metodologia centralizadora de decisão¹⁴¹, decorrente dos instrumentos vinculantes, com a própria colocação do Tribunal em um lugar de maior referência institucional. A razão mais decantada para esse deslocamento seria uma aguda crise no modelo político-representativo brasileiro¹⁴². O contexto evoluiu a ponto de prosperar, em certo grau, a sensação de que se tudo há que ser decidido pelo Tribunal que seja do modo que lhe é mais conveniente, havendo pouca crítica quanto ao conteúdo das decisões e, mais ainda, quanto ao mecanismo que as formula.

¹⁴¹ Juliano Zaiden Benvindo, *On The limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, p. 87.

¹⁴² A pecha de inoperância, de defesa de interesses próprios e de falta de agenda há muito é especialmente lançada sobre o poder legislativo brasileiro. Luís Roberto Barroso faz o diagnóstico de que o parlamento teria a sua agenda imposta sobremaneira pelo executivo, de sorte que as leis apresentadas sem o apoio presidencial seriam na maior parte das vezes sobre temas irrelevantes. Além disso, ele identifica que a baixa institucionalização dos partidos e de comprometimento com a fidelidade partidária ocasionariam a generalizada advocacia de interesses pessoais pelos parlamentares, que atuariam como centros atomizados de poder. A sua percepção de que o povo não encontra grande representatividade no parlamento é justificada pelas distorções do sistema eleitoral, que gerariam, por exemplo, a desproporção entre a validade dos votos das diferentes regiões do país e a ausência de eleições distritais, as quais tornariam as campanhas menos dispendiosas e os parlamentares mais próximos de suas bases. (*Brazils' Unbalanced Democracy*, pp. 9-12).

A judicialização de temas constitucionalizados não significa, *per se*, ativismo judicial. A primeira ideia se associa à transformação de questões políticas em jurídicas e ao seu trânsito pelos tribunais, o que é natural considerando o fenômeno da constitucionalização do direito¹⁴³. A modernidade faz com que o direito extraia a sua fundamentação da política, que, ao mesmo tempo, passa a estar condicionada e limitada por ele¹⁴⁴. O ativismo judicial, por outro lado, equivale a "uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios"¹⁴⁵.

Inúmeros motivos são apontados para a centralidade que Supremo Tribunal Federal passou a ocupar no debate político brasileiro. Há, segundo Oscar Vilhena Vieira, o fenômeno mundial de expansão das constituições rígidas e ambiciosas, bem como a competência superlativa do STF, que coloca sob o seu raio de atuação quase todos os temas da vida social e política no Brasil¹⁴⁶. Além do rol usual de direitos fundamentais, com a Constituição de 1988 e a pretensão de sua normatividade, os direitos sociais se fortaleceram e converteram em demandas múltiplas¹⁴⁷. Eles têm sido continuamente invocados como balizas incidentes sobre as escolhas em matéria de gastos públicos¹⁴⁸ e aumentaram a inserção do poder judiciário em áreas que antes eram infensas ao seu domínio.

Portanto, os fatores tradicionalmente mais invocados para a proatividade do STF são a sua miríade de competências e as variadas formas de acesso à Corte, o que, tendo em conta a nossa vasta constitucionalização de questões, confere uma dimensão exponencial ao fenômeno.

Esse alinhamento de causas pode, entretanto, conduzir à enganosa conclusão de que depois de 1988 não poderia haver uma postura de maior sutileza e autocontenção por parte do STF. Esse é o equívoco que Luís Roberto Barroso comete ao decretar o ativismo judicial como "um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e

¹⁴³ José de Ribamar Barreiros Soares, *Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*, tese apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 7.

¹⁴⁴ Dieter Grimm, *Constituição e Política*, p. 9.

¹⁴⁵ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 8.

¹⁴⁶ Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, p. 443.

¹⁴⁷ Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 268.

¹⁴⁸ Ana Paula de Barcellos, *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, Revista diálogo jurídico, n. 15, 2007, p. 11.

não uma opção política do Judiciário”¹⁴⁹. Ocorre que não se pode ignorar ou diminuir a mudança na postura hermenêutica do Tribunal. Os fatos históricos contrariam a opinião de Barroso de que temos um desenho constitucional apriorístico quanto à inclinação que deve ter o Supremo Tribunal Federal e que ele pressupõe uma Corte necessariamente ativista. Mesmo após a Carta de 1988, transcorreram alguns anos e alterações de composição para que as mesmas normas constitucionais passassem a ter interpretações que tomam a dianteira em questões antes afetas aos poderes executivo e legislativo. Não foi rápida a superação do antigo perfil do STF, até então contido e por vezes marcado por momentos de cordialidade excessiva para com os governantes¹⁵⁰. Talvez por isso a mudança não precise ser definitiva.

A alteração foi gradual e atingiu o ápice com a ação penal n.º. 470/MG, no que se convencionou chamar de “*juízo do mensalão*”. A transmissão televisionada diária do julgamento criminal de autoridades combinada com o apelo incessante da imprensa elevaram o Tribunal a um novo patamar de popularidade. Agora, mais do que uma Corte, o STF passou a ser a casa do “herói nacional”¹⁵¹, Ministro Joaquim Barbosa, uma espécie de referência moralizante da república ou a panaceia de um sistema político desacreditado. O Tribunal então se apropriou da posição de “superego” de uma sociedade órfã politicamente, para utilizar a expressão empregada por Ingeborg Maus em relação à Alemanha¹⁵².

O ativismo judicial brasileiro, nesse específico tempo de ordem de cassação de mandatos¹⁵³ e de obstrução à deliberação sobre vetos¹⁵⁴, alcançou um nível agudo e diferenciado que praticamente não tem encontrado contenções e barreiras. Por isso, a propensão à ocupação do espaço político atribuída ao nosso tipo de constituição¹⁵⁵ não foi

¹⁴⁹ Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 7.

¹⁵⁰ Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, São Paulo: RT, 1994, p. 72.

¹⁵¹ Em rápida busca na *internet* são vastas as reportagens que denominam o Ministro Joaquim Barbosa como “herói nacional”: “*Mensalão: Ministro Joaquim Barbosa torna-se herói em peça que circula pela web segundo a qual ‘Batman é para os fracos’*” (Coluna do Ricardo Setti, Revista Veja Online, 01.01.2013); “*Joaquim Barbosa, modestamente, torna-se um herói nacional*” (Carlos Newton, Tribuna da Imprensa, 03.09.2012); “*Joaquim Barbosa, o mais novo herói brasileiro*” (Alô Araxá.com, 07.09.2012). O site de notícias jurídicas “Migalhas” dá o tom da popularidade do Presidente do STF que aparece dando autógrafos na rua, em máscaras de carnaval e em montagens que o associam ao personagem em quadrinhos Batman. (“*Joaquim Barbosa vira herói do mensalão*”, www.migalhas.com.br, 24.10.2012).

¹⁵² Cf. Ingeborg Maus, *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. Novos Estudos CEBRAP n. 58, São Paulo: CEBRAP, 2000, p. 185.

¹⁵³ AP n.º. 470/MG.

¹⁵⁴ MS n.º. 31816/RJ.

¹⁵⁵ Gisele Cittadino, por exemplo, vê, além do caráter analítico, um conteúdo influenciado pelo comunitarismo europeu na constituição brasileira, com a dignidade da pessoa humana se tornando o eixo central do documento. (*Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, 4 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013, p. 12).

determinante para que o STF modificasse desde 1988 a sua postura acanhada. O giro do Tribunal tem sido inflamado por motivos outros de ordem teórica e metodológica que passo a detalhar.

2.2. *Ativismo judicial e as abordagens teóricas axiológicas e neoconstitucionalistas*

Não existe uma única e coesa teoria procedimentalista sobre o controle de constitucionalidade ou alguma outra que, ao revés, congregue todas as nuances, práticas e autores que sustentam o modelo de revisão judicial tendo como base principal *standards* substancialistas e axiológicos. Uma teoria ampla pressupõe um “eixo mínimo bem definido”¹⁵⁶ que não se verifica no campo das inúmeras variáveis e autores que tratam de democracia e legitimidade da jurisdição constitucional. Não há dois lados que sejam homogêneos internamente e antagônicos entre si¹⁵⁷.

Contudo, a ausência de uma teoria fechada não torna falsa a constatação de que existem abordagens em relação à jurisdição constitucional que propõem uma maior abertura de espaço para a decisão dos temas na esfera pública democrática do que outras, prestigiando os procedimentos deliberativos e representativos, os quais inclusive podem ser fomentados pelas cortes¹⁵⁸. As diferentes inclinações do procedimento de adjudicação variam conforme um entendimento maior sobre a democracia deliberativa, pois esta engloba “além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Mônia Clarissa Henig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 196.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 196.

¹⁵⁸ Mônia Clarissa Henig Leal esclarece diferenças no procedimentalismo de John Hart Ely e Jürgen Habermas que: “enquanto uns propõem esta limitação por meio do reforço do sistema representativo, institucional (Ely), outros, como Häberle e Habermas, o fazem enfocando o processo mais amplo e aberto de participação política (...)”. (*Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 199).

¹⁵⁹ O conceito de democracia deliberativa é de Cláudio Pereira de Souza Neto, que traz ainda definições para a democracia deliberativa em seus vieses procedimentalista e substancialista. Pela vertente substancialista, “a deliberação é um processo de aplicação de princípios previamente estabelecidos”, ao passo em que na procedimentalista, a deliberação permanece aberta quanto aos seus resultados. (*Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan. 2007, p. 1).

O paradigma procedimental, que pressupõe mínimas condições substantivas de liberdade e igualdade de participação, possibilitaria a legitimidade do direito através de pressupostos comunicativos institucionalizados que conduziriam a resultados “racionais”¹⁶⁰. Nele o controle de constitucionalidade atuaria mais como uma instância “orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política”¹⁶¹. O foco aí está no procedimento e não em valores pré-estabelecidos que devam ser revelados através de uma metodologia racional de decisão pelas cortes constitucionais.

A despeito da instituição de audiências públicas e de sustentações orais de *amici curiae*, o que, em tese, lhe conferiria um verniz de abertura à esfera pública, o STF não pode ser considerado um tribunal que comungue de uma visão procedimentalista no sentido acima descrito. A participação popular é agregada ao processo como mais um elemento técnico de convencimento. É dizer: existem as petições, as sustentações, as audiências, o que, sem dúvida, contribui para a democratização do procedimento, porém os participantes não estabelecem qualquer diálogo para com a Corte, não constroem a decisão que lhes é imposta. Primeiro porque não há como aferir quanto desta abertura à participação na jurisdição constitucional é apenas uma formalidade e quanto, ao contrário, se converte em influência efetiva nas decisões. Além disso, o Tribunal não encampa nenhuma diretriz no sentido de reforçar as estruturas da democracia representativa ou participativa brasileira. O STF escuta uma parcela ínfima da sociedade para a ela dizer a “verdade” e a “solução” e não para devolver algum espaço de autonomia e deliberação quanto ao que foi julgado.

O que inspira o Supremo Tribunal Federal, diferentemente, são as propostas axiológicas e substantivas de jurisdição constitucional, pautadas na jurisprudência de valores alemã¹⁶², cujos pressupostos foram aqui introduzidos pelo Ministro Gilmar Mendes a partir da dogmática desenvolvida por Robert Alexy. A teoria da eficácia objetiva e irradiante serviu, por exemplo, de mote para a incidência imediata de direitos fundamentais em relações privadas no caso do reconhecimento do direito à ampla defesa para o desligamento de

¹⁶⁰ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p. 414.

¹⁶¹ Ana Luiza Almeida Ferro, *A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J. H. Ely*, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, jul. 2010, disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35640>, acesso em: 22.01.2012.

¹⁶² O caso paradigma do início dessa orientação no Tribunal Constitucional alemão é Lüth-Urteil, de 1958, embora Robert Alexy relate que teorias valorativas já eram defendidas, por exemplo por Rudolf Smend, desde a Constituição de Weimar. (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008 p. 154).

membro de associação civil privada, tendo a Corte definido, no voto condutor do acórdão, que “a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado”¹⁶³.

Fiz alusão no capítulo anterior à colocação dos direitos no centro do problema que se estabelece entre defensores e detratores do controle de constitucionalidade. Os direitos entrincheirados na constituição sempre configuraram a arena de debate, pois eles teoricamente reduziriam o âmbito de exercício da política. As acusações que pairavam sobre os tribunais eram no sentido de serem “fundamentalistas de direitos”¹⁶⁴. Porém, a jurisprudência de valores retira o enfoque primordial dos direitos e o coloca nos valores, o que não deixa de ser óbvio, afinal não se chama “jurisprudência de direitos” e não é a deontologia o seu traço distintivo. É pressuposto da teoria de Robert Alexy a caracterização do discurso jurídico como um caso especial do discurso moral, que conduz à “ideia de unidade da razão prática”¹⁶⁵. Para não haver dúvida, a síntese do pensamento é a de que a positivação dos direitos fundamentais “representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais”¹⁶⁶.

Embora Robert Alexy afirme a distinção entre princípios e valores, o que também faz Jürgen Habermas quando prega que a força atrativa dos valores advém do senso de uma comunidade de que determinados bens devem ser estimados no lugar de outros e não da imposição da força vinculante própria das normas¹⁶⁷, e entre deontologia e axiologia – a primeira tratando dos deveres, proibições e permissões e a segunda do conceito de bom¹⁶⁸ –, ele acaba por não atribuir diferentes consequências para a diferença entre direitos e valores no processo constitucional¹⁶⁹. É dizer: mesmo que direitos sejam normas válidas que obrigam indistintamente a todos e valores sejam preferências subjetivas, Alexy entende que é possível equiparar enunciados de valores e princípios, sem perda de conteúdo. Para ele, o sopesamento é um procedimento racional que, malgrado não admita a fixação de uma ordem hierárquica

¹⁶³ Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº. 281.819/RJ.

¹⁶⁴ Bruce Ackerman, *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*, pp. 18-9.

¹⁶⁵ Juliano Zaiden Benvindo, *On The limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, pp. 139-141.

¹⁶⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 29.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 255.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 145.

¹⁶⁹ A distinção é de Jürgen Habermas. (Cf. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p. 254).

rígida de valores e princípios, permite seu escalonamento flexível, sem incorrer em arbítrio e irracionalidade¹⁷⁰.

Os direitos fundamentais, por essa linha de pensamento, são normas jurídicas que constituem princípios *prima facie* e, uma vez componentes de uma ordem objetiva valorativa que é a constituição, podem ser sopesados e sacrificados no julgamento dos casos. A constituição perde o seu caráter de sistema estruturado por direitos e princípios e ganha um sentido que alberga valores éticos materiais a serem ordenados, pesados e atribuídos à solução dos problemas¹⁷¹.

Essas são brevíssimas anotações sobre a jurisprudência de valores, uma teoria e metodologia de exercício da adjudicação que, goste-se ou não, é dogmaticamente aprofundada, estruturada e coerente com seus pressupostos. Contudo, embora a ela sejam feitas alusões no STF, especialmente de modo aprofundado pelo Ministro Gilmar Mendes, o atual referencial axiológico de uma parte dos Ministros, a exemplo de Luiz Fux e Celso de Mello, sai da linha tradicional do constitucionalismo para mesclar a dogmática germânica com uma nova cepa de moralismo jurídico, cujo referencial teórico difuso e impreciso denomina-se na doutrina e em alguns votos de “neoconstitucionalismo”¹⁷². Em tempos recentes e em casos importantes, o Tribunal não tem tido pudor ao surfar nesse “ambiente cultural”¹⁷³ e fazer menção a essa gama de ideias.

As premissas do que se defende ser um novo paradigma constitucional no Brasil seriam, conforme elenca Ana Paula de Barcellos, a superioridade e a centralidade da constituição cujos efeitos são: i) reconhecimento da sua força normativa; ii) expansão da jurisdição constitucional; e iii) nova interpretação constitucional^{174 175}.

¹⁷⁰ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 144.

¹⁷¹ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, p. 254.

¹⁷² Daniel Sarmiento esclarece que o rótulo “neoconstitucionalismo” não possui correspondência nos Estados Unidos ou Alemanha, derivando de estudos espanhóis e italianos que ganharam divulgação no Brasil. Para ele, “a variedade de tom dos autores que lhe servem de amparo importa em certa miscelânea teórica que congrega referências aparentemente contraditórias como as de Ronald Dworkin e Robert Alexy, autores que inclusive jamais se definiram como neoconstitucionalistas”. Se não há significado preciso, alguns traços frequentemente citados pelos autores partidários fornecem o desenho da corrente teórica. (*O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, p. 3).

¹⁷³ A expressão é de Dimitri Dimoulis, *Anotações sobre neoconstitucionalismo (e sua crítica)*, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>, acesso em 03.08.2012, p. 14.

¹⁷⁴ Ana Paula de Barcellos, *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 2. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito*, 2007.

Como as características apontadas em relação ao neoconstitucionalismo sempre existiram ou puderam se manifestar no constitucionalismo em si, o que sobressai então nas atuais decisões brasileiras é um tipo de constitucionalismo ativista marcado por uma retórica de forte moralismo jurídico¹⁷⁶.

O ativismo judicial não é uma consequência acidental do neoconstitucionalismo, traduzindo um dos seus fundamentos. Em decisão sobre a constitucionalidade da Lei nº. 9.637/98, que dispõe sobre organizações sociais e o então programa federal de “publicização”, o Ministro Luiz Fux recorre à fusão entre neoconstitucionalismo e eficácia objetiva dos direitos fundamentais, frisando que “a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais”¹⁷⁷.

Outro exemplo claro da progressiva adesão do STF a essa abordagem se faz ver nos votos exarados no julgamento da ADI nº. 4.277/DF, que versou sobre a legalidade das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Ali, o Ministro Celso de Mello demarcou o núcleo da posição da Corte quando manifestou haver uma “transcendência da questão constitucional suscitada no processo”, pois a Corte estaria “viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação”. Essa exigência por dignidade desemboca na menção ao direito à “busca da felicidade”, transposto da declaração de independência norte-americana, ao qual o Ministro atribui o caráter de “prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas”. A teoria do neoconstitucionalismo que inspira o Ministro é então cravada nas seguintes palavras: “os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo

¹⁷⁵ Humberto Ávila oferece outro esquema conceitual. O neoconstitucionalismo possuiria quatro eixos: i) o normativo (da regra ao princípio); ii) o metodológico (da subsunção à ponderação); iii) o axiológico (da justiça geral à justiça particular; iv) o organizacional (do poder legislativo ao poder judiciário”. (“*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*ciência do direito*” e o “*direito da ciência*”, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>, acesso em 22.03.2013, p. 3)

¹⁷⁶ O substrato da crítica de Dimitri Dimoulis e dos demais céticos em relação ao neoconstitucionalismo é o de que ele não oferece novidades em relação ao constitucionalismo – afinal nenhum constitucionalista andou ou anda a defender a ineficácia da Constituição -, traduzindo muito mais uma atitude de distanciamento do positivismo, que tende ao moralismo jurídico. Com isso, Dimoulis não vê muita utilidade na incorporação do neoconstitucionalismo, sustentando que somente dois caminhos se abririam para a terminologia: “Primeiro, considerar o termo como sinônimo do constitucionalismo, insistindo na necessidade de levar (finalmente) a sério a normatividade constitucional, tendo-se assim simplesmente uma nova geração de partidários do bicentenário movimento constitucionalista. Segundo, considerar que o neoconstitucionalismo aplica os ensinamentos do moralismo jurídico no campo do direito constitucional, formulando uma proposta teórica baseada em análises das últimas décadas que modernizam o jusnaturalismo”. (*Anotações sobre neoconstitucionalismo (e sua crítica)*, p. 17).

¹⁷⁷ AI nº. 400336/RJ, de 2011.

fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição”.

O viés de restrição que se fazia expressar pela tese do poder judiciário como legislador negativo foi substituído por uma posição ativista clara por parte do STF, o que não necessariamente significa progressista ou liberal, mas sim intervencionista em questões políticas sensíveis. Esse é o giro que o Tribunal deixa evidente com todas as letras ao afirmar que as práticas de ativismo judicial tornam-se uma “necessidade institucional” quando os demais poderes estejam sendo omissos na implementação do que a Corte julga ser a interpretação de um direito”¹⁷⁸.

Quando o Supremo Tribunal Federal, ainda que somente em alguns votos, assume adotar esta posição e alude à transcendência, à felicidade e à intervenção judicial como mecanismo preponderante para concretizar a Constituição, o viés kantiano do argumento não é acidental¹⁷⁹. Esta matriz do neoconstitucionalismo não é implícita. Trata-se, em verdade, de um dos seus jargões distintivos. O retorno à axiologia e à moralidade é o que se passou a denominar, no seio dessa corrente teórica, como a “virada kantiana”¹⁸⁰.

E essa generalizada infiltração de um neoconstitucionalismo que não se define, desse substancialismo de retórica turbinada, tomou conta de parte da doutrina constitucional brasileira, que, não de outro modo, enxerga no poder judiciário a válvula de resolução dos grandes debates da democracia constitucional. É com esse espírito de reconhecimento de algo

¹⁷⁸Voto do Ministro Celso de Mello, proferido na citada ADI nº. 4.277/DF.

¹⁷⁹ Kant passou a ser um filósofo muito associado nas abordagens neoconstitucionalistas à fundação do conceito de dignidade da pessoa humana. Para ele, o homem é livre na hipótese de agir por um dever racionalmente instituído, despindo-se dos seus interesses naturais e irrefletidos. Na teoria kantiana o homem é um fim e jamais um meio. As ideias de moral universal e indivíduo se entrelaçam, pois “se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser, na medida do possível, os meus”. Esta é uma das fontes do conceito de dignidade da pessoa humana, consolidado nas atuais Constituições alemã e brasileira e que serve de lastro para as decisões constitucionais ativistas comentadas. (Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 51).

¹⁸⁰ A menção deriva da obra do alemão Otfried Höffe e popularizou-se com a citação feita por Ricardo Lobo Torres, no artigo “A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos”. (*Teoria dos Direitos Fundamentais – Obra coletiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 248).

que veio para ficar que Ana Paula de Barcellos defende que, de fato, essa “sensação” de mudança seria compartilhada maioria dos constitucionalistas nacionais¹⁸¹.

Enfim, de modo explícito, nas decisões do STF que seguem a linha neoconstitucionalista, sobressai o inegável conteúdo axiológico¹⁸² e circular pelo qual as diretrizes constitucionais inexoravelmente se sobrepõem às deliberativas, influenciadas por um discurso que, em um momento ou outro, recorre à dignidade da pessoa humana e aos valores, não aos direitos, como fundamentação abstrata para a tomada de decisões políticas.

No que pertine ao tema da “objetivação” do controle difuso, o que importa demarcar por ora é que há ambiente no STF para a equiparação dos sistemas de controle de constitucionalidade por meio de interpretação constitucional, a despeito de previsão constitucional expressa em sentido contrário. Quando passa a ser tido como certo que o Supremo é o detentor e guardião máximo dos valores sociais e que pode manipulá-los sem maior contestação dos seus critérios, some o estranhamento quanto ao fato de a própria Corte dar a medida de sua competência e alterar o sentido da Constituição acerca das modalidades de controle e seus efeitos¹⁸³. Por todo esse histórico e por todas as facetas do nosso ativismo judicial, nada mais natural do que o Tribunal se ver na obrigação de eliminar o “anacronismo” da intervenção do Senado Federal no controle de constitucionalidade, sendo a passagem do modelo difuso para o plano residual uma consequência direta e inconteste da quantidade de ações criadas para ensejar um amplo controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

2.3. Ativismo judicial e metodologias de decisão: sopesamento de regras, princípios e valores

¹⁸¹ Ana Paula de Barcellos, *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 1.

¹⁸² Daniel Sarmiento assume um grau substancialista que seria característico das constituições do pós-guerra: “As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico”. (*Neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades*, p. 5).

¹⁸³ É o que defende Luís Roberto Barroso: “A verdade é que com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental, seja em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção”. (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva: 2009, pp. 130-1).

Todo o problema da jurisdição constitucional que se torna não mais a esfera de interpretação da constituição, mas de fixação casuística do conteúdo dos direitos fundamentais, compreendidos como valores¹⁸⁴, possui um arcabouço metodológico sob o ponto de vista interno e externo às decisões pelo qual se manifesta. No aspecto interno e intrínseco ao julgar, a ferramenta de que se socorre o Tribunal é a da ponderação de valores e princípios através da máxima da proporcionalidade e de suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No aspecto sistêmico externo à decisão, o controle abstrato de constitucionalidade é a válvula para grandes especulações valorativas soltas no tempo e no espaço¹⁸⁵.

Independentemente de qualquer posicionamento teórico ou da falta dele, uma questão central do constitucionalismo, à qual fiz alusão, é a necessidade de construção de um sistema de direitos fundamentais efetivos, seja ele levado a cabo por qual instituição democrática for. Cass R. Sunstein joga luz nessa afirmação quando formula que as pessoas frequentemente concordam sobre as práticas e direitos constitucionais que devem existir, embora não comunguem da mesma teoria constitucional¹⁸⁶ ou mesmo se acharem que não deve haver teoria constitucional alguma. O grande objetivo das abordagens teóricas e da prática constitucional em si deve, portanto, ser o de transformar positivamente a ordem vigente¹⁸⁷, sem concepções pré-definidas e estabelecidas sobre o que é melhor ou pior. Por isso, ao tratar de metodologias de decisão atualmente encampadas pelo ativismo judicial brasileiro, é importante começar pela concepção de direitos fundamentais que inspira a técnica de ponderação e chegar às consequências que esta técnica, em resposta, gera para os direitos fundamentais.

O modelo adequado de direitos fundamentais, para Robert Alexy, aqui tomado como o grande expoente teórico da técnica de ponderação, é o que revela o caráter duplo dessas normas. Ele entende que “compreender as normas de direitos fundamentais apenas como

¹⁸⁴ A lição é de Juliano Zaiden Benvindo: “With this instrument, the concept of constitution as an axiological order stands out. The counterpart is that legal adjudication loses its link with legal dogmatics, for it covers, with more flexibility and dynamics, this broader and relative function of basic rights. Adjudication, consequently, becomes a practice of giving meaning to basic rights in the form of ‘case law’ rather than a practice of interpreting the law, which assimilates it with the practice of legislation”. (*On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. p. 71).

¹⁸⁵ Daniel Sarmento faz uma boa constatação desses tempos: “instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão”. (*Neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades*, p.22).

¹⁸⁶ Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, p. 50.

¹⁸⁷ Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 25.

regras ou apenas como princípios não é suficiente”¹⁸⁸. Sob o ponto de vista hipotético, assim, os direitos fundamentais possuiriam essa ambivalência, podendo ser regras ou princípios. No entanto, conquanto possam ter essa estrutura dupla, a ponderação acaba sendo uma metodologia passível de abarcar quase que a integralidade dos direitos fundamentais, pois estes ou são de logo princípios ou, quando possuem natureza de regras, estão sujeitos a restrições de cunho principiológico e, portanto, à ponderação¹⁸⁹. Robert Alexy, por fim, generaliza a sua compreensão dos direitos fundamentais, quando diz que “o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos”.

O raciocínio segue o fluxo de que direitos fundamentais são, via de regra, princípios, normas que não estão postas para se realizarem na sua plenitude, para serem construídas em toda a sua dimensão no caso concreto, mas para cederem o seu espaço em situações de conflito, que tendem a sempre existir nos julgamentos constitucionais. A ponderação de valores e princípios, pela teoria de Robert Alexy, acolhe os princípios como normas abertas, que impõem que algo seja realizado “na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou seja, são normas que consubstanciam “mandamentos de otimização”¹⁹⁰. O sopesamento é a relativização das circunstâncias jurídicas e tem por objetivo identificar qual princípio tem maior peso no caso concreto, então se desenvolve em três etapas: juízo de adequação, juízo de necessidade (mandamento do meio menos gravoso), proporcionalidade em sentido estrito (mandamento da ponderação propriamente dita)¹⁹¹.

Mesmo que se divirja sobre se a ponderação pode ou não se dar em critérios racionais e não arbitrários ou pessoais, o que vem a ser o cerne da controvérsia estabelecida entre Jürgen Habermas¹⁹² e Robert Alexy¹⁹³, fato é que ela representa um instrumental dogmático que potencializa o poder judicial.

Existem objeções a ela feitas mesmo dentro dos parâmetros da própria teoria de Robert Alexy. Humberto Ávila reúne inúmeros fatores pelos quais, diferentemente do que se

¹⁸⁸ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 144.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 141.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 90.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 117.

¹⁹² Cf. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução: William Rehg, Cambridge: The MIT Press, 1998.

¹⁹³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

verifica em nossa prática de hoje, a ponderação não pode ser aceita como um critério geral de aplicação de princípios. A ponderação irrestrita e generalizada levaria i) à perda do adequado *locus* da constituição, da ideia de hierarquização do ordenamento jurídico; ii) ao aniquilamento das regras democráticas votadas pelo parlamento; e iii) à perda do caráter limitado e normativo do direito, pois o poder judiciário, destinatário da norma, é quem define completamente seu conteúdo. Ávila, porém, entende que há espaço para uma ponderação que não penda ao subjetivismo e arbítrio, desde que sejam reciprocamente respeitados os âmbitos das regras e dos princípios. Não se pode simplesmente desconsiderar as regras, afirma ele¹⁹⁴.

Por outra linha de crítica, Juliano Zaiden Benvindo ataca a ponderação de Robert Alexy, sobretudo por ela colocar o método e a racionalidade na centralidade do julgamento constitucional, mais até do que o próprio caso concreto em apreciação. Ele reforça a constatação habermasiana de que a ponderação dilui a força das normas, fazendo a deontologia ser facilmente superada pela axiologia no seio de julgamentos subjetivos. Sua conclusão é a de que a ponderação tenta a impossível missão de ser “uma resposta racional à indeterminação do direito no vasto mundo da unidade da razão prática”¹⁹⁵.

Acrescento a essas razões, o fato de o sopesamento, sob os auspícios da racionalidade e da metodologia, retirar a carga de um dos maiores limites e freios à adjudicação, qual seja, o escrutínio público quanto ao acerto e desacerto do resultado. Afinal, com a ponderação, se pode questionar se o método foi ou não aplicado de acordo com o que deveria, mas, certa a aplicação do sopesamento, o resultado produzido se presume racional e razoável. Se a crítica à decisão passa a estar confinada em uma análise de aplicação metodológica científica, perde espaço a crítica de conteúdo. Por consequência, se o argumento lançado sobre o caso concreto é que constitui o pilar da legitimidade buscada pela jurisdição constitucional, a atenção deve ser menos dispensada ao método e mais à apresentação dos motivos concatenados na esfera pública para sustentar a solução encontrada.

E quanto, enfim, à implementação dos direitos fundamentais, a ponderação, no mínimo, não é garantia de maior eficiência na construção de um sistema de direitos, o que poderia justificar uma moeda de troca em relação ao aumento do poder judicial que ela proporciona. A técnica desloca excessivamente o foco para o método em prejuízo da análise

¹⁹⁴ Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, pp. 7-11.

¹⁹⁵ Juliano Zaiden Benvindo, *On The limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, p. 143.

do resultado, como adiantei. E, além disso, a predominância dos valores em detrimento dos direitos nas escolhas constitucionais, ainda que sob o pálio de uma metodologia racional, sempre traz ao menos a suspeita de que as decisões se calcam em preferências subjetivas e de que não são coerentes quando tomadas em conjunto. Essas circunstâncias minam a segurança jurídica e a confiabilidade que se espera de uma Corte Constitucional com precedentes vinculantes para todo o restante dos juízes e processos do país. Não há legado que se possa extrair das fundamentações de decisões judiciais que se resumem essencialmente a técnicas científico-rationais ou mesmo a escolhas valorativas, pois elas nada constroem quanto ao significado, a historicidade e a aplicação concreta de direitos.

2.4. Ativismo judicial e sistema abstrato de controle de constitucionalidade

É comum a comparação entre modelos de jurisdição constitucional e a sua problematização. Mesmo o antigo controle de constitucionalidade norte-americano que remonta a 1803¹⁹⁶ é continuamente submetido a questionamentos. O que não é tão comum, por outro lado, é um país modificar radicalmente sua forma de lidar com a revisão judicial das leis em um curto espaço de tempo. O caso brasileiro recente de criação e utilização maciça de novos instrumentos de atuação da Suprema Corte é peculiar e faz com que aqui deva ser repensada toda a dinâmica de interação entre os poderes^{197 198}.

¹⁹⁶ Cf. julgamento do caso *Marbury v. Madison*.

¹⁹⁷ Oscar Vilhena assevera que: “apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil”. (*Supremocracia*, Rev. Direito GV, vol.4, n.º 2, São Paulo July/Dec. 2008, p. 8).

¹⁹⁸ Embora o Brasil tenha alterado profundamente o esquema da sua jurisdição constitucional, Friedrich Müller entende que a reforma constitucional da emenda n.º. 45/2004 foi tímida, pois “o tribunal constitucional da federação deveria ser transformado em corte especificamente, i.e., exclusivamente constitucional. Em 1988, ele infelizmente foi dimensionado segundo o modelo norte-americano do *Supreme Court*. (No plano da concepção, o modelo dos EUA está historicamente superado, como já admitem alguns segmentos da comunidade científica norte-americana. (...) Em contrapartida, o novo ordenamento jurídico democrático do Brasil compartilha a concepção moderna de um direito material e de uma constituição determinada pelos seus conteúdos normativos ("valores")”. (*Dez propostas para a Reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil*, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 3, 2005, p. 28).

Sob a perspectiva sistêmica, mesmo que o Brasil não adote perfeitamente o modelo continental de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade¹⁹⁹ e que, a rigor, até mesmo a dicotomia entre sistemas já não seja mais tão relevante na discussão sobre jurisdição constitucional, desde o surgimento de formatos experimentais e mistos²⁰⁰, a ênfase cada vez mais acentuada no controle abstrato de constitucionalidade como mecanismo preferencial de atuação do Supremo Tribunal Federal não deixa de ser um dos componentes do ativismo judicial até aqui analisado²⁰¹.

Segundo aponta Virgílio Afonso da Silva, os sistemas de jurisdição constitucional podem ser apartados pelo seu grau de deliberação interna e externa. Por deliberação interna, ele compreende a troca de argumentos no seio do próprio tribunal, ao passo em que a deliberação externa é o arrazoado que as cortes preparam para o convencimento do público em geral. A partir dessa diferenciação, ele qualifica o modelo europeu de justiça constitucional como marcado por uma intensa discussão entre os membros dos tribunais constitucionais (deliberação interna), a qual culmina com uma decisão única e coesa²⁰².

Mesmo com toda a tendência de “objetivação”, o sistema brasileiro, ao contrário, não possui discussão direta entre os julgadores, que preparam votos isolados e eventualmente sem conexão alguma com o resultado do julgamento, ou seja, é um sistema partidário da deliberação externa e voltada ao grande público, não raro em forma de votos de extensa exibição intelectual ou midiática, considerando que as sessões de julgamento são televisionadas. De outra parte, mesmo que esteja cheio de mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, o nosso sistema tem um arquétipo institucional que remete ao modelo norte-americano no que tange à escolha de juízes, sessões abertas, dentre

¹⁹⁹ Virgílio Afonso da Silva, *O STF e o controle de controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, Revista de Direito Administrativo n. 250, 2009, p. 209.

²⁰⁰ Cf. Francisco Fernández Segado, *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*, Direito Público, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 55-82, out./ dez. 2003.

²⁰¹ José de Ribamar Barreiros Soares afirma que: “essa expansão da regulamentação das relações sociais foi estudada por Werneck Vianna (1999), que analisou essa questão no âmbito da legislação trabalhista do Welfare State no Brasil, chegando à conclusão de que a adoção do modelo de controle abstrato de constitucionalidade e a instituição de uma comunidade de intérpretes gerou ambiente propício à judicialização da política. Mais do que isto, pode-se observar, no Brasil, uma tendência, cada vez, maior de inserir na Constituição questões que antes eram tratadas pela legislação ordinária. (*Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 15. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. Acesso em 10.12.2012).

²⁰² Cf. Virgílio Afonso da Silva, *O STF e o controle de controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, p. 215.

outros caracteres. Tudo a revelar que a prevalência do controle concentrado por aqui defendida é, em verdade, a de um certo arremedo do modelo de jurisdição continental que não chega a ser exatamente o praticado por lá.

O Brasil copiou o formato austríaco importando o que ele tem de defeituoso em alguns aspectos, mas a isso não contrapôs o ganho na qualidade argumentativa das decisões, decorrente do alto grau de debate e deliberação interna existente nas cortes europeias. O modelo concentrado mal importado se conjuga ainda com a técnica de ponderação de princípios e valores. Todas as críticas a ela tecidas se agravam quando não há amparo algum no âmbito fático, ocorrendo a relativização de circunstâncias jurídicas sem contenção ou limite em situações concretas.

Volto a um recente exemplo das grandes especulações que dão a tônica do tratamento dos direitos fundamentais nas ações diretas e das deficiências do tipo de modelo abstrato aqui praticado: no caso das uniões estáveis homoafetivas, tirante considerações sobre o acerto da decisão, pareceu mais interessante ao STF proferir um discurso esotérico sobre como os homossexuais têm o direito soberano e universal de serem felizes²⁰³ ou sobre como o sexo constitui um todo psicossomático e espiritual do ser humano²⁰⁴ do que construir juridicamente um conceito para a nova família à luz do art. 226 da Constituição Federal de 1988. O resultado prático dessa opção é que, faltante um conceito de família ou um indicativo dele, outros direitos consecutórios como o da adoção por esses casais não ganharam um desenvolvimento a partir do julgamento do STF que influenciasse diretamente as instâncias ordinárias.

Além disso, diferentemente do que se processa em países que também utilizam controle concentrado, o nosso Tribunal, por vezes, trata abstratamente de valores de modo casuístico e despreocupado com uma coerência narrativa mínima, tão importante no caso de decisões que têm a força das adotadas em sede de jurisdição constitucional abstrata. Não constrange o Supremo Tribunal Federal mudar a sua própria jurisprudência mesmo sem o surgimento de novos fatos e circunstâncias jurídicas; não constrange que os temas sejam revistos porque chegou um novo Ministro à Corte e ele simplesmente pensa diferente; não

²⁰³ Voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº. 4.227.

²⁰⁴ Voto do Ministro Ayres Britto na ADI nº. 4.227: “o sexo das pessoas é um todo proindiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático espiritual”.

constrange a contradição permanente entre posições que se alternam entre progressistas e conservadoras, sem maior fundamentação, o que chamou demasiada atenção no julgamento da ação penal nº. 470/MG.

Retornando ao ponto chave, o problema dessa casuística valorativa é – mais uma vez - a ausência de construção de um sistema de direitos perene, uma vez que a impressão de cada Ministro é individual, personalista e não forma opinião alguma da Corte²⁰⁵. Com esse tipo de abordagem, os entendimentos do Tribunal variam de acordo até mesmo com o *quorum* de determinada sessão, com a substituição de um dado Ministro, dentre toda a sorte de fatores ocasionais²⁰⁶. As decisões acabam repousando sobre bases frágeis, o que sequer é identificado como um problema, já que a metodologia racional de alguns Ministros e a “retórica enciclopédica” de outros, parafraseando Conrado Mendes, supostamente preencheriam a necessidade de sua estruturação e correlação aos fatos²⁰⁷.

Outras prometidas vantagens do sistema abstrato de controle de constitucionalidade, que seriam a ampla legitimidade e a celeridade na condução dos temas à Corte Constitucional não têm se confirmado no grau propagado por seus defensores.

Criada sob a pecha de *longa manus* do governo, mesmo após a virada que se presumiria pelo aumento de legitimados após 1988, os números ainda refletem um uso elitista e corporativista da ação direta de inconstitucionalidade, porquanto essencialmente direcionado à interpretação de questões afetas a mínima parte da população. Nesse ponto, Carolina Cutrupi Ferreira analisou que, no período de 1988 a 2007, 140 ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas por sindicatos de servidores públicos e menos de 50 por sindicatos que representam os trabalhadores da indústria, por exemplo. Além disso, alarma o fato de que 56 ações diretas tenham sido ajuizadas exclusivamente pela categoria dos notários e registradores, sendo que somente duas delas foram julgadas procedentes. Tudo confirma, então, que “a prevalência de ações oriundas de ações de trabalhadores ligadas ao

²⁰⁵ Conrado Hübner Mendes manifesta a sua perplexidade: “Nossa jurisprudência constitucional, contudo, é quase obscurantista, refém das idiossincrasias enciclopédicas de cada um dos ministros do STF e facilmente manipulável pela retórica advocatícia. Fragiliza nossa linguagem dos direitos fundamentais, que permanece desguarnecida de uma casuística coerente nas decisões do Supremo”. (Conrado Hübner Mendes, *Onze ilhas*, Folha de São Paulo, 2010).

²⁰⁶ Cf. Juliano Zaiden Benvindo: “a casuistic jurisdiction without this meaning a coherent development of rights, for it is strongly grounded in teleological assumptions pointing to what is best according to a certain interpretation of the governmental will, or the political purpose of providing a solution that is best for the overall society”. (*On The limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, p. 86).

²⁰⁷ Conrado Hübner Mendes, *Onze ilhas*, Folha de São Paulo, 2010.

funcionalismo público em especial de classes ligadas ao exercício da atividade jurisdicional como delegados, promotores e magistrados” evidencia setores civis que concentram maior poder político e econômico no país²⁰⁸.

Quanto à celeridade, basta dizer que, embora teoricamente, as liminares em ação direta possam cassar a legislação imediatamente, estes processos não têm se mostrado rápidos, nem fomentadores de estabilidade e segurança jurídica²⁰⁹.

Em suma, é certa a inclusão do sistema concentrado como um dos fatores do ativismo judicial. Não são certas, contudo, as vantagens da sua prevalência sobre o sistema difuso que justifiquem a escolha.

2.5. Palavras finais

O Supremo Tribunal Federal se compreende no atual panorama institucional brasileiro como o exclusivo “guardião da Constituição”, o detentor da última palavra em questões constitucionais, e, o seu movimento de expansão de poder e competência tem gerado reações dos demais poderes²¹⁰. Esse ativismo no âmbito do STF, entretanto, por problemas nas metodologias de decisão e na preponderância do controle abstrato de constitucionalidade sobre o difuso, tem falhado na principal razão existente para a concessão do seu poder. As teses abstratas e de retórica moral neconstitucionalista não têm concretizado um sistema de direitos fundamentais coerente e efetivo que venha a legitimá-las.

²⁰⁸ Carolina Cutrupi Ferreira, *ADI: critérios de legitimidade reconhecidos pelo STF. Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 222.

²⁰⁹ Cf. dados disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>, acesso em 25.03.2013.

²¹⁰ De acordo com entrevista concedida pelo Ministro Joaquim Barbosa, “Qualquer assunto que tenha natureza constitucional, uma vez judicializado, a palavra final é do Supremo Tribunal Federal”. Como reação à cassação de mandatos de parlamentares na ação penal nº. 470/MG, nenhum representante legislativo, embora tenham sido convidados, compareceu à cerimônia de abertura do ano judiciário de 2013. (Cf. notícia do site Consultor Jurídico, de 04.01.2013, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-fev-04/stf-palavra-final-assuntos-constitucionais-barbosa>, acesso em 06.01.2013).

3. A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CENTRALIZAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO

3.1. Coerência e mudanças na constituição

O futuro do controle difuso de constitucionalidade perpassa a validação da tese de que houve uma mutação constitucional no art. 52, X, da Constituição de 1988. É por meio da superação da antiga interpretação deste dispositivo que o Supremo Tribunal Federal pode ampliar a sua competência no controle de constitucionalidade, despindo a participação do parlamento na revisão judicial de leis de qualquer papel político relevante.

Para além desse episódio específico, a discussão brasileira em torno da interpretação constitucional e da possibilidade de alteração das leituras do texto convive, em alguns momentos, com a referência à categoria da mutação constitucional. A depender do julgamento, a menção assume diferentes conceitos e implicações na jurisprudência do STF. Por vezes, a Corte a considera uma simples diferença de interpretação. Em outras, ela é citada como o tipo modificação cabível quando, em contextos diferenciados, explicitamente se altera a compreensão do texto.

A só utilização de um conceito específico para as situações de interpretação evolutiva da constituição conduz, em alguma medida, à ideia de que podem existir outras

leituras que ordinariamente deixem de considerar os elementos que as circundam. Se em dados casos é necessário decretar mutações constitucionais talvez a nossa Suprema Corte esteja entendendo que não é ínsita à interpretação constitucional a possibilidade de mudança e abertura para a construção dos sentidos do texto. Se considerarmos que a prática jurídica é essencialmente argumentativa e interpretativa²¹¹, qual seria então a utilidade de reconhecer que ocorreu uma mutação constitucional e não a simples e rotineira interpretação?

O debate sobre a conformação do texto através da atividade hermenêutica decerto extrapola o âmbito alinhavado pelo STF ao sacar a mutação constitucional como elemento do discurso na dita reclamação sobre a “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, configurando uma das mais acirradas discussões constitucionais. É perene o dilema quanto à forma de constituição viva que não faça erodir completamente a experiência da constituição escrita, de como evoluir e ajustar o documento às necessidades tão rapidamente novas, sem ruir o compromisso pré-estabelecido.

Além disto, no caso brasileiro as decisões do Supremo Tribunal Federal nunca são explícitas quanto à sua abordagem de evolução da Constituição de 1988 e também por isso, ao fazerem uso da mutação constitucional, elas vêm no sentido de agregar complexidade ao panorama. A alteração constitucional voltada à condenação de um dispositivo ao ostracismo, como se propõe no caso do art. 52, X, da Constituição de 1988, representa ainda uma contradição com a própria interpretação evolutiva, uma vez que deveria ser ínsita à atividade de um tribunal constitucional a construção de visões e a integração de dispositivos muitas vezes conflitantes e não o simples descarte de uma regra sem que seja lhe empregada uma nova compreensão.

Existem diferentes concepções de constituição viva, que se manifestam seja através da defesa da ampliação do cânon constitucional, agregando momentos e atos que extrapolam o texto²¹², seja ainda pelo processo de leitura criativa²¹³. Essas perspectivas teóricas demonstram que não basta declarar a ocorrência de mutação constitucional em determinado caso, para que essa interpretação seja reconhecida como legítima e coerente, o Supremo

²¹¹ Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 17.

²¹² A tese dos momentos constitucionais que estão fora da constituição pode ser encontrada em Bruce Ackerman. (*Nós, o Povo Soberano: fundamentos do Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

²¹³ Cf. Ronald Dworkin, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Tribunal Federal precisaria adotar uma vertente coesa acerca das mudanças da Constituição de 1988 e da sua postura interpretativa em relação a elas.

3.2. *Mutação e pré-compromisso constitucional*

Poucas coisas andam tão juntas quanto o constitucionalismo e o questionamento das mudanças dentro dele. Está em sua dinâmica a busca por válvulas evolutivas que não esgarcem a estrutura delineada. Desde o início da experiência do constitucionalismo moderno, a necessidade de mecanismos de mudança que não fossem por demais árdios foi uma das preocupações dos fundadores da constituição americana. O engessamento verificado nos Artigos da Confederação de 1777 impuseram a demanda por maior flexibilidade no processo de emenda da Constituição de 1787²¹⁴, embora, ao longo do tempo, também o procedimento instituído na carta constitucional tenha se mostrado complexo e pouco ágil diante da realidade²¹⁵.

Enquanto Thomas Jefferson opunha de forma enfática que “os mortos não têm direitos”²¹⁶, defendendo seu intento de permitir a revisão dos pilares constitucionais a cada geração, James Madison, em oposição, concebia o governo constitucional como a forma de possibilitar uma convivência democrática mais duradoura, que não se aniquilasse pelo constante confronto de facções ou grupos polarizados²¹⁷.

No *Federalist Paper* de nº. 9, Alexander Hamilton cita os exemplos da Grécia e da Itália com o propósito de ilustrar as desventuras do excesso de conflitos a que se submeteram as repúblicas, ocasionando as sucessões constantes entre anarquia e tirania. Por isso, a sua defesa era de um modelo que aplicasse as virtudes do governo republicano, que inclusive não se sabia à época ser passível de êxito em grandes extensões territoriais, em conjunto com um tipo de união que aproveitasse as vantagens do governo monárquico nas suas relações

²¹⁴ Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, pp. 60-1.

²¹⁵ Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, Oliver Wendell Holmes Lectures. Harvard Law Review, 2007, p. 7.

²¹⁶ Carta de Thomas Jefferson a Samuel Kercheval (junho de 1816) *apud* Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, p. 2.

²¹⁷ Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, p. 96.

estrangeiras²¹⁸. A fórmula deveria, com isso, ter a qualidade de agregar a diversidade, acomodando estados com distinções relevantes entre si, e ainda estimular a prosperidade e a consagração do novo país. Um dos grandes êxitos que se atribui à revolução americana foi justamente o de não ter ingressado em um período de caos e terror como o que se seguiu à revolução francesa e, dentre os fatores de estabilização, estavam a possibilidade de reforma constitucional e de revisão judicial de leis²¹⁹.

A preocupação central dos constitucionalistas americanos, como se pode ver, não era a de criar um governo limitado, ou declarações de direito, na linha do que havia sucedido na França. Hannah Arendt explicita que o verdadeiro foco da Carta de 1787 era o de estabelecer o poder, não limitar o governo, mas instaurar um novo. A essência desse projeto revolucionário não podia ser meramente uma negação – “o governo limitado” -, como os europeus acabaram identificando ser “a quintessência das virtudes da Constituição americana”. Ressaltando as nuances entre as visões americana e europeia, especialmente a francesa, ela chama atenção para o fato de que os americanos, conquanto revolucionários, admiravam o governo calmo, brando, na forma que se desenvolvera na história britânica²²⁰.

O governo brando e ao mesmo tempo democrático, a estabilidade constitucional almejada pelos federalistas ganharia forma através de um processo de emenda que dependia da concordância de três quartos dos estados federados. Esse método preveniria a mudança extremamente fácil, capaz de tornar a Constituição demasiado mutável, e a extremamente difícil, que perpetuaria os defeitos revelados ao longo do tempo²²¹. A instituição de emendas também tinha um propósito político. Na batalha de convencimento da ala refratária à Constituição de 1787 era mais interessante que ela fosse aprovada do modo que estava redigida, permitindo-se emendas posteriores. Evitar excessivas alterações no curso do debate

²¹⁸ Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *Federalist Papers*, Oxford World's Classics, New York: Oxford University Press, 2008, p. 44.

²¹⁹ Cf. Ruy Barbosa: “De modo que muito antes da revolução francesa o senso jurídico dos colonos anglo-saxônicos da América do Norte resolvera praticamente esta questão, vital para os países livres, do equilíbrio das assembleias políticas pelos tribunais de justiça, que há na grande e nunca tranquila França, inquieta inutilmente, há cem anos”. (*Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893, p. 50).

²²⁰ Hannah Arendt, *Sobre a revolução*, São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 195-196.

²²¹ James Madison, *The Federalist n.º. 43*, New York: New American Library, 2003, p. 275.

aumentaria as chances de aceitação do texto, considerando as fortes restrições que inclusive os aliados tinham quanto ao documento²²².

O pré-compromisso constitucional, segundo a ideia mais propagada, faz uso de dispositivos de maiorias qualificadas e atrasos, de forma que a aprovação de emendas se presta à tarefa de frear os quóruns ocasionais e oscilantes, e, em essência, as paixões que podem tomar conta da sociedade em um contexto excepcional²²³. Entretanto, como Jon Elster observa, não pode haver engano quanto à circunstância de que os constituintes não fazem uma autorrestrrição, a limitação opera não para a geração que redige, mas sim para as futuras²²⁴. O compromisso se estabelece para frente e se abre para alterações lentas e sutis, que não culminem em conflitos incontornáveis e revoluções.

Todavia, não cabe mais conceber o pré-compromisso, no caso das sociedades altamente complexas da contemporaneidade, como sendo uma restrição semelhante àquela que um indivíduo pode impor sobre si mesmo²²⁵. O tecido social fragmentado elimina essa coerência de comportamentos psicológicos e problemas do processo político também contaminam a representatividade de assembleias constitucionais. É, por conseguinte, ilusória a suposição do desinteresse dos constituintes pelos seus próprios grupos e demandas. Elster completa afirmando que “se as constituições são, em geral, escritas em tempos de crise, não é evidente que os constituintes estarão particularmente sóbrios”²²⁶.

Subjaz uma mitologia em torno do momento da fundação e ela deve ser constatada e relativizada. Há o elemento ficcional do povo enquanto entidade, que cria a constituição e por ela é também constituído²²⁷ e somam-se outros, como o suposto de que todos em igualdade de condições se comprometeram, com suas vontades canalizadas por representantes voltados

²²² Charles R. Kelster, *The Federalist Papers (Introduction)*, Signet Classic, New York: New American Library, 2003.

²²³ Jon Elster, *Ulisses Liberto. Estudos sobre Racionalidade, Pré-compromisso e Restrições*, São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 126.

²²⁴ *Ibid.*, p. 137.

²²⁵ *Ibid.*, p. 214.

²²⁶ *Ibid.*, p. 203.

²²⁷ Jacques Derrida, *Negotiations. Interventions and Interviews, 1971-2001. Declarations of Independence*. Stanford, California: Stanford University Press, 2002, p. 49.

para o melhor pensar do futuro, desconectados das questões mais comezinhas da política do seu tempo²²⁸.

A despeito destas imperfeições do processo constitucional, que não raramente são desprezadas, interessa detalhar algumas estratégias adotadas pelo pré-compromisso, ao final das quais o debate democrático acha um melhor ambiente para se desenvolver, garantindo, a só tempo, estabilidade social e dissenso. As ditas estratégias consistem: i) no estabelecimento de alguns direitos como pré-políticos, permitindo aos indivíduos que os exerçam ainda que em contrariedade ao pensamento da maioria; ii) na proteção da democracia contra os seus próprios excessos e maus julgamentos; iii) na formulação de previsões estruturais que, como as regras de gramática, constroem o arcabouço pelo qual a discussão política pode ocorrer, de modo a permitir que os participantes se conduzam mais facilmente; iv) na retirada de alguns temas da agenda política, em relação aos quais a discussão poderia se tornar excessivamente explosiva. Por essa linha de raciocínio, a liberdade de religião, além de constituir um direito nela mesma, é um tópico convenientemente extirpado das deliberações; e v) na resolução de problemas da ação coletiva, pois muitas das disposições constitucionais são no sentido de evitar a pura e simples busca do interesse individual racional, que pode gerar a barganha e as polarizações²²⁹.

Essa enumeração evidencia que o constitucionalismo, antes de ser uma filosofia ou abstração que se suponha necessariamente melhor do que as outras formas de organização vividas na história²³⁰, apresenta vantagens concretas em relação a outros modelos. Além das mencionadas, podemos destacar até mesmo a maior eficiência e a facilitação de relações pela atmosfera de previsibilidade. Assim, sem recorrermos à mitologia e ao determinismo que por vezes busca induzir o constitucionalismo como única boa forma de estrutura social, o pré-compromisso, de fato, representa mais compensações e benefícios do que a ausência dele, ainda que com o custo da perda da agilidade nas decisões em momentos de crise ou da sensação de engessamento do presente pelo passado.

²²⁸ Jeremy Waldron questiona o purismo com que se encara o documento constitucional, assentado no ideário de que o momento da fundação constitucional não padece das mazelas da política ordinária. (Cf. *Law and Disagreement*, p. 256). No mesmo sentido: v. Jon Elster (*Ulisses Liberto*, p. 218).

²²⁹ Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, New York: Oxford University Press, 2001, pp. 96-101.

²³⁰ Cf. Michael Rosenfeld: "The view that constitutionalism represents the natural course of history, morally superior at that, is an ideological conceit that should have dissipated long ago but like other suck myths, has infinite staying power" . (*Comparative Constitutionalism, Cases and Materials*, American Casebook Series. Westgroup, 2003, p.13).

É por isto que se diz que mesmo que determinadas decisões constitucionais não sejam as melhores, na maior parte do tempo, é mais vantajoso não se ter que decidir recorrentemente as questões que possuem grande potencial de atrito. Aprofundando este aspecto dos temas que as normas constitucionais acabam por retirar da arena política e salientando que o documento confere um fundamento comum ao povo de um país, David A. Strauss chega a um ponto importante quando refere que em muitos casos a constituição oferece respostas e em outros tantos o seu texto apenas limita o conjunto de respostas aceitáveis²³¹. Essa afirmação, compartilhada por outros constitucionalistas que vislumbram o campo de possibilidades do texto como a barreira para as mudanças constitucionais, é o núcleo da discórdia sobre o tema, pois se há quem diga que a preponderância das alterações informais da constituição seria a vingança de Jefferson, outros tantos insistem que o ceticismo dele não foi capaz de suplantar o aspecto do pré-compromisso constitucional como entrave à maior parte das mudanças. Daí que, para se adotar uma posição em relação às alterações informais, cumpre estabelecer não só qual a função do pré-compromisso para a democracia mas de que modelo de democracia estamos tratando.

O pré-compromisso, a despeito da maior ou menor propensão às teorias que admitem interpretações extensivas, apresenta vantagens concretas, já que existe uma plêiade de assuntos que busca deixar intocados (apenas relativamente) e as mudanças dentro do sistema passam a ser lentas e graduais. Contudo, a sua manifestação através da convenção da linguagem acaba por retornar às questões relativas aos limites da interpretação. A mutação constitucional é legítima quando acintosamente se propõe a superar esta barreira? Antes de aprofundar esta indagação é preciso avançar no que se compreende como mutação constitucional.

3.3. Sentidos atribuídos à mutação constitucional

A menção inicial à existência de sentidos distintos de mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal merece, de logo, um detalhamento para que se discrimine quais deles importam ou mesmo se todos eles não são, em verdade, um só.

²³¹ David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010, Kindle Edition, location 1459.

O constitucionalismo norte-americano não categorizou dogmaticamente o problema da mudança da constituição através da atividade dos intérpretes. Difusamente fala-se em “constituição viva”, mas, como é próprio daquele sistema, sem a correlação com institutos jurídicos formais. O termo “mutação constitucional”, por sua vez, deriva da tradição continental. Para os alemães, denomina-se *verfassungswandel* e pode ser encarada sob um ponto de vista mais amplo como a mudança da situação constitucional em que se acha uma comunidade ou ainda como a relação entre direito constitucional e realidade social²³². No entanto, a sua acepção mais conhecida e específica foi introduzida por Laband para significar uma tentativa de distinguir a reforma constitucional sujeita à procedimentalização de outro tipo de mudança que altera o seu significado por meios informais²³³.

A preocupação alemã, quando estabeleceu o conceito de mutação constitucional, era de caráter formalista. No contraste entre a norma escrita e a situação jurídica real, caberia ao jurista um papel de realçar as características de rigidez e estabilidade da constituição²³⁴, livrando-a da perda do seu espírito ao longo do tempo. A perplexidade da época era concernente à falta de normatividade constitucional, que fazia com que a realidade estivesse em descompasso com o texto.

Por aí se vê que a visão brasileira de mutação constitucional é tributária de uma herança de conservação da constituição e não de efetiva reforma. E, além disto, por ser um elo com a formalização, o conceito está atrelado à crise da nossa teoria constitucional, derivada da construção de um direito público sob o pálio dos esquemas e institutos do direito privado. É o que Gilberto Bercovici critica como sendo a busca por uma “metodologia exclusivamente jurídica”²³⁵ e a tentativa de depuração do direito dos temas políticos.

Por este introito histórico do conceito, é possível perceber que qualquer sentido de mutação constitucional empregado pelo Supremo Tribunal Federal cumpre a função apriorística de ser a casca de cientificidade que reveste os avanços do Tribunal neste campo

²³² Ernst Wolfgang Böckenforde, *Estudos sobre El Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 181-2.

²³³ Laband, *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895, p. 2, *apud* Uadi Lamêgo Bulos, *Da reforma à mutação constitucional*. Revista de informação legislativa, v.33, nº 129, p. 25-43, jan./mar, de 1996, p. 1.

²³⁴ Cristiano Brandão Vecchi, *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*, Rio de Janeiro: PUC, 2005, dissertação disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp076901.pdf>, acesso em 22.05.2012.

²³⁵ Gilberto Bercovici, *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*, In: Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 80.

da interpretação. É o verniz de neutralidade que retira os holofotes de questões políticas latentes e do problema maior de legitimidade deste tipo de interpretação. Por trás do conceito de mutação constitucional e a despeito dele, não deixa de existir a controvérsia entre o compromisso constitucional firmado no tempo e as adaptações que vão se impondo à revelia dos mecanismos formais. A falta de uma identidade terminológica ou teórica não significa que nos mais variados sistemas constitucionais não se travam, ainda que sob outros enfoques, conflitos ao redor da mesma situação.

O caso norte-americano, por exemplo, é extremamente auspicioso para o debate sobre quão válidos e acertados são os avanços nas leituras do texto constitucional ao longo do tempo. É inegável o agravamento da tensão entre passado e futuro no cenário de uma antiga Constituição escrita, que está envolta na mística do nascimento do país, na ideologia das revoluções liberais, numa permanente oscilação entre estar presente e distante da realidade contemporânea.

O tema não adquire lá uma dimensão simplesmente acadêmica, consistindo na raiz de profundas divergências políticas e ideológicas de alcance popular. Um exemplo do tom do debate é a capa da revista *Time* em homenagem ao aniversário da independência americana, que lançou a pergunta sobre se a Constituição ainda importa, considerando que os fundadores não conheciam a existência do computador, do automóvel, dos antibióticos e da cantora Lady Gaga, tudo para ressaltar que o apego a um suposto sentido original da Constituição se converteu na bandeira de movimentos populares conservadores²³⁶. É importante fazer o reparo à linha de raciocínio do periódico somente quanto ao fato de que o originalismo não prega a simples transposição do mundo de 1787 para os dias de hoje. Ele advoga, em síntese, que sejam aplicados os valores dos *framers*, definidos no contexto do mundo que eles conheciam, ao mundo que nós conhecemos²³⁷. Dito isto, cabe reconhecer que a polêmica descrita, de fato, alcançou as ruas e também aqui, com as devidas peculiaridades, tem relevo para toda uma variedade de decisões que se amparam no novo papel mais ativista assumido pelo Supremo Tribunal Federal. Não que se vá discutir originalismo no Brasil nos termos em que ele é discutido nos Estados Unidos, porém é inegável que se não houvesse uma ideia de Constituição qualquer que seja, mesmo que simplesmente semântica, não teria havido

²³⁶ Cf. Revista *Time*, Vol. 178, nº. 1, edição de 04.7.2011.

²³⁷ Lawrence H. Tribe e Michael C. Dorf citam o conceito do Juiz Bork nesta passagem. (Cf. Lawrence H. Tribe; Michael C. Dorf, *On reading the Constitution*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1991, p. 69).

nenhum tipo de reação de grupos conservadores à nova interpretação que o Supremo Tribunal Federal firmou quanto à regra de que a união estável também abarca relações homoafetivas²³⁸.

O direito constitucional norte-americano acabou por desatrelar a sua evolução da edição de emendas pela grande dificuldade de operacionalizar a exigência constitucional de assentimento de muitos estados da federação. Um sistema de reforma dependente em excesso do consentimento dos estados não se conformaria mais a um país fortemente centralizado no governo federal, e esta é, para Bruce Ackerman, uma força dinâmica que está por trás da constituição viva²³⁹. Contrariando em certa medida a generalização de que uma Constituição muito difícil de ser modificada tende à revogação, os Estados Unidos, através de uma atuação judicial intensa e inovadora em dados momentos, promoveram a atualização do documento no tempo. O parâmetro constitucional foi alargado para acolher alguns superprecedentes (*Brown v. Board of Education*, *Roe v. Wade*, dentre outros), os quais, mesmo eventualmente impopulares, são estreitados ou diminuídos, mas não superados.

Esta específica observação de Ackerman não deve ser entendida como se significasse que, em sendo facilitadas as reformas, as alterações da Constituição a elas se resumiriam, mas sim que um forte componente do desenvolvimento da jurisprudência constitucional tem como fonte o custoso procedimento para se viabilizar uma reforma ou, no caso brasileiro, a possibilidade remota de que se alcance consenso em temas que envolvem minorias.

Convivem, então, duas realidades quanto ao modo de lidar com o tema posto: a norte-americana que possui um viés orgânico e difuso no aspecto teórico, já que sob o manto da *living constitution* estão diferentes autores e pontos de vista e o problema mais se impôs pelas decisões da Corte do que pela necessidade de sua dogmatização; e a germânica que parte de um esforço de cientificização das questões do direito constitucional, por esse caminho se incorporando ao discurso dos tribunais.

Se situarmos a compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da mutação dentro destas duas balizas, notamos que ela não destoa da matriz formal-positivista de Laband. O que se pode acrescentar, no entanto, é que não se verifica uma coerência na atribuição de sentido à

²³⁸ Cf. notícia de 19.05.2011, “Evangélicos tentam anular decisão do STF sobre união homoafetiva”, disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/05/19/evangelicos-tentam-anular-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva/>, acesso em 25.04.2013.

²³⁹ Bruce Ackerman, *The Living Constitution*. Oliver Wendell Holmes Lectures, Harvard Law Review, 2007, p. 1743.

categoria nem tampouco no silêncio em relação a ela. Ou seja, se houvesse um sentido claro e uma utilidade peculiar no conceito de mutação constitucional, sua menção não seria errática. Ela seria uma ferramenta manejada em julgamentos mais claramente colidentes com o texto e não, em grande parte das vezes, encerraria um simples reforço argumentativo para mudanças jurisprudenciais.

Na Reclamação nº. 4.335/AC, o Ministro Gilmar Mendes desenvolveu em maior detalhe aquilo que parece ser compreendido ordinariamente como mutação constitucional no Brasil. O pensamento, em síntese, é o de que, diante da mudança do contexto social, pode-se atribuir novo sentido ao texto da Constituição, sem que seja, contudo, promovida a sua alteração através de mecanismos formais.

Diferentemente, nos julgamentos de sua relatoria que aplicam o entendimento sobre a prisão do depositário infiel, o Ministro Celso de Mello afirma o objetivo da mutação como sendo o de adequar a interpretação que o poder judiciário faz da Constituição Federal “com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea”²⁴⁰. A vertente do Ministro Celso de Mello dilui a mutação constitucional, pois é distinta a tarefa de modificar a Constituição daquela de arejar as posições do Tribunal por novas circunstâncias. Ele cinge a ideia de mutação constitucional à evolução da jurisprudência e não a trata como um fenômeno de raiz e implicação constitucional.

Na doutrina, Luís Roberto Barroso, equiparando a mutação à manifestação do “poder constituinte difuso”, adota linha similar à do Ministro Celso de Mello e descreve que “haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito”. Em nota de rodapé, no entanto, ele complementa que o fenômeno é mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, pois, para ser legítima, seria necessário lastro democrático. Deveria haver “uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular”. Outro limite que faria estancar a mutação seria o das “possibilidades

²⁴⁰ Cf. HC nº. 96772, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009.

semânticas do relato da norma” e da “preservação dos princípios que dão identidade àquela específica Constituição”²⁴¹.

O caminho conciliatório de Barroso faz a sua tentativa de conceituação acabar sendo frustrada. O dilema da constituição viva ou mutante gira em torno justamente da superação dos limites semânticos, de sorte que ao se confinar o problema da mudança de sentido da Constituição a uma nova interpretação possível no espectro textual, toda uma gama de alterações acabaria fora da definição, o que a torna inverídica ou inservível.

Quando são prolatados votos no Supremo Tribunal Federal no intuito de que seja sepultada a resolução do Senado Federal ou permitida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a Suprema Corte norte-americana pôs fim à era *lochneriana* ou à segregação racial nas escolas, não houve uma clara autolimitação pelas possibilidades de sentido do texto constitucional. E este é o ponto de questionamento da legitimidade destas posições jurisprudenciais. De outra parte, o respaldo de soberania popular para a adaptação constitucional também é contestável no que tem de pouco aferível, e, por outro lado, a adoção do pensamento majoritário como norte para as decisões constitucionais não é uma garantia de boas decisões. A inclinação dos juízes com base no argumento de que muitos indivíduos estão pensando em um sentido ou noutro, o que pode se manifestar através do apelo às tradições, à opinião pública ou ao que se faz em outros países, é uma forma potencialmente ruim de solução dos problemas afetos aos grupos minoritários²⁴².

A compreensão do que é a mutação constitucional para o Supremo Tribunal Federal, portanto, pode ser sintetizada naquela proposta pelo Ministro Gilmar Mendes: não se trata de alteração na jurisprudência do Tribunal, mas sim de mudança de sentido da Carta, revestida por uma categoria dogmático-científica e calcada no pressuposto de alterações de circunstâncias fáticas em relação ao que era praticado à época da edição do documento. Essa é a versão que se enlaça com uma perspectiva teórica mais nítida, ainda que criticável. Nas outras manifestações da Corte, a mutação constitucional é mera coadjuvante na argumentação, não se desenvolvendo de maneira explícita a visão do Tribunal quanto ao seu próprio papel na evolução do sentido do texto.

²⁴¹ Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126-138.

²⁴² Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, p. 213.

Nesta perspectiva que pode vir a se consagrar na Reclamação nº. 4.335/AC haveria casos diferenciados nos quais a Corte se permite realizar uma transgressão clara do texto, atualizando o documento à realidade. O componente diferenciado da posição ora dominante neste julgamento é o de que o Supremo Tribunal Federal se permite quase que decretar expressamente a revogação de uma norma constitucional, ao invés de arrumar-lhe novo significado contemporâneo²⁴³. Na hipótese da reclamação, o objeto a ser descartado e tachado de anacrônico é o art. 52, X, da Constituição de 1988.

Este é um traço capaz de tornar peculiar a nossa história de mudança constitucional. A preponderar a linha do Ministro Gilmar Mendes, a característica analítica da nossa Constituição faria com que o Tribunal assumisse um comportamento diferente daquele praticado em outras Cortes, pois, embora sejam profundamente alteradas as compreensões dos dispositivos, é raro que se chegue a declarar que uma determinada norma não mais se harmoniza com o restante do texto de modo a extirpá-la do conjunto ou esvaziar-lhe completamente de sentido.

Caso se faça uma gradação, em primeiro plano estariam as alterações que rompem com o que se entendia a respeito de um preceito constitucional, com o seu sentido tradicional ou semântico, e, num plano mais radical, figuraria a posição que admite a verdadeira revogação de dispositivos pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, de um jeito ou de outro, a mutação proposta para o art. 52, X, da Constituição de 1988 é radical e emblemática da propulsão do Supremo Tribunal ao acúmulo de competências não escritas. Por isso, mais do que em relação a outros temas, essa interpretação precisa ser analisada quanto à sua legitimidade e pressupostos teóricos. Retorno, então, à pergunta ainda não respondida que lancei no tópico anterior: a mutação constitucional é legítima quando acintosamente se propõe a superar este entrave textual?

3.4. Legitimidade da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal: é possível democraticamente superar o limite textual?

²⁴³ A possibilidade é similar à declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, defendida por Otto Bachof: "em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, será lícito admitir também como possível que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora". (*Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, 1994, p. 60).

O entendimento contrário à ideia de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988 e no sentido da defesa de um papel diferente para o controle difuso de constitucionalidade não significa oposição às teorias evolutivas da Constituição em geral ou o apego a interpretações literais. Enxergar defeitos e inconsistências na referida tese de “objetivação” não se trata de firmar trincheiras contra alterações constitucionais de todo gênero.

A jurisdição constitucional, seja com base numa teoria fluida como a da *living constitution*²⁴⁴, seja com base numa teoria dogmática como a da mutação constitucional, avança e altera os significados das normas constitucionais ao longo do tempo. Isso nem mesmo a doutrina originalista é capaz de negar. Ainda quando se recorre ao momento fundacional como referência para a solução de problemas, o que se busca é compreender o que seria decidido pelos constituintes em relação aos problemas de hoje. Jamais é negligenciado o fato de que o estado de mudança em si existe, é permanente e próprio das cláusulas constitucionais.

Ora, se a mutação constitucional no Brasil é um conceito utilizado pelo STF de forma inconstante e que por isso mais serve para obscurecer a opinião da Corte quanto ao seu poder de dinamizar e atualizar a Constituição do que para construir uma parametrização teórica útil, mais interessante do que a definição é a discussão em torno da atualização do documento através da atividade dos seus intérpretes e dos atritos que surgem da construção de novas leituras constitucionais desarraigadas das concepções semânticas.

O debate nesse ponto então não é sobre se os juízes devem adaptar a Constituição à realidade contemporânea. Eles devem. O debate é sobre o quão livremente devem interpretá-la para chegar à conclusão que mais lhes agrada e sobre o que faz essa conclusão legítima²⁴⁵. A mudança à revelia das emendas é uma realidade que se impõe. O modo pelo qual deve se

²⁴⁴ William H. Rehnquist ironiza a expressão “constituição viva”, lembrando que ela pode conter diferentes acepções e que ninguém defende uma “constituição morta”: “It is not an easy question to answer; the phrase “living Constitution” has about it a teasing imprecision that makes it a coat of many colors. One’s first reaction tends to be along the lines of public relations or ideological sex appeal, I suppose. At first blush it seems certain that a *living* Constitution is better than what must be its counterpart, a *dead* Constitution. It would seem that only a necrophile could disagree”. (*The Notion of a Living Constitution*, Texas Law Review, Vol. 54, n. 4, 1976, p. 1).

²⁴⁵ Conforme esclarece Walter F. Murphy: “Disputes are far more subtle and not between two groups among several, reflecting differences about precisely how limited is the role that judges can legitimately play in bringing about constitutional change”. (Walter F. Murphy; James E. Fleming; Sotirios A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, Second Edition, New York: The Foundation Press, Inc., 1995, p. 185).

dar a construção das decisões, entretanto, é uma formulação em desenvolvimento, cujas respostas serão fornecidas por cada caso na sua singularidade, como se a interpretação se reinventasse a todo tempo, em cada concretização, em cada reconciliação entre o constitucionalismo e a democracia²⁴⁶.

A dificuldade em relação à mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988 não está em se aceitar mudanças na Constituição. Por diversos enfoques teóricos, que vão da leitura positivista à construtivista, por exemplo, a proposta tem inconsistências que revelam a sua feição decisionista e centralizadora²⁴⁷.

O primeiro caminho natural dos que enxergam na interpretação ampliativa o grande problema de legitimidade da mutação constitucional ora discutida é o recurso a argumentos positivistas ou interpretacionistas da Constituição, os quais, frise-se, não se confundem.

O positivismo é uma vertente da filosofia do direito que o compreende como um conjunto de regras e princípios convencionados pela comunidade e cuja validade deve ser definida a partir de um teste de reconhecimento, somente podendo ser aceitos se emanados de fontes formais reconhecidas²⁴⁸. Caracteriza o positivismo ainda a separação entre o argumento jurídico e o moral, tanto que, no pós-escrito à obra “O Conceito de Direito”, H.L.A. Hart pondera que “a existência e o teor do direito podem ser determinados consultando-se as fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais e os costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o próprio direito assim identificado tiver incorporado critérios morais para sua identificação”²⁴⁹.

No campo da interpretação, o positivismo trabalha com o limite de uma moldura de significados possíveis existentes dentro da norma geral. Portanto, a indeterminação nunca é

²⁴⁶ Cf. Lasse Thomassen, *Habermas on Constitutionalism and Democracy. The Derrida-Habermas Reader*, The University of Chicago Press, 2006.

²⁴⁷ Faço uso do termo “decisionista” sem pretensão de associação do tópico em profundidade à teoria de Carl Schmitt e apenas no sentido de que a decisão, nesse caso, parece ser a base para a elaboração da norma e não o contrário. (Cf. Frederico Silveira e Silva. *O decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória*. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out./dez. 2007, p. 38).

²⁴⁸ Essa é uma tentativa de síntese da versão do positivismo jurídico de H.L.A. Hart. (*O conceito de direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 316-328).

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 347.

completa, havendo um plexo de significados possíveis que, em caso de normas de caráter mais aberto e indeterminado, podem ser adotados discricionariamente pelo intérprete^{250 251}.

À luz de tais balizas, uma interpretação positivista da norma do art. 52, X, da Constituição afastaria a ideia de que a resolução do Senado Federal pode constituir mero ato de publicidade, pois a previsão constitucional é de competência para “suspensão de execução de lei”. A norma em questão também não possui uma textura aberta que permita ao juiz atuar discricionariamente na sua zona de penumbra.

Na hipótese de uma atribuição de significado à participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade que venha a maximizar seu papel político, não se verifica o mesmo problema de suposto rompimento da barreira textual. A locução que confere a atribuição de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” admite o sentido implícito de que por trás do ato de suspensão de execução encontra-se a discricionariedade política. Com isso, ainda que por uma leitura estreita e positivista da norma transcrita, é muito mais factível compreender a resolução como mecanismo político de natureza mais ambiciosa do que como um ato ensejador da publicidade das decisões.

Interpretacionismo, por outro lado, é uma definição do constitucionalismo norte-americano para um tipo de abordagem em relação à Constituição. John Hart Ely elucida que o interpretacionismo costuma “abordar as diversas disposições da Constituição como unidades contidas em si mesmas, interpretando-as a partir de sua linguagem, com a ajuda da história

²⁵⁰ Hans Kelsen explicita como trabalha a noção de moldura de significados possíveis: “Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”. (*Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 247).

²⁵¹ Segundo Guilherme Scotti Rodrigues: “A leitura positivista do direito como sistema auto-suficiente de regras, que pretendem regular com alto grau de determinação suas situações de aplicação, deixa escapar a dimensão central de qualquer ordenamento jurídico pós-convencional: sua estrutura principiológica, necessariamente indeterminada em abstrato, embora determinável em concreto, aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva de sentidos das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais”. (*A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno*, Brasília, 2010, dissertação disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/5146>, acesso em 16.07.2012, p. 21).

legislativa, sem recorrer significativamente a qualquer conteúdo vindo de fontes exteriores à disposição constitucional”. Já o não-interpretacionismo recorreria a princípios e outras fontes externas à Constituição, propiciando um resultado mais criativo ao cabo do processo hermenêutico. O argumento interpretacionista para o caso é o que retorna às nossas tradições constitucionais para reafirmar o texto do art. 52, X, da Constituição de 1988²⁵².

Ambas as linhas argumentativas, entretanto, não angariam público no presente cenário do constitucionalismo axiológico brasileiro. Uma proposta de valorização do controle difuso de constitucionalidade, como todo bom argumento jurídico, precisa ser dotada de capacidade de persuasão, o que, definitivamente, não ocorrerá se for se socorrer do positivismo jurídico ou interpretacionismo. Primeiro porque, diferentemente de outros lugares que contam com profícua produção e autores contemporâneos²⁵³, o positivismo jurídico no Brasil, como constatou Daniel Sarmento, se tornou uma espécie de espantalho teórico²⁵⁴. Os seus pressupostos são vulgarizados e mal compreendidos, resultando em clichês repetidos e pouco aprofundados. Por outro lado, a tecla da tradição e da intenção que os constitucionalistas tiveram ao instituir a participação do Senado Federal no controle difuso tem servido apenas para dar tons ainda mais fortes às alegações de anacronismo e defasagem da via incidental. É por essa avenida que a concentração de poderes e a supremacia do controle concentrado têm desfilado soberana e calmamente.

Não é necessário nem produtivo defender o controle difuso por meio de alegações positivistas e teorias de interpretação histórica ou gramatical. O equívoco está em se pensar que as abordagens políticas e procedimentais da Constituição, quando defendem uma posição mais contida das Cortes, pregam uma teoria de interpretação adstrita aos limites textuais, o que elas não fazem.

A divergência entre perspectivas diametralmente opostas como a de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin não é no sentido de que a Constituição seja compreendida como era no passado, atada a um convencionalismo linguístico. Ela é uma divergência quanto à autoridade que prioritariamente deve ter o poder de fazer a constituição avançar. Conrado Hübner Mendes resume a discordância entre os autores: “Waldron não contesta a teoria da

²⁵² John Hart Ely, *Democracia e desconfiança, Uma teoria do controle de constitucionalidade*, p. 17.

²⁵³ Ver Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979; Scott J. Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011; Brian Leiter, *Why Legal Positivism?*, University of Chicago, 2009.

²⁵⁴ Daniel Sarmento, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>, acesso em 05.08.2012.

interpretação moral da Constituição, de Dworkin. Até ali, ambos convergem. A dissidência absoluta nasce das consequências institucionais que cada um retira destas proposições. Waldron apoia-se no terreno semeado por Dworkin para realçar a incoerência da defesa do controle jurisdicional de constitucionalidade perante os valores pressupostos por uma teoria dos direitos fundamentais. Os méritos de cada um transparecem com maior nitidez quando opostos um ao outro”²⁵⁵.

De Ronald Dworkin a Jeremy Waldron, passando por John Har Ely, não se encontra nos dois primeiros autores extremos ou neste último de pensamento intermediário uma visão interpretacionista da Constituição. É o que Ely deixa assente: “essa forma convencional de interpretacionismo é problemática – e o problema intrínseco a ela é tão sério que chega a inviabilizá-la”²⁵⁶.

O argumento de mutação constitucional que sustenta a tese de “objetivação” do recurso extraordinário, como visto, não passa pelo teste da interpretação positivista. Verifico então se ele sucede quando confrontado com uma vertente construtivista e criativa de interpretação constitucional. Elejo como paradigma a leitura moral de Ronald Dworkin, aporte teórico que divide correntes e que é um marco a ser defendido ou batido, segundo o qual o convencionalismo textual deve ceder espaço em nome do valor político justiça. Por uma visão como a de Dworkin, que prestigia a supremacia do poder judiciário, seria defensável a mudança da nossa Constituição como ora proposta?

O trabalho de Dworkin ganhou destaque inicial com a sua crítica ferrenha ao positivismo jurídico de H.L.A. Hart. Embora as objeções tenham se modificado ao longo do tempo, o substrato das primeiras críticas de Dworkin era o de que o positivismo não sabia trabalhar com o padrão normativo denominado princípio. Assim, pela síntese do próprio Dworkin, o positivismo entenderia o direito como um conjunto de regras utilizadas pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento seria punido ou coagido pelo poder público. Ademais, o direito iria até onde existissem regras, pelo que, em sendo constatada uma omissão, o juiz decidiria de acordo com o seu “discernimento pessoal” (discricionariedade). Por fim, para os positivistas a obrigação jurídica deveria sempre decorrer

²⁵⁵ Conrado Hübner Mendes, *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, p. 29.

²⁵⁶ John Hart Ely, *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, p. 17.

de uma regra jurídica válida. Logo, se o juiz decidisse de acordo com a discricionariedade, não estaria fazendo valer um direito jurídico²⁵⁷.

Mas o que realmente tem pertinência com o estudo da mutação constitucional é a oposição construída na obra “O Império do Direito”, pois, como pontua Scott J. Shapiro, não grassa mais dúvida quanto à circunstância de que mesmo o positivismo pode trabalhar com princípios²⁵⁸. As provocações de Dworkin que estão em pauta são de outro viés. Há a pergunta sobre se é possível divergir teoricamente acerca do que é o direito e ainda assim construir um debate profícuo²⁵⁹, sobre quanto a convenção da linguagem é um limite às possibilidades hermenêuticas e ainda sobre o grau de interseção entre juízos morais e jurídicos.

A questão da discordância sobre o conceito de direito seria, para Dworkin, de índole interpretativa, de modo a trazer múltiplas consequências na análise de casos concretos. A visão positivista do direito padeceria do “agulhão semântico”, que é o vício segundo o qual só se pode discutir sensatamente (e apenas se) todos aceitam os mesmos critérios para decidir quando as posições são bem fundadas, mesmo que não se possa afirmar com exatidão que critérios são esses. Resumindo seu pensamento acerca desta expressão, ele afirma que as teorias semânticas negam a possibilidade de uso flexível da palavra direito, que elas perseguem uma definição estanque. Joseph Raz, por sua vez, não sem antes diminuir a sua importância (“até o momento da publicação de Dworkin nenhum filósofo do direito se via na tarefa de estar descrevendo a palavra direito”), sintetiza o “agulhão” como o argumento de que alguns conceitos não poderiam ter uma explicação semântica²⁶⁰.

Se Dworkin defende que para o positivismo não seria cabível a divergência teórica quanto aos fundamentos do direito e todos teriam que estar compartilhando das mesmas convenções enquanto premissa para o desenvolvimento da prática jurídica, Raz rebate que afinal todas as interpretações são “explicações de conceitos”, daí que “uma interpretação de Hamlet não é uma interpretação do conceito de Hamlet, mesmo se existisse tal conceito”²⁶¹.

²⁵⁷ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 27-8.

²⁵⁸ Scott J. Shapiro, *The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed*. Michigan Law, Working Paper n.º. 77, março de 2007, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>, acesso em 03.07.2012.

²⁵⁹ Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 55.

²⁶⁰ Joseph Raz, *The Nature of the Theory of Law*. (Hart’s Postscript. Oxford University Press, 2001, p. 11).

²⁶¹ *Ibid.*, p. 17.

A dissonância entre Dworkin e Raz é quanto à possibilidade de uma teoria descritiva do direito, ainda que eles porventura assumam diferentes acepções quanto ao que é ser descritivo. Este é um ponto que Dworkin acentua como a equivocada crença no jurista neutro. Se o direito é, por essência, interpretativo, o intérprete é um participante da prática e não um observador capaz de descrevê-la com isenção, de forma arquimediana²⁶².

Para Dworkin, a resposta a ser dada em casos difíceis, que vêm a ser aqueles em relação aos quais não há uma regra definida à moda tudo-ou-nada, não tem que estar previamente tolhida pela limitação linguística. A interpretação, no seu entender, diz respeito às intenções e não às causas. Toda interpretação tenta tornar o objeto o melhor possível²⁶³ e a prática jurídica, já que não deve pender para o relativismo e ceticismo, não deve resolver as suas controvérsias mais relevantes pelo jogo de palavras.

Vale ressaltar que o seu projeto não propõe a confrontação permanente de todos os conceitos da linguagem, o que resultaria numa prática inviabilizada. Ele demarca, isto sim, que é possível o desacordo teórico em torno de definições amplas, de conceitos de moralidade política, no bojo de casos difíceis.

Ao romper com a perspectiva estritamente linguística, a teoria do direito como integridade não significa uma desconsideração em relação ao direito até então praticado pela comunidade. A construção está amparada pela metáfora do “romance em cadeia”, para deixar claro que a moralidade pode ser objetiva e que os juízes não devem aplicar as suas posições pessoais sem considerar a coerência com o desenho estrutural da constituição e com o que foi decidido por outros juízes no passado²⁶⁴.

Enfim, chegamos à leitura moral como a abordagem por meio da qual Dworkin exorta a virtude da democracia constitucional em sobreposição ao que julga ser a insuficiência da democracia majoritária. A bem da verdade, ele hesita um tanto quando reconhece que “a revisão judicial das normas pode ser superior à deliberação republicana em alguns assuntos –

²⁶² Ronald Dworkin, *A Justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 208.

²⁶³ Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, p. 67.

²⁶⁴ Ronald Dworkin, *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

mas o afirmo com certa hesitação, como uma possibilidade, pois creio que não dispomos de informações suficientes para afirmar quer isso, quer o contrário disso”²⁶⁵.

No projeto de leitura moral, a democracia deliberativa é vista como uma vertente de contabilização estatística dos indivíduos, que reduz o espectro da participação popular à eleição de representantes que farão as leis. A democracia constitucional, diferentemente, promoveria as decisões do povo como se emanassem da comunidade política. Assim, a despeito de não ser apenas o poder judiciário que pode fazer uso da leitura moral, ela “encoraja os juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça”. E Dworkin arremata com a conclusão de que “é certo que o texto e a integridade impõem restrições importantes, que tenho sublinhado no decorrer de toda esta discussão. Mas embora essas restrições conformem e limitem os efeitos das convicções de justiça, elas não podem simplesmente eliminar esses efeitos”²⁶⁶.

Pela ótica exposta, podem existir limites normativo-textuais e decorrentes da noção de integridade, entretanto Dworkin admite afastá-los argumentativamente em prol do justo.

As acusações que seriam feitas caso a leitura moral sentasse hoje no banco dos réus do julgamento das teorias constitucionais levam Dworkin ao melhor esclarecimento da sua teoria. Paira a acusação da eliminação do espaço político, no que Bruce Ackerman considera ser uma importação da ótica germânica em um grau que beira o fundamentalismo de direitos²⁶⁷; a acusação de que este tipo de modelo hermenêutico é antes de tudo uma imposição da constituição que um determinado grupo ideológico prefere, o que seria o equívoco da hiperintegração visto por Tribe e Dorf²⁶⁸. Em outras palavras, ao invés de reconhecer as contradições e as possibilidades do documento, a constituição de Dworkin mais seria um programa fechado liberal do que qualquer outra coisa. E a concentração das decisões nas mãos dos juízes é reputada aristocrática e atentatória contra a visão de democracia majoritária acima descrita.

Dworkin responde ao problema da judicialização da política com a sua definição de democracia e com a citada alegação de que não necessariamente a leitura moral vai ser feita

²⁶⁵ Ibid., p. 47.

²⁶⁶ Ibid., p. 58.

²⁶⁷ Bruce Ackerman, *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*, p. 15.

²⁶⁸ Lawrence H. Tribe e Michael C. Dorf, *On reading the Constitution*, p. 58.

pelo poder judiciário. Contrapõe ainda que muitos dos resultados aos quais se chega com a leitura moral não correspondem à opinião dele.

A leitura moral deixa, contudo, as amarras judiciais mais soltas e é um combustível para as alterações constitucionais informais. A abertura para que o poder judiciário interprete mais livremente a constituição conduz a um processo de adaptação mais constante do documento, sem a preocupação com o arranjo político trabalhoso que uma emenda constitucional exige. O custo a ser pago é o questionamento de legitimidade e a necessidade de construção de um conceito de democracia, que, com a preponderância da atuação judicial, gera distorções e avanços indevidos sobre a autonomia deliberativa.

Se no prisma de Dworkin figuram limites textuais, os quais podem ser ultrapassados mediante o ônus de se argumentar as necessidades da justiça, no caso do nosso exemplo de mutação constitucional, a derrubada da resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade, pode até atender a um reclame de pragmatismo e sistematização, mas não a um de justiça.

Além disso, sob o ponto de vista de uma teoria como a *dworkiniana*, a legitimidade de uma interpretação evolutiva como a proposta para o art. 52, X, da Constituição Federal depende da verificação da coerência do resultado em cotejo com toda a narrativa institucional que a precede. Essa parametrização põe em dúvida o ímpeto do Supremo Tribunal Federal de revogar informalmente um preceito ao invés de ajustá-lo à Constituição. A função da Corte sempre é a de extrair o significado que gere o melhor e mais coerente resultado no “romance em cadeia” continuamente escrito pelos participantes da prática jurídica²⁶⁹. O intérprete deve “impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando”²⁷⁰. O histórico da nossa jurisdição constitucional anteriormente detalhado muito mais permite inferir que a resolução do Senado Federal deve seguir seu fluxo sendo interpretada como um ato político do que ser anulada como um ato cartorário.

No julgamento da reclamação sobre a progressão de regime no caso dos crimes hediondos, consta que a instituição e a ampliação da legitimação do controle abstrato de

²⁶⁹ Ronald Dworkin assim resume a ideia do romance em cadeia: “(...) cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”. (*O Império do Direito*, p. 276).

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 275.

normas inverteu a predominância histórica de sistemáticas, relegando ao controle difuso o papel corretivo residual anteriormente ocupado pela ação direta de inconstitucionalidade. É que, para o Ministro Gilmar Mendes, não convivem paralelamente a existência de uma corte constitucional e a possibilidade de que as instâncias ordinárias julguem questões constitucionais e com ela dialoguem, pois, “toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias”²⁷¹.

Outras inovações processuais, a exemplo das ações coletivas, da possibilidade de negativa de seguimento a recursos ou mesmo da aplicação da jurisprudência do STF pela própria Corte²⁷², são vistas como evidências de que a decisão em sede de controle difuso transcende o caso singular e vincula terceiros, o que – aí sim estranhamente – reforçaria um argumento de desnecessidade do controle incidental em si, de sua superação pelas ações diretas e outras formas de revisão abstrata de normas.

Portanto, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes depende de que exista outro contexto normativo em volta da suspensão da execução pelo Senado Federal a partir da edição da Constituição de 1988. No capítulo anterior, percorri o caminho histórico da resolução para mostrar que essa primeira premissa da posição é bastante duvidosa. Sempre que se especulou sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, a ideia de que ele estaria necessariamente preso à decisão do STF, cabendo-lhe somente homologá-la, foi rejeitada de modo expresso em todas as votações constituintes.

Vale dizer então que o problema de legitimidade da interpretação propugnada pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº. 4.335/AC não está apenas na contradição com o elemento textual, tradicional ou da integridade do nosso ordenamento. Ele reside sobretudo no *déficit* democrático que o posicionamento aprofunda²⁷³.

²⁷¹ Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 2ª ed. Berlim, 1930 *apud* Gilmar Mendes, voto na reclamação nº. 4.335/AC, p. 36.

²⁷² São exemplos de atribuição de efeitos transcendentais à decretação de inconstitucionalidade no controle difuso, segundo o voto do Ministro Gilmar Mendes: art. 481 do Código de Processo Civil; art. 557, §1º do Código Civil; súmula vinculante; adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos, dentre outros.

²⁷³ Esse tópico será objeto do capítulo quarto da dissertação.

3.5. Tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e o argumento pragmático da eficiência

Em prol da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal milita ainda o argumento da eficiência sempre tida como característica de sistemas que possuem estruturação de precedentes vinculantes²⁷⁴. As grandes vantagens suscitadas pelos seus defensores seriam a vinculação imediata e ínsita às decisões e a construção de um controle de constitucionalidade com efeitos normativos e racionalizantes de todo o sistema, o que viria aplacar o problema da nossa adoção do modelo difuso de controle sem a respectiva instituição da vinculação aos precedentes²⁷⁵.

Porém, não há comprovação de que os resultados pretendidos tenham que ser alcançados através do fim da participação ativa do Senado no controle de constitucionalidade. Os instrumentos vinculantes criados recentemente no Brasil não pretenderam isso, afinal foi instituída a súmula vinculante como forma de se atribuir efeitos gerais às decisões em recurso extraordinário, nem cumpriram a promessa de celeridade e racionalidade. Tampouco o referencial sempre citado da *common law* se estrutura a partir de interferência em outros poderes ou de regra específica que obrigue os juízes a se pautarem pelos precedentes dos tribunais.

O sistema da *common law* não funcionava originariamente baseado na doutrina de vinculação dos precedentes e lá o desenvolvimento desta técnica não significou nenhum tipo de castração aos *checks and balances* que cumprem a função de diluir concentrações indevidas de poder nos diferentes ramos do Estado. O surgimento da jurisprudência analítica de Austin e Bentham foi o marco que trouxe a preocupação com definições sobre o que seria a lei válida, dando os primeiros passos no sentido de uma consolidação doutrinária e conceitual do *stare decisis*²⁷⁶. Com isso, não se comprova a afirmação de que a vinculação dos julgamentos não pode ser atingida no controle concreto e difuso, pautado em casos específicos, ou meio às formas brandas de controle de constitucionalidade, pois ela não nasce necessariamente atada a uma única metodologia ou a regras impositivas.

²⁷⁴ Neil McCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 42.

²⁷⁵ Gustavo Binembojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 127.

²⁷⁶ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 37.

Diferentemente da orientação que se busca fazer prevalecer no Brasil, na *common law*, a observância dos precedentes deriva de uma construção de cultura judicial²⁷⁷. É, acima de tudo, um clamor geral por coerência em relação a todo o sistema jurídico²⁷⁸. Lá não existe uma obrigatoriedade, um imperativo, discutindo-se os fundamentos pelos quais os juízes se reportam – ainda que para alterá-los – a julgamentos anteriores. Logo, *stare decisis* não significa repetição pura e simples de decisões, mas o dever de considerá-las e superá-las, o que também não se casa com as modalidades de vinculação instituídas a partir de sanções e reclamações voltadas contra as decisões da magistratura em primeiro grau.

Neste cenário, Neil Duxbury conclui que não pode ser sacado um argumento consequencialista, pragmático ou deontológico como única explicação para o fato de os precedentes serem levados em consideração. Ele assenta que o valor de uma doutrina de precedentes está não na sua capacidade de comprometer os julgadores com um determinado curso de ação, mas na sua capacidade simultaneamente de criar uma amarra e uma válvula para certo grau de discricionariedade. A presunção de que as decisões anteriores devem ser respeitadas não é, pois, um compromisso com a repetição de erros do passado²⁷⁹.

Além de não se estabelecer uma relação de causa e efeito, ou seja, uma relação entre um bom e racional sistema com a extinção da resolução do Senado Federal, a tese da mutação constitucional entra em contradição com a atual necessidade de edição de súmula vinculante com aprovação de dois terços do plenário do Supremo Tribunal Federal. Fosse esse patamar de vinculação tão natural e necessário ao sistema brasileiro e ele teria, de logo, sido instituído pelo poder constituinte derivado em 2004, quando da emenda à constituição de nº. 45. Ocorre que a lógica da reforma foi outra.

Ainda que o parecer do relator da reforma de 2004 tenha sustentado a falta de um sistema de *stare decisis* como a causa para a sobrecarga nos tribunais brasileiros, estranhamente foi rejeitada a possibilidade de eleição discricionária dos casos a serem julgados nas últimas instâncias, sob o argumento de que seria “problemática a estruturação de

²⁷⁷ Cf. Earl Maltz: “Few would argue that the actions of courts are not affected profoundly by the basic political/moral culture in which the court operates. An important tenet of our political/moral culture, however, is that judges should feel strongly constrained by prior cases”. (*The nature of precedent*, North Carolina Law Review, Vol nº. 66, 1988).

²⁷⁸ Para Neil Duxbury: “It is worth pointing out immediately that this is not to claim that reasons demanded like cases be treated alike. The requirement was that judgments be consistent with the law as a whole, not with specific earlier decisions”. (*The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 49).

²⁷⁹ *Ibid.*, 151.

um critério subjetivo como condição de exame de questões controvertidas federais e de Direito do Trabalho, o que poderia sacrificar, a um só tempo, a característica federativa da ordem jurídica nacional e a própria razão de ser das Cortes Superiores”²⁸⁰. Vingou uma ideia de acesso à justiça que pareça formalmente indistinto e aberto a todos os litigantes, inclusive no que tange à possibilidade infinita de recursos.

O ponto motivador da reforma, em essência, foi a necessidade de fazer com que os tribunais superiores brasileiros pudessem trabalhar com um número razoável de processos, cessando-se as múltiplas demandas repetitivas no cume do sistema. Essas mesmas demandas, embora tolhidas de um terceiro ou quarto grau de revisão, continuariam a tramitar em primeira instância, e a isso o Senado opôs em seu parecer que “a notória deficiência no número de juízes no Brasil, em relação à sua população, aponta para a necessidade de dez vezes mais juízes para que o país estivesse dentro da média dos países de primeiro mundo”²⁸¹.

O Senado, portanto, não consagrou uma reformulação que abrangesse toda o sistema e magistratura nacionais. Não foi objeto da preocupação legislativa a construção de um acesso à justiça racional, já que, na base do sistema, apenas faltaria mais mão-de-obra.

Com a aprovação da proposta de emenda, as decisões do Supremo Tribunal Federal, a despeito de o Brasil ser um país identificado com o sistema jurídico da *civil law*, se tornaram majoritariamente vinculantes. Além disso, a vinculação cresceu e saiu da órbita da temática constitucional. Instituiu-se o recurso repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e o projeto de novo Código de Processo Civil já contempla a previsão do incidente de “Resolução de Demandas Repetitivas”. Os processos seriam selecionados, em primeira instância, para que recebam uma decisão conjunta e idêntica emanada de tribunal com jurisdição na localidade²⁸².

Contudo, todos esses fatores provavelmente não significam que, desde a emenda constitucional nº. 45, de 2004, possuímos uma prática de *stare decisis* racional ou eficiente. O engavetamento da resolução do Senado Federal no bojo da Reclamação nº. 4.335/AC, por seu turno, não é medida que teve ou terá o condão de minorar as consequências de uma

²⁸⁰ Cf. Parecer CCJ nº. 538/2002, p. 4.

²⁸¹ Ibid., p. 5.

²⁸² Cf. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

concepção de acesso à justiça e ao sistema de recursos que os presume ilimitados. Basta ver, por exemplo, que o instituto da repercussão geral mais tem tido o efeito paralisante do que acelerador do poder judiciário. Em pesquisa a partir de dados estatísticos, Fábio Portela demonstra o fracasso da repercussão geral como filtro de causas, afinal o STF considerou que 70% das demandas a ele direcionadas têm relevância que transcende o interesse das partes. Além disso, o autor detectou que “há uma grande defasagem entre o número de temas submetidos à repercussão geral e o quantitativo de temas que tiveram seu mérito julgado após o reconhecimento da repercussão. Em média, a cada ano, são submetidos para exame 104,17 temas e apenas 20 temas têm o mérito julgado”²⁸³.

O precedente que vem sendo construído sob o pálio do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, sem equacionar os graves defeitos das formas vinculação atualmente em profusão e incongruentes tanto umas com as outras quanto em relação ao todo sistêmico, se presta essencialmente i) à abertura de um perigoso flanco de menoscabo expresso aos dispositivos constitucionais e não à sua ressignificação, ii) ao engessamento das reflexões em torno das hipóteses da nossa jurisdição constitucional e iii) à consagração de um olhar restrito sobre o nosso passado constitucional, que passa a ser visto como um trem que só possui uma única parada ao final da jornada: a homogeneidade do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

3.6. Palavras finais

O retrato de como temos lidado com as mudanças constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal é de uma categorização formal sem maior enfretamento da função que cabe à própria Corte no processo evolutivo. A mutação constitucional aparece como uma classificação de cunho tecnicista à revelia da qual as muitas efetivas mudanças são feitas.

E, passando da crítica terminológica à de conteúdo, afinal de contas, as questões da mutação constitucional são afetas à problemática da interpretação constitucional como um todo, não se confirma o pressuposto de alteração das circunstâncias fáticas da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, até mesmo porque as resoluções

²⁸³ Fábio Portela, “Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>, Acesso em 20.02.2013.

continuam e continuaram a ser editadas, não se confirmando o seu desuso²⁸⁴. A interpretação proposta pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que não deva necessariamente estar atada à literalidade do dispositivo, porquanto o direito tem um caráter estruturalmente indeterminado²⁸⁵, não pode ignorar a cadeia institucional de acontecimentos que construiu a narrativa da resolução como uma forma de especial interação entre os poderes. Fica ainda descalçada a legitimidade do julgamento, na forma proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, quando se constata que a prometida eficiência do controle abstrato não se faz confirmar e que a norma constitucional do art. 52, X, pode adquirir significados que não lhe transformem em letra morta.

Por fim, quanto aos limites da interpretação em caso de mutações constitucionais, é impossível não ter o documento como uma experiência visível e invisível²⁸⁶. Além do texto, ele é inegavelmente o resultado das práticas e precedentes. No entanto, não há constitucionalismo pautado em constituição escrita que esteja ruída por completo²⁸⁷. Uma coisa é ajustar o documento à realidade, é emprestar-lhe significados que melhor se conformem às demandas contemporâneas, outra bastante distinta é a mudança inconstitucional que revoga ou anula os preceitos sem, nem ao menos, lhes ressignificar positivamente. A redução do cabimento da resolução do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, a um mero ato de publicidade é um avanço do Supremo Tribunal Federal cujas vantagens de eficiência e segurança jurídica ainda não estão comprovadas, mas cujos malefícios de incongruências sistêmicas, ativismo e concentração de poder já se fazem notar muito claramente.

Sobre o significado que pode ser agregado à resolução do Senado e as formas variadas de diálogo que podem surgir no controle de constitucionalidade, passo a discorrer no capítulo seguinte, a partir das lições de Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Cass R. Sunstein.

²⁸⁴ Foram editadas mais de cem resoluções pelo Senado Federal desde 1988, conforme dados do ano de 2007 contidos no voto do Ministro Joaquim Barbosa na Reclamação nº. 4.335/AC.

²⁸⁵ Cf. Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

²⁸⁶ Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution*. (livro ainda não publicado, Trecho disponível em: <http://lawweb.usc.edu/who/faculty/workshops/documents/Amarspaper.pdf>), acesso em 20.03.2012.

²⁸⁷ Lawrence H. Tribe e Michael C. Dorf, *On reading the Constitution*, Harvard University Press, 1991.

4. SUPREMACIA JUDICIAL QUESTIONADA: AS POSSIBILIDADES DA RESSIGNIFICAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

4.1. Supremacia judicial e modelos de controle de constitucionalidade

A tradicional compreensão do controle de constitucionalidade foi construída em cima das premissas de que a constituição escrita se torna lei suprema em relação à qual os juízes juram submissão e respeito e de que as leis a ela contrárias são inválidas²⁸⁸. No julgamento do caso *Marbury v. Madison*, uma das ideias centrais do *Justice* Marshall era a de que os juízes têm a missão de garantir o respeito à norma constitucional porque o poder legislativo não poderia ele mesmo ter a competência de controlar as leis que edita²⁸⁹ ²⁹⁰. No entanto, a

²⁸⁸ Essas são as premissas originais também do controle de constitucionalidade brasileiro. (Cf. Ruy Barobosa, *Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 39).

²⁸⁹ Alexander Bickel detalha o ponto: “This is the real question. Marshall addressed himself to it only partially and slightly. To leave the decision with the legislature, he said, is to allow those whose power is supposed to be limited themselves to set the limits – an absurd invitation to consistent abuse. Perhaps so, but the Constitution does not limit the power of the legislature alone. It limits that of the courts as well, and it may be equally absurd, therefore, to allow Courts to set the limits”. (*The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Second Edition, New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3-5).

²⁹⁰ *Marbury v. Madison* não é um precedente que cunha a supremacia judicial, mas que firma a supremacia da constituição e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis. O argumento de Marshall para a prevalência da Constituição é a *supremacy clause* contida no artigo VI da Constituição americana: “This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be Supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby any Thing in the Constitution or Laws of any State to the contrary Notwithstanding”. Virgílio Afonso da Silva entende que a supremacia da Constituição é apresentada anteriormente por Hamilton, no *Federalist Paper* nº. 78. (Cf. Virgílio Afonso da Silva, *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, p. 197).

supremacia judicial, isto é, a noção de que a leitura que o poder judiciário faz da constituição deve ter primazia sobre as demais, foi sendo cunhada ao longo de outros acontecimentos e precedentes posteriores da Suprema Corte norte-americana. Foi, por exemplo, em *Cooper v. Aaron* que se estabeleceu que o Tribunal era “supremo na definição da lei e da Constituição”²⁹¹.

O controle concentrado originário do modelo austríaco²⁹² igualmente se pauta na tese de supremacia da constituição. Porém, como uma das maiores preocupações do seu idealizador, Hans Kelsen, era com a possibilidade de que os juízes divergissem sobre a anulação das leis gerando insegurança jurídica²⁹³, a opção, nesse caso, foi pela centralização da competência para declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos exclusivamente no Tribunal Constitucional e não no Poder Executivo, como preconizava Carl Schmitt²⁹⁴.

Essa desconfiança em relação aos múltiplos pontos de vistas dos julgadores não significa que Kelsen fosse partidário de uma jurisdição constitucional branda, no sentido de permeada pela manifestação do parlamento, ou aberta. Ele era, acima de tudo, um defensor do primado da lei, o qual não poderia ser abalado pela hipótese de que todos os juízes tivessem a

²⁹¹ O precedente *Cooper v. Aaron* é de 1958. Nele, a Suprema Corte afirma o seu precedente do caso *Brown v. Board of Education* como sendo vinculante e obrigatório pelos Estados federados, que deveriam banir a política de segregação nas escolas públicas, ainda que não concordassem com o que fora decidido. Nas palavras da Corte, embora ela precise de apoio na execução da decisão, é a detentora do monopólio ao dizer o direito constitucional: “That the responsibility of those who exercise power in a democratic government is not to reflect inflamed public feeling, but to help form its understanding, is especially true when they are confronted with a problem like a racially discriminating public school system. This is the lesson to be drawn from the heartening experience in ending enforced racial segregation in the public schools in cities with Negro populations of large proportions. Compliance with decisions of this Court, as the constitutional organ of the supreme Law of the Land, has often, throughout our history, depended on active support by state and local authorities”. (*Cooper v. Aaron* - 358 U.S. 1 (1958)). Outro exemplo de reconhecimento de supremacia judicial é visto por Mark Tushnet no caso *City of Boerne v. Flores*, de 1997. (Mark Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries*, p. 217).

²⁹² O modelo concentrado passou a ser denominado “austríaco” por ter sido posto em prática pela Constituição austríaca de 1920, com base em projeto elaborado por Hans Kelsen. (Cf. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Trad.: Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 68).

²⁹³ Francisco Fernández Segado aponta que a ideia kelseniana do Tribunal Constitucional caracterizado como legislador negativo, em verdade, mais representava uma desconfiança dos juízes do que em relação ao parlamento. (*La obsolencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*, p. 10).

²⁹⁴ Hans Kelsen insere a Constituição no ápice da pirâmide do direito positivo, trabalhando a noção de supremacia que pautou o seu modelo de controle de constitucionalidade concentrado: “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”. (Cf. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 157).

possibilidade de declarar a sua invalidade²⁹⁵. Nas discussões que precederam a Constituição austríaca de 1920, ele se opôs radicalmente às teorias que ligavam a interpretação jurídica ao sentimento ou ao espírito do povo, daí a consequência do seu modelo abstrato, que limparia a jurisdição constitucional da subjetividade, voltando-se à “busca da objetividade e racionalidade perdidas em amplos setores jurídicos e judiciais da Alemanha de Weimar”²⁹⁶. No modelo kelseniano, portanto, há supremacia judicial, porém circunscrita a um único órgão com competência para jurisdição constitucional.

Está presente no Brasil a característica de supremacia constitucional. Não se questiona que nosso país possui controle de constitucionalidade e mecanismos variados de garantia da prevalência da Constituição em detrimento das leis ordinárias e entendimentos legislativos ocasionais. A supremacia judicial, no entanto, não é declarada na Constituição de 1988 e ordinariamente é tida como consequência da leitura do art. 102 da Constituição Federal, pelo qual “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Esse é o contexto dentro do qual se combinam dois modelos de jurisdição constitucional que conferem poderes praticamente ilimitados ao Supremo Tribunal Federal na fixação do significado da constituição, fazendo com que a supremacia judicial tenha se arraigado de tal modo na prática da Corte que esta se tornou, ao longo do tempo, autorreferencial e passou a enxergar o seu papel não apenas como o de guardião da Constituição²⁹⁷, mas sim como o de única e exclusiva guardião.

O modelo predominantemente adotado nas constituições surgidas ao longo do século XX de controle de constitucionalidade forte, centrado na supremacia judicial, com as consequências questionáveis que acarreta em termos de pluralismo e legitimidade, faz com que a jurisdição constitucional esteja permanentemente atada ao problema sobre quem deve

²⁹⁵ Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 85.

²⁹⁶ Francisco Fernández Segado, *La obsolência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeu kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*, p. 8.

²⁹⁷ O STF se autodenomina guardião da Constituição em reiterados julgamentos e manifesta que os seus posicionamentos devem ser construídos de modo a preservar a plenitude desta função. Nesse sentido, há recente precedente de lavra do Min. Luiz Fux: “Afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger hipóteses não sujeitas à jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal deve conhecer de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, que objetivam viabilizar o exercício, em sua plenitude, de função de guardião da Constituição Federal”. (Cf. HC 110015, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19.03.2013).

ter a última palavra em matéria de decisões políticas ou, em outros termos, sobre “quem deve ter o direito de errar por último”^{298 299}?

Para essa antiga pergunta, têm surgido novas respostas capazes de alterar o rumo do debate. Se o constitucionalismo por muito tempo oscilou entre dois extremos, pois de um lado se encontrava o aludido modelo de controle forte de constitucionalidade, no qual a última palavra sobre os direitos deveria competir aos juízes e cortes constitucionais, enquanto de outro se situava o modelo de Westminster de supremacia parlamentar, que não se mostrava compatível com a revisão judicial de leis, mais recentemente têm ganhado força as teorias críticas³⁰⁰ e os sistemas híbridos, inclusive se instituindo a concepção intermediária de controle de constitucionalidade “fraco” ou “brando”, basicamente caracterizado por mecanismos de rápida reposta do parlamento às decisões judiciais.

Neste capítulo, associo o debate sobre a referida atenuação da supremacia judicial e os modelos fracos ou brandos de jurisdição constitucional ao que chamo de ressignificação do controle difuso de constitucionalidade. Proponho-me a tratar do questionamento teórico a que vem sendo submetida a supremacia judicial e dos reflexos que daí podem ser extraídos para o aprimoramento da nossa prática. Como as formas brandas de controle de constitucionalidade pretendem minorar a dificuldade representada pela autoridade atribuída às Cortes, elas agregam uma interessante variável no debate sobre os caminhos que podem ser seguidos pelo controle difuso, em especial pela forma de diálogo consistente na resolução do art. 52, X, da Constituição de 1988.

Início a análise pela teoria de Jeremy Waldron, um dos principais referenciais que têm pautado a discussão da mitigação da supremacia judicial³⁰¹. A teoria crítica à revisão

²⁹⁸ Conrado Hübner Mendes, *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, p. 187.

²⁹⁹ Alexander Bickel expõe que o problema da autoridade é o cerne das preocupações com o controle de constitucionalidade desde a sua origem: “But Marshall knew (and, indeed, it was true in this very case) that a statute’s repugnancy to the Constitution is in most instances not self-evident; it is rather an issue of policy that someone must decide. The problem is who: the courts, the legislature itself, the president, perhaps juries for purposes of criminal trials or ultimately the people through electoral process”. (Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*, p. 3).

³⁰⁰ Cf. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, New Jersey: Princeton University Press, 2008; Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 2004; Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

³⁰¹ Conforme anteriormente exposto, a justificativa da proposta de emenda de autoria do Deputado Nazareno Fonteles (PT/PI) expressamente faz alusão a eles: “As formas alternativas de controle de constitucionalidade tem sido debatidas e defendidas por eminentes juristas. Destacamos Jeremy Waldron e Mark Tushnet, que

judicial de leis dificilmente poderá transformar um país com mais de cem anos de modelo forte de controle constitucionalidade como é o Brasil no Canadá ou na Nova Zelândia, países influenciados pela tradição inglesa, porém dela talvez se possa extrair uma prática mais reflexiva e democrática em seus pressupostos.

Esse questionamento mais profundo que Jeremy Waldron impõe ao controle de constitucionalidade, seus propósitos e resultados, não significa a adesão à ideia de fim da revisão judicial de leis. Ele pode fornecer subsídios para que sejam pensados formatos alternativos para a jurisdição constitucional. Por isso, Waldron foi invocado na justificativa para a proposta de emenda constitucional nº. 33/2011, que consiste numa reação contrária por parte do parlamento brasileiro ao atual ativismo judicial a que fiz alusão nos capítulos anteriores. A intensidade da atuação do Supremo Tribunal Federal em todos os campos políticos tornou-se o mote para a tentativa de implementação de uma nova espécie de revisão judicial no Brasil, por meio da qual se busca submeter as decisões no controle concentrado ao crivo do Congresso Nacional. Assim, para além do problema do art. 52, X, da Constituição Federal e da procura por uma função contemporânea para o instituto da resolução senatorial, a temática das formas fracas de controle entrou na agenda brasileira com a recente proposição de que o parlamento genericamente se manifeste nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade³⁰². É nesse panorama que se torna necessária a análise das formas fracas

questionam, de forma enfática, o monopólio do Judiciário em dizer a última palavra sobre a Constituição. Para Waldron, os tribunais também tomariam decisões baseadas em regras de maioria, sendo, portanto, tão arbitrárias (no sentido de imprevisíveis) quanto aquelas determinadas pelo Legislativo, não possuindo as qualidades decorrentes da legitimidade democrática. Como forma de exemplificar um modelo alternativo de controle de constitucionalidade no qual o Poder Judiciário não tem o monopólio da última palavra, citamos o adotado pela constituição canadense". (Cf. Justificativa disponível em: <http://www.camara.gov.br>, acesso em 04.04.2013).

³⁰² A PEC nº. 33/2011 visa alterar os artigos 97, 102 e 103-A da Constituição de 1988, contando, no momento, com a seguinte redação: "Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. (NR)"; Art. 103-A (...) §4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. §5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita. §6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (NR)". "Art. 102. § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal

de controle de constitucionalidade para que se avalie a pertinência da mudança de rumos contida na proposta de emenda e talvez na resolução do Senado Federal.

Em seguida, utilizando os aportes teóricos e empíricos das sistemáticas fracas, passo a tratar dos específicos propósitos deste trabalho relativos ao controle difuso, voltando a atenção para os caminhos da sua revalorização. É possível compreender a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade como uma forma branda de sua manifestação? Qual tem sido a efetiva relação do Senado com esta competência? Controles brandos são característicos de sociedades mais plurais e democráticas? E, por fim, faz sentido falar em controle brando de constitucionalidade no Brasil como forma de superar *déficits* de legitimidade da jurisdição constitucional centralizadora?

Por fim, como o controle fraco pode também se manifestar por atitudes de deferência e não apenas pela superação legislativa, parto para a correlação entre o abrandamento da jurisdição constitucional e a teoria minimalista de Cass R. Sunstein, investigando se o controle difuso tem maior capacidade de se pautar em acordos teóricos que não sufocam e exaurem o debate constitucional.

Com o recurso aos mencionados autores, pretendo tratar da crítica à supremacia judicial e dos modelos de controle de constitucionalidade que apresentam elementos dialógicos entre as cortes e as legislaturas, contextualizando-os na realidade atual brasileira e na proposta de releitura do controle difuso de constitucionalidade. As especificidades das diferentes sistemáticas de revisão judicial, com as dúvidas que suscitam sobre a sua eficiência e resistência ao longo do tempo, são uma trilha para o exame das questões que permeiam o controle de constitucionalidade como um todo, sobre a convivência entre a autonomia legislativa e os limites constitucionais, sobre se há uma via de sua conciliação com o autogoverno democrático³⁰³. Direcionar o olhar para outras experiências e perspectivas de diálogo constitucional é, acima de tudo, uma oportunidade para que o controle difuso de constitucionalidade consiga resistir à tese de sua “objetivação” através de argumentos renovados.

Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal”.

³⁰³ Mark Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - And Democracy-Based Worries*. 38 Wake Forest L. Rev. 813-838 (2003). Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu>, acesso em 08.10.2012.

4.2. *Jeremy Waldron e o questionamento à supremacia judicial*

Historicamente, inclusive no momento da revolução norte-americana, o constitucionalismo se preocupou com a concentração excessiva de poder. À época, para os revolucionários, o arbítrio era identificado com o parlamento inglês³⁰⁴, com as sucessivas imposições feitas à colônia e com a defesa que ele poderia fazer de seus interesses próprios. Essa é uma das matrizes do enraizado preconceito contra as legislaturas, cuja penetração na *common law* resultou em uma desconfiança em relação às próprias leis editadas, as quais eram tidas como fruto de rompantes, sem consistência e confiabilidade. A intensificação desse sentimento fez com que, em determinado momento, as leis chegassem a nem mesmo ser consideradas direito com a mesma estatura dos precedentes³⁰⁵.

A eclosão de regimes autoritários sob o manto do estado de legalidade trouxe ainda um ranço de suspeita quanto às deliberações majoritárias, como se elas pudessem resvalar em medidas antidemocráticas e opressivas das minorias. Por isso, boa parte da teoria constitucional contemporânea é dedicada à acirrada defesa da supremacia judicial, da ideia de que as Cortes devem ter um papel essencialmente contramajoritário e consagrador de direitos³⁰⁶.

Esse argumento continuamente erigido de que a deliberação pode se tornar opressora não se coaduna com as contemporâneas teorias sobre democracia deliberativa, que não a compreendem como mera contagem de votos e fixação de um placar final. Jeremy Waldron afirma que a soberania popular não se confunde com democracia³⁰⁷, pois sempre devem existir elementos mínimos para estruturar a esfera pública de debate. Decisões majoritárias, cuja aparência é democrática, podem resultar em consequências antidemocráticas. Isto se dá

³⁰⁴ Hannah Arendt, *Sobre a Revolução*, p. 234; Cf. Jon Elster, *Ulisses Liberto*, p. 167.

³⁰⁵ Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 24.

³⁰⁶ Além de ser essa a visão que o STF tem de si mesmo, no Brasil, a doutrina que louva a judicialização é farta e predominante. Alguns de seus representantes foram nominados como referência nos votos dos parlamentares contrários à PEC nº. 33/2011. Consta no voto do Deputado Paes Landim, por exemplo, a menção expressa a Lenio Luiz Streck e ao mais influente partidário dessa corrente, Luís Roberto Barroso (Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In www.oab.org.br/editora/revista/.../1235066670174218181901.pdf. Acesso em 2.4.2013). Cf. Voto disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>, acesso em 09.04.2013.

³⁰⁷ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 255.

porque a democracia deve ser exercida dentro de certas condições, que são a possibilidade de que homens e mulheres tenham o direito de participação igual na resolução de controvérsias, liberdade de expressão e de associação, ou seja, “direitos que estabelecem um contexto mais amplo de deliberação na sociedade civil para a tomada formal de decisões políticas”^{308 309}. Por isso, democracia não se confunde simplesmente com a decisão adotada pela maior parte das pessoas e não poderia ser diferente, afinal o desenho constitucional foi desde sempre pensado para a contenção de arroubos e de maiorias ocasionais³¹⁰. Isto não significa, entretanto, que esta contenção tenha que ser feita pelo poder judiciário através de controle forte de constitucionalidade.

Waldron afirma que o processo de decisão democrática não pode sofrer as pechas que sofre, além de tudo, porque as próprias Cortes são órgãos cujas deliberações acabam sendo feitas por um juízo de maioria, o que lhes colocaria também o mesmo rótulo eventual de “ditadoras” que se quer associar às legislaturas^{311 312}.

O interesse na teoria de Waldron não se exaure pela sua concepção de democracia. A primeira crítica por ele feita em *Law and Disagreement*, ao contrário do que se poderia pensar, não é dirigida às cortes, mas sim aos filósofos do direito que estariam “intoxicados” pela obsessão de pensar continuamente o modo de ser e de se chegar às decisões judiciais³¹³. A aversão à legislação, que inclusive chegou a não ser considerada direito, é um mal visto por Waldron na *common law* e a fonte da sua indagação sobre o porquê de as decisões judiciais ocuparem o espaço que poderia ser dos estatutos³¹⁴. Ele identifica nessa judicialização da

³⁰⁸ Ibid., p. 283.

³⁰⁹ É o que Cass R. Sunstein denomina moralidade interna da democracia: “Democracy comes with its own internal morality – the internal morality of democracy. This internal morality requires constitutional protection of many individual rights, including the right of free expression, the right to vote, the right to political equality, and even the right to private property, for people cannot be independent citizens if their holdings are subject to unlimited government readjustment”. (*Designing Democracy, What Constitutions Do*, New York: Oxford University Press, 2001, p. 7).

³¹⁰ Jon Elster lembra que, na gênese do pré-compromisso constitucional, está a preocupação com dois perigos: “as maiorias populares passionais e os representantes com interesses próprios”. Para esses males, a solução originária pensada não foi a do controle de constitucionalidade forte, mas outras como o bicameralismo e o veto do poder executivo. Por isso, conclui “observando que os constituintes norte-americanos e franceses também se pré-comprometeram eles mesmos contra as tentações da paixão e do interesse”. (*Ulisses Liberto*, p. 180).

³¹¹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 14.

³¹² Tal se dá sobretudo diante da nossa sistemática de acentuada “deliberação externa” no modo de decidir do Supremo Tribunal Federal, onde os Ministros fundamentam individualmente para o público geral e não debatem entre si. (Cf. Virgílio Afonso da Silva, *O STF e o controle de controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, Revista de Direito Administrativo n. 250, 2009, p. 209).

³¹³ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 9.

³¹⁴ Idem, *The Dignity of Legislation*, p. 12.

própria reflexão teórico-jurídica um sentido de desconfiança em relação à democracia³¹⁵ e à autonomia do indivíduo enquanto agente de decisões políticas. Waldron pretende então desfazer tais premissas que julga errôneas e preencher um vácuo de teoria sobre a atividade de legislar.

Portanto, no contexto de ausência de teorização sobre uma democracia deliberativa é um desafio maior descobrir uma vertente do direito que esteja mais à vontade com a democracia – ou com um determinado tipo dela – do que revolver o mesmo ciclo de referência incessante aos julgamentos existentes e à correta forma de se chegar às decisões judiciais³¹⁶. Com esse ponto é que Waldron, antes de tudo, se mostra um observador da teoria do direito, dos seus focos e lacunas.

O caminho para essa construção de uma nova teoria que não repele a democracia deliberativa vem através de um questionamento agudo sobre a necessidade de instituição formal de direitos e sobre o melhor tipo de mecanismo procedimental para fazê-los valer. Em alguma medida, embora inicie por um prisma absolutamente distinto e coloque em xeque os direitos em si, *Law and Disagreement* não deixa de ser a leitura de Waldron para a pergunta que Ronald Dworkin se impôs em 1977: como levar os direitos a sério em uma democracia?³¹⁷ ³¹⁸. As conclusões podem ser díspares, mas, mesmo que por caminhos opostos, ambos estão preocupados com a efetivação de direitos e sua harmonização com as respectivas concepções de democracia que adotam. Ou seja, para Waldron direitos são questionáveis, mas, trabalhando com a hipótese de que eles são reconhecidos, a sua preocupação passa a ser a de que isso não signifique, de *per se*, judicialização. É proposta a quebra do esquema de necessário estabelecimento de direitos rígidos e ainda de que sempre que eles existam seja indissociável a sua defesa judicial, o que tem um peculiar sentido nos Estados Unidos, pois lá em grande parte prevalece a concepção de que o direito é aquilo que os juízes dizem que ele é: “*We are under a constitution. But the constitution is what the judges say it is*”³¹⁹.

³¹⁵ Cf. Roberto Mangabeira Unger, *O Direito e o futuro da democracia*. São Paulo, Boitempo Editorial, 2004.

³¹⁶ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 9.

³¹⁷ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

³¹⁸ Ronald Dworkin é uma referência por diversas vezes citada na obra de Waldron quando este o identifica como o advogado-mor da ideia de que direitos são postos como cláusulas superiores às decisões majoritárias. (Cf. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 2004).

³¹⁹ A frase é do Justice Charles E. Hughes, discurso na Chamber of Commerce, Nova Iorque, Maio de 1907, Disponível em: *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes*, p. 139.

É enganoso, por conseguinte, achar que Waldron não reconhece o indivíduo e a possibilidade de afirmação de direitos. Ele simplesmente não considera que a formalização de cartas é o inexorável modo de instituí-los, pois o coração da sua teoria é o dissenso, o desacordo permanente e estrutural, que só existe pela autonomia de cada indivíduo, pela possibilidade de que se divirja sobre o que é justo e sobre como o justo deve ser alcançado. Essa visão mais aberta à divergência e à complexidade é refratária à perenização de direitos em estruturas formais. A diversidade é um elemento que deve ser essencial e não acidental à democracia e que se faz naturalmente presente na deliberação e não na jurisdição³²⁰.

Se as pessoas divergem profundamente sobre os critérios de justiça é insuficiente teorizar apenas sobre a melhor decisão a ser tomada. É preciso refletir igualmente sobre a melhor forma de se chegar à decisão. Com essa inquietação central, Waldron pensa para além de uma teoria sobre direitos, construindo uma teoria sobre a autoridade. O seu foco está em discutir a forma que democraticamente determine como as decisões devem ser feitas em uma comunidade que se autogoverna e discorda sobre direitos³²¹. Afinal, o direito contém uma indissociável relação de autoridade que reside na necessidade de que as pessoas ajam dentro de uma determinada estrutura comum mesmo que elas discordem muito severamente sobre qual é ou deva ser esta estrutura.

Em Waldron, a teoria ideal de direitos é, portanto, aquela que deixa aberto o questionamento das suas próprias bases no âmbito da construção política e constitucional. O funcionamento dessa teoria se dá através da identificação de que proposições, como a da liberdade de expressão, indicam interesses que “são explicados pela sua conexão profunda com outros interesses mais abstratos cuja importância é, em última análise, dada pela teoria e não por figurar em um texto”³²². É nessa perspectiva que Waldron se mostra um defensor intenso da autonomia individual concretizada no direito de participação³²³. Como o exercício de direitos implica capacidade de discernimento e responsabilização, mostrar-se-ia um contrassenso atribuir direitos ao indivíduo comum e, ao mesmo tempo, por desconfiança, tolhê-lo no momento das escolhas relativas a esses mesmos direitos³²⁴. Por isso, uma teoria baseada em direitos não precisa inevitavelmente estar alicerçada nos pilares de uma carta de

³²⁰ Cass R. Sunstein também vê a possibilidade de dissenso como um dos motores da democracia. Cf. Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

³²¹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 213.

³²² *Ibid.*, p. 215.

³²³ *Ibid.*, p. 213.

³²⁴ *Ibid.*, p. 222.

direitos protegida pelo controle judicial de constitucionalidade, ela pode estar amparada na participação e no prestígio às escolhas dos indivíduos. Isso significa que, para esse ponto de vista contido em *Law and Disagreement*, não há uma contraposição tal em que ou se é partidário de uma teoria sobre direitos ou um opositor à existência deles.

O problema das constituições não é, para Waldron, a preocupação com interesses que são efetivamente caros à sociedade, mas o textualismo que passa a ser a pedra de toque nas discussões sobre direitos, o que impede as pessoas de debaterem temas sensíveis nos termos que elas quiserem, sem a barreira do texto³²⁵. Ele lembra ainda uma objeção sempre feita à constitucionalização atinente à dificuldade de mudança e evolução, o que consolida e pereniza certas situações de vantagem social. Quando se constitucionaliza um direito se adota uma postura de desconfiança em relação ao que o legislador ou as gerações futuras poderiam fazer com ele. A sua conclusão é a de que os direitos não devem ser colocados sob o pálio de um determinado procedimento de certificação³²⁶. As posições morais que um indivíduo detém não significam necessariamente direitos legais que devem ser justiciáveis. O maior complicador da instituição de cartas de direitos acaba por ser a diluição da autonomia individual dos titulares dos próprios direitos que se busca manter a salvo.

O controle de constitucionalidade representaria um golpe no pilar estruturante das democracias, aquele que supõe que os cidadãos se autogovernam no campo da política por meio de suas escolhas livres. Em suma, a teoria de Waldron acredita que o desacordo é a grande prova de que as “pessoas levam os direitos a sério”, é na alteridade, na capacidade que cada um tem de respeitar os diferentes pontos de vista, que reside a chave para a tomada de decisões sobre direitos. A essência da política é a convivência entre diferentes e não o acordo imposto, por isso a ele é tão caro depositar na participação do indivíduo a esperança para a defesa dos direitos³²⁷.

Se o dissenso é motor da democracia para Jeremy Waldron e diversas posições razoáveis convivem ao derredor dos temas, é muito clara a sua dificuldade em relação ao controle de constitucionalidade, sobretudo dentro de um formato tradicional³²⁸. O problema é

³²⁵ Ibid., p. 221.

³²⁶ Ibid., p. 219.

³²⁷ Ibid., p. 312.

³²⁸ São, ainda, críticas de Jeremy Waldron ao controle de constitucionalidade a ausência de capacidade de ser um mecanismo que melhore a qualidade da discussão sobre os temas polêmicos, uma vez que o debate sobre se é ou não cabível, por exemplo, o aborto acaba ficando confinado à interpretação semântica ou originalista dos

que no *judicial review* a interpretação razoável do legislador é substituída pela interpretação supostamente razoável do poder judiciário, o que representa homogeneização e uniformidade no lugar do dissenso. E a maior contradição ainda está no fato de que as interpretações dos tribunais tanto não são as únicas razoáveis disponíveis que “são frequentemente alcançadas com dissenso na própria Corte, e tais divergências são abertas por pessoas aparentemente razoáveis”³²⁹.

A constatação de que existem diversas interpretações razoáveis numa sociedade que diverge é o núcleo também do pensamento em torno do controle brando de constitucionalidade. Essa é a proposição fundante do mecanismo: pode haver desacordo razoável sobre o sentido de uma norma constitucional³³⁰. Assim, ainda que não se vá acatar a tese de Waldron no radicalismo da extinção do controle de constitucionalidade é imprescindível que a ela se faça referência enquanto fonte de inspiração da democratização da jurisdição constitucional.

Nada disso é, por certo, uma discussão estranha ao nosso debate contemporâneo sobre ativismo judicial e controle de constitucionalidade. Tanto não estão distantes as controvérsias sobre a supremacia judicial e o controle fraco que 216 parlamentares brasileiros subscreveram a doutrina de Waldron como fundamento para uma emenda à constituição que busca a mitigação de poderes do Supremo Tribunal Federal. E essa constatação de que cresce uma corrente devotada ao anseio de mudar o atual modelo é importante, pois, independentemente de emenda constitucional, existem fórmulas próprias do nosso país que, se lidas e pensadas à luz deste direito constitucional não necessariamente tributário da judicialização total e abstrata, são capazes de melhorar os resultados do controle de constitucionalidade.

4.3. *Supremacia judicial e as formas fracas ou brandas de controle de constitucionalidade*

vocábulos constitucionais e a “perda de democracia quando a visão sobre as condições da democracia é imposta por uma instituição não democrática”, como um corpo de juízes. Ele enfatiza, neste particular, que não há sequer prova de que o controle de constitucionalidade tenha chegado a melhores resultados do que uma outra prática para a história institucional norte-americana. (*Law and Disagreement*, pp. 214-9 e 302).

³²⁹ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, p. 23.

³³⁰ *Ibid.*, p. 26.

A constante substituição da vontade legislativa por interpretações nem sempre “razoáveis” do Supremo Tribunal Federal, tão característica do nosso cenário atual, trouxe como consequência a tentativa de mitigação da preponderância da Corte no controle de constitucionalidade. Por ora, se inicia com força a discussão sobre a possibilidade de instituição de controle de constitucionalidade fraco em nosso país.

Como alternativa à visão clássica de supremacia judicial tem sido contrapostos modelos de controle de constitucionalidade de formatação híbrida. A própria dicotomia entre os modelos norte-americano e europeu não é tão acentuada na prática como se pode supor, contatando-se mesclas de formatos mesmo em nações que comungam da supremacia judicial. Existem países que utilizam o hibridismo pela adoção simultânea dos dois modelos, a exemplo do Brasil, embora Virgílio Afonso da Silva aponte que nosso país não adotou na inteireza nenhum deles³³¹. Por outro lado, na jurisdição constitucional europeia a concentração das decisões em cortes constitucionais não trouxe como consequência a “objetivação” dos processos. A maior parte das questões constitucionais ascende aos tribunais através de incidentes em processos subjetivos, ao estilo do recurso de amparo espanhol e do nosso recurso extraordinário brasileiro³³². Portanto, já na prática atual as sistemáticas de controle concentrado ou difuso não estão em pólos opostos e não comunicantes.

Além dessa mitigação da ideia de que a jurisdição constitucional se manifesta de forma estanque pela adoção fechada quer do formato norte-americano, quer do formato europeu, o poder formal que algumas nações têm atribuído aos seus parlamentos para superar expressamente direitos reconhecidos em decisões judiciais de Cortes Supremas é um tema que incensa a discussão constitucional contemporânea em toda parte como uma opção ao esquema tradicional e à sua “dificuldade contramajoritária”³³³. É daí que surgem as perguntas sobre

³³¹ Virgílio Afonso da Silva afirma que: "O caminho para a concentração não significou um caminho para o modelo europeu. Aquele que imagina que evolução brevemente exposta no parágrafo acima está transformando o Supremo Tribunal Federal em um tribunal constitucional de tipo continental europeu assim o faz porque está preso aos binômios prévio-posterior e difuso-concentrado. (...) O modelo brasileiro pode ser considerado um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus, dada a ausência de unidade decisória e de troca de argumentos". Os ministros acabam decidindo com base em placar final e não na troca de argumentos baseados em razão pública. (*O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, p. 216).

³³² Francisco Fernández Segado aponta que essa é a experiência da Alemanha, Itália, Espanha e Áustria. (*La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*, p. 17).

³³³ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, p. 16.

que se entende, afinal, como controle fraco ou brando e quais são seus eventuais benefícios para a democracia?

Em linhas gerais, Mark Tushnet define controle de constitucionalidade forte como “o sistema no qual as interpretações judiciais da constituição são finais e não revisáveis pelas maiorias legislativas ordinárias”³³⁴. A forma fraca, por outro lado, é aquela que conteria a “previsão de mecanismos para que as pessoas respondam às decisões que eles razoavelmente acreditam estar erradas e que podem ser acionados mais rapidamente que a emenda à constituição ou o processo de alteração do entendimento judicial”³³⁵.

O que aparta os dois modelos essencialmente é o aspecto temporal da resposta que os parlamentos podem dar às cortes. Os sistemas fracos são marcados pela circunstância de permitirem reações ágeis. E, a rigor, o fato de existirem diferentes tipos de controle fraco e mesmo a hipótese de que algumas matérias em sistemas fortes sejam tratadas particularmente em um modelo dialógico evidencia que é muito mais a prática do *judicial review* e não as cláusulas expressas que caracterizam a existência ou não de controle na forma fraca.

Em suma, o equilíbrio entre as duas vertentes transcende a mera inclusão de dispositivos nas constituições. Se, por definição, o controle brando consiste na existência de ferramenta que possibilite uma resposta rápida do parlamento às decisões judiciais, a sua utilização exacerbada pode transformá-lo em uma típica supremacia parlamentar. A sua não utilização, ao revés, faz com que os sistemas fracos pendam para o tradicional controle judicial forte de constitucionalidade, a despeito de haver cláusula em sentido contrário³³⁶. Percebe-se, com isso, que o só fato de constar uma disposição acerca da existência da resolução do Senado Federal ou mesmo nos moldes da proposta da PEC nº. 33/2011 não significa que a prática do controle forte será necessariamente afetada. A experiência mostra que muito dificilmente ela será.

A partir das experiências da Nova Zelândia, Inglaterra e Canadá, Tushnet detalha as variações na forma fraca de controle de constitucionalidade. No caso neozelandês, o controle fraco se manifesta através da cláusula que contém um mandato interpretativo instituído em prol da Suprema Corte, “*the interpretative mandate*”. O Tribunal não possui a prerrogativa de

³³⁴ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong rights*, p. 33.

³³⁵ *Ibid.*, p. 23.

³³⁶ *Ibid.*, p. 25.

declarar uma lei inconstitucional, cabendo-lhe apenas fixar um sentido para a norma que seja coerente com o sistema de direitos e liberdades. A Corte deve buscar uma interpretação que seja protetiva e não restritiva de direitos – esse é o critério orientador, por mais fluido que seja – e não pode cassar a validade da lei quando esse sentido não lhe pareça que possa ser alcançado.

No que tange à Inglaterra, o *Human Rights Act* de 1998 previu a figura da declaração de incompatibilidade entre um determinado ato legislativo e a Convenção Europeia de Direitos Humanos. A declaração de incompatibilidade não afeta a validade da norma em julgamento nem tampouco é vinculante para as partes do processo em que ocorre³³⁷. Ela tão somente gera a expectativa de que o parlamento altere a legislação tida como incompatível e acaba por produzir uma perplexidade endoprocessual, uma vez que, mesmo verificada a incompatibilidade, esta não tem o condão de tornar o beneficiário vencedor no processo. Sob o ponto de vista institucional, a declaração coloca o parlamento na mesma posição delicada e suscetível a desgastes do modelo neozelandês.

Por fim, há o modelo canadense marcado pela “*notwithstanding clause*” ou cláusula “não obstante” e considerado o que mais propicia diálogo entre poderes, tanto que Mark Tushnet o classifica como “*dialogic mode of review*”³³⁸. Segundo a Seção 33 da Carta de Direitos canadense, o parlamento pode declarar a validade de um ato legislativo, por períodos de cinco anos renováveis, não obstante a decisão judicial da Suprema Corte no sentido da incompatibilidade dele com um grande número de dispositivos constitucionais.

A sistemática canadense também contempla o pronunciamento da Suprema Corte anterior a algumas deliberações congressuais³³⁹. Lá, a decisão judicial pode se atrelar ao projeto de lei e com ele passar a compor uma unidade submetida ao debate parlamentar, em um formato que possibilita o aprimoramento do processo democrático, porquanto a legislação pode ser ajustada para evitar uma futura cassação em sede de controle de constitucionalidade repressivo. Por esse mecanismo, o poder judiciário não se impõe como a última palavra castradora da eventual deliberação, mas como um ator na discussão do melhor conteúdo futuro da norma.

³³⁷ Segundo o HRA: “4 Declaration of incompatibility (...) (6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made”.

³³⁸ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, p. 31.

³³⁹ Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79, (2004) 3 S.C.R. 698, 9.12.2004.

Além disso, nessa prévia consulta dentro do processo legislativo, a Corte pode utilizar a prerrogativa de não responder aos questionamentos, por força de duas considerações relevantes. Primeiro, a colisão entre direitos jamais poderia ser analisada em termos abstratos, porque os conflitos só surgem na esfera dos fatos. Eles podem, na verdade, nem surgir. Pela compreensão da Corte canadense, a Carta Constitucional não conteria um rol hierárquico de direitos que flutuam num plano etéreo. A conclusão é de que decisões abstratas banalizam a Constituição e inevitavelmente geram maus julgamentos: “*Charter decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the Charter and inevitably result in illconsidered opinions*”³⁴⁰. Com isso, a sistemática de controle de constitucionalidade gera uma atitude da Corte de não intervenção desnecessária e não centralização, numa perspectiva inversa à brasileira de tratamento abstrato de direitos.

Tirante as peculiaridades de cada forma de controle brando, a nota distintiva do modelo continua sendo a de que, enquanto o controle forte somente permite a revisão de decisões judiciais no longo prazo, sobretudo após emendas e novas leis, o controle brando possibilita essas reações num curto espaço de tempo³⁴¹, ou como descreve Tushnet, permite “diálogos em tempo real”³⁴².

O ponto do maior diálogo institucional é mesmo o grande trunfo democrático apontado em favor do controle fraco de constitucionalidade. Ainda quando as cláusulas que o preveem não são utilizadas, a aposta é a de que elas geram, mesmo indiretamente, maior deferência das Cortes em relação ao parlamento e vice e versa. A intensidade da troca produziria melhores julgamentos e leis reciprocamente.

Segundo Rosalind Dixon, a só previsão do poder de superar decisões judiciais produz esse efeito genérico da maior deferência das Cortes em relação à legislação. Os tribunais não deixam de adotar decisões como se sentissem um constrangimento direto à sua atividade, mas passam a se abrir mais para o jogo interinstitucional, deixam espaços em suas decisões que podem ser complementados por nova atividade legislativa³⁴³. De fato, o

³⁴⁰ É o mesmo risco que Juliano Zaiden Benvindo aponta: “By constructing a general thesis as binding precedent, the STF began to jeopardize the possibility of a greater dialogue among the different legal interpreters – and came close to the activity of legislation, and even of the constituent power”. (*On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, p. 105).

³⁴¹ *Ibid.*, p. 34.

³⁴² *Ibid.*, p. 36.

³⁴³ Rosalind Dixon expõe, portanto, que o mecanismo canadense de controle fraco acaba tornar a Corte e o parlamento propensos ao diálogo, não por ser usada a cláusula não obstante, mas por se entronizar a cultura de

parlamento quando reage às decisões o faz muito mais por mecanismos ordinários e informais de edição de nova legislação do que pelas cláusulas especiais. Assim, os países com controle fraco instituído tendem a propiciar maior diálogo institucional não necessariamente pelos mecanismos de superação direta e expressa das decisões, como se poderia esperar, mas pela contenção e jurisdição dialogada. O caráter incisivo das cláusulas de *legislative override* acaba por torná-las uma espécie de ato de “gritar para vencer uma discussão”³⁴⁴. O que delas se extrai é muito mais um determinado tipo de postura dos atores do controle de constitucionalidade do que grandes atos de hostilidade de parte a parte.

O defeito estrutural apontado quanto ao controle fraco é o de que ele oferece um meio para que o parlamento possa fazer prevalecer uma interpretação não razoável da Constituição³⁴⁵. Além disso, os tribunais se veem numa encruzilhada se não encontram no texto da lei sentido que possa ser constitucional. Quando o próprio parlamento discorda da interpretação fixada, fica ele na delicada posição de prosseguir na aplicação inconstitucional ou ainda com a obrigação de editar um novo ato que, desta vez, explicita o sentido que efetivamente se pretende atingir³⁴⁶. Em ambas as hipóteses, mesmo nesta forma extremamente suave de *judicial review*, há ônus político para o parlamento quando não acata o sentido previsto pela decisão judicial para o direito posto em julgamento.

Também se pode opor que não é sempre perfeita ou completa a interação entre poderes pelo só fato de existir a cláusula de controle fraco, pois, mesmo nessa modalidade, uma comunicação aprimorada exigiria que as cortes respondessem à obstrução da legislatura ou que os parlamentos fixassem sentidos a respeito dos direitos reconhecidos nas decisões judiciais, o que não ocorre. Por isso, uma cláusula nos moldes da “*notwithstanding clause*”

mútua consideração entre os poderes. É o que ocorreu, por exemplo, no caso *Seaboyer*. Nessa oportunidade, a Corte canadense derrubou alguns dispositivos do Código Criminal relativos ao crime de estupro, ao que o Parlamento reagiu limitando a discricionariedade judicial a ser utilizada quando se fosse interpretar o dispositivo. Por fim, a Corte aceitou a constitucionalidade da nova disposição legislativa. (*Weak Form Judicial Review and American Exceptionalism*, University of Chicago, Public Law And Legal Theory Working Paper No. 348, May 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1833743>, acesso em 01.03.2013, p. 15).

³⁴⁴ A comparação é de Mark Tushnet. (*Weak Courts, Strong Rights*, p. 53).

³⁴⁵ Em relação a esse problema, Mark Tushnet aponta que somente a análise empírica pode determinar se o controle fraco traz prejuízos a um tipo de sociedade. Ele lembra que é raro que as legislaturas editem atos que não admitem nenhuma interpretação constitucional razoável e, de outra parte, as Cortes muito frequentemente cassam interpretações razoáveis do legislativo, interferindo no autogoverno dos cidadãos. (*Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties*, Harvard Law Review, n. 41, 2006, p. 10).

³⁴⁶ São as difíceis situações enfrentadas pelo parlamento nesse diálogo que Tushnet detalha: “What can the majority do? As far as it is concerned, the statute it already enacted was perfectly fine. Should it simply reenact the same stature, adding provisions that say in effect “This time we really mean it”. (*Weak Courts, Strong Rights*, p. 27).

não tem como consequência necessária e direta a troca quanto ao sentido a ser especificamente atribuído a um determinado direito.

Portanto, além de não ser a forma que detém, por assim dizer, o “monopólio” do diálogo, o controle brando de constitucionalidade não é um remédio para todos os males da jurisdição constitucional, já que acarreta uma série de custos políticos ao poder legislativo, que, na prática, acabam por minorar o seu uso e, em consequência, o alcance dos seus benefícios dialógicos. Ele não extingue os problemas de legitimidade para todas as situações, apenas os atenua. E, por outro lado, não se pode dizer que o controle forte de constitucionalidade seja necessariamente uma sistemática estanque e infensa à comunicação de todo gênero. Mesmo um autor como Mark Tushnet que não defende a supremacia judicial reconhece haver uma comunicação permanente também nessa forma de controle. Apenas ocorre que o diálogo se processa de forma contínua e em maior período de tempo.

É um fator de instabilidade e da reduzida aplicação do controle fraco, mesmo onde ele encontra respaldo institucional, a popularidade do discurso de direitos e a sensação, detectada por Tushnet, de que muitas vezes as pessoas, de fato, acreditam que existe uma resposta certa para os problemas e não múltiplas interpretações razoáveis. As Cortes fixam sentidos a respeito de determinados direitos e, após a explicitação de que um direito se aplica a uma situação, torna-se difícil e custosa a sua negativa ao indivíduo. Tanto é assim que, no Canadá, não houve uso da Seção 33 pelo governo federal e o uso provincial é muito reduzido³⁴⁷. Pelo alto custo político³⁴⁸, muito maior do que o da edição de uma nova lei ou ato normativo, Tushnet identifica que os parlamentos tendem a se curvar às interpretações

³⁴⁷ Rosalind Dixon elucida que dificilmente a Seção 33 da Carta canadense de direitos será um mecanismo rotineiro de diálogo institucional. Por isso, o grande efeito da cláusula e do tipo de controle diferenciado que fomenta é a atitude de deferência: “First, it is unrealistic to regard section 33 as a routine vehicle for dialogue, given both its history and structure. Rather, section 33 should be understood as a valuable incentive for (and a textual confirmation of the desirability of) the SCC engaging in ex post deference or narrow statement of this kind”. (*The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper nº. 284, 2009, disponível em: <http://www.law.uchicago.edu>, acesso em: 02.04.2013, p. 4).

³⁴⁸ Cf. José Guilherme Berman: “O instituto foi imaginado pelos constituintes canadenses como algo que teria um alto custo político se utilizado, o que deveria levar a uma aplicação moderada. A província de Manitoba, por exemplo, declarou que jamais faria uso do mesmo⁴¹. De fato, o instituto foi utilizado poucas vezes, e, após sua aplicação em uma polêmica atitude do governo de Québec, passou a ter sua legitimidade bastante questionada pela doutrina”. *Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade*?. (In: DPU Nº 32 – Mar-Abr/2010 – Estudos Jurídicos).

judiciais nos países que instituíram controle fraco ou brando³⁴⁹. Esses sistemas acabam em processo de transição para o controle de constitucionalidade de índole forte.

Enfim, não é tão “dramática” a distinção entre as duas formas de controle de constitucionalidade³⁵⁰. Se os países que possuem cláusulas de controle brando não as usam com a frequência que poderia caracterizar essa fórmula e os países marcados pelo controle forte possuem histórico de reação parlamentar a determinadas decisões das Cortes, talvez a vala que separa os dois modelos de *judicial review* seja muito mais estreita do que se imagina, o que não significa que não existam importantes contribuições a serem extraídas da experiência de países que buscaram caminhos alternativos ao da supremacia judicial.

Contudo, as experiências com o controle fraco de constitucionalidade, ainda que com algumas instabilidades e fragilidades, servem para demonstrar que a supremacia judicial não é inerente a toda e qualquer forma de *judicial review*, nem quando ela parece óbvia e inafastável, como no caso da Constituição norte-americana³⁵¹.

De tudo isso se conclui que a revisão judicial na forma fraca tende a migrar em direção aos sistemas fortes. Acima de tudo, o que dela se pode aproveitar para a nossa prática, além da hipótese teórica de que a resolução do Senado Federal seja vista como um canal de *legislative override*, é a postura de comedimento e respeito ao âmbito deliberativo, bem como o fomento ao diálogo rápido e contínuo entre os poderes. Por certo, não há definição *a priori* de uma modalidade de jurisdição constitucional necessariamente melhor do que a outra³⁵². É a história de cada país que determina qual a forma mais democrática e exitosa de controle de constitucionalidade e inclusive não se exclui a possibilidade de mais de uma sistemática a ser utilizada conforme a matéria posta em apreciação.

Se o controle fraco de constitucionalidade, previsto exclusivamente em dispositivos formais, não é a única saída para o problema da supremacia judicial exacerbada e do

³⁴⁹ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, p. 47.

³⁵⁰ *Ibid.*, 27.

³⁵¹ Tushnet acredita que a própria definição do *design* do controle de constitucionalidade é uma questão interpretativa que não é simples de se resolver. Ele toma como exemplo o fato de que Thomas Jefferson tinha uma visão do poder judiciário e da atuação do *judicial review* muito mais próxima do que hoje se entende como a modalidade fraca de controle e não o contrário³⁵¹. Não é certo, para ele, que os fundadores da república norte-americana concordariam com a forma que o controle de constitucionalidade foi adotando ao longo do tempo. Portanto, a supremacia judicial não é um elemento necessário no constitucionalismo norte-americano e o seu desenho mais levaria em conta as tradições e precedentes arraigados na prática política do país do que a letra da Constituição propriamente. (Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, p. 16).

³⁵² *Ibid.*, p. 66.

consequente ativismo judicial que esta pode acarretar, ele é uma interessante alternativa de aperfeiçoamento e abrandamento do próprio modelo forte. No Brasil, o tema vem sendo discutido no bojo da PEC nº. 33/2011. Nela estão sendo expostas as bases conceituais desta opção e os reflexos que ela pode causar na nossa democracia. O só fato de se propor uma emenda que limita os poderes do Supremo Tribunal Federal é um fato político que chama atenção para as práticas da Corte. Se o momento for aproveitado para reflexão crítica - como deveria ser - será uma ponte de ouro para melhorá-las.

4.4. Controle fraco de constitucionalidade no Brasil: precisamos da emenda constitucional nº. 33/2011?

“É tarefa simples enumerar os casos de explícito ativismo judicial. Difícil é mencionar exemplos de autocontenção de nossa Corte Suprema”³⁵³. Com essa provocação, o Deputado Federal Nazareno Fonteles do PT do Piauí justifica a proposta de emenda constitucional de sua autoria nº. 33 de 2011 que pretende, dentre outras coisas, aumentar para quatro quintos o *quorum* para declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais e submeter à aprovação do congresso as súmulas vinculantes e as decisões em ação direta de inconstitucionalidade. Nesse último caso, na hipótese de discordância do parlamento, o tema seria objeto de consulta popular³⁵⁴.

³⁵³ É o que consta na justificativa da PEC nº. 33/2011, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>, acesso em 13.06.2012.

³⁵⁴ Pela proposta, os dispositivos constitucionais passarão a contar com a seguinte redação: “Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público”. “Art. 103-A (...) §4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. §5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita”. “Art. 102. (...) § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal”.

O Deputado fundamenta a necessidade de reforma da Constituição no fato de que o Supremo Tribunal Federal teria se tornado uma Corte de viés excessivamente ativista, porquanto, sobretudo após a edição da emenda nº. 45/2004, “a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do legislativo para o judiciário. Disso são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras”. Além da judicialização das questões e da postura intervencionista, para Fonteles, o Supremo Tribunal Federal estaria decidindo os temas da vida política sem a devida consistência, muitas vezes em bases fluidas e “panprincipiológicas”, o que agravaria uma situação institucional já ruim pela utilização de mecanismos maximizadores da sua autoridade, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral.

O lastro teórico para se implementar aqui uma forma mais fraca de *judicial review* Fonteles encontra em Jeremy Waldron e Mark Tushnet que, no seu entender, questionariam “(...) o monopólio do Judiciário em dizer a última palavra sobre a Constituição. Para Waldron, os tribunais também tomariam decisões baseadas em regras de maioria, sendo, portanto, tão arbitrárias (no sentido de imprevisíveis) quanto aquelas determinadas pelo Legislativo, não possuindo as qualidades decorrentes da legitimidade democrática”³⁵⁵.

Em que pese o Deputado Fonteles compor a ala evangélica do parlamento brasileiro e muito se atribuir a reação da proposta de emenda aos recentes julgamentos do STF atinentes à possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo e de aborto de fetos anencéfalos, a iniciativa não pode ser vista fora de contexto, como um ato isolado ou um protesto religioso. Para que se desse tramitação à proposta, ela contou validamente com a assinatura de 216 congressistas e já foi aprovada, com uma alteração supressiva apenas, pelo primeiro relator da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), Deputado Espiridião Amin.

O relatório de Amin afirma textualmente que o país se acha em um momento de ativismo e que o *self restraint* do STF não tem dado conta de manter a Corte no espectro de poder que efetivamente lhe cabe. Exortando o Congresso Nacional a recuperar a sua importância na decisão dos temas políticos, o relator então propôs apenas uma alteração supressiva à proposta de emenda. Permaneceria no documento a ideia de submissão das súmulas vinculantes ao Congresso Nacional, bem como a majoração do *quorum* necessário à

³⁵⁵ Cf. Justificativa da PEC nº. 33/2011, p. 5.

declaração de inconstitucionalidade, findando extirpado, por outro lado, o dispositivo inspirado no modelo canadense que exigia que as decisões de decretação de inconstitucionalidade fossem postas ao crivo do Congresso Nacional.

Está em discussão no parlamento uma alteração substancial do controle de constitucionalidade brasileiro, o que é, em tese, possível se considerarmos a ausência de definições aculturais, atemporais e incontestes de modelos de jurisdição constitucional. Existe uma plêiade de formatos que funcionam para diferentes tipos de sociedades³⁵⁶.

Jeremy Waldron é um dos paradigmas citados na PEC nº 33/2011 para que se justifique a tentativa de redução de poderes do Supremo Tribunal Federal. A menção, de fato, não é despropositada. A influência que esse autor representa para a reconstrução do valor da legislação e do parlamento não pode ser ignorada por quem estuda as possibilidades e críticas à prática do controle de constitucionalidade.

Porém, mesmo que a jurisdição constitucional não seja atada a modelos rígidos, o propósito da PEC nº. 33/2011 de instituir no Brasil um diferente modelo de controle de constitucionalidade que exorbite a ortodoxia da declaração repressiva como palavra final na resolução das questões tem sido encarado como um retrocesso e não tem sido relacionado com a teoria do controle fraco de constitucionalidade³⁵⁷.

A reticência em relação à ideia de diminuição dos poderes do STF primeiro deriva de uma correlação direta entre o funcionamento da democracia constitucional e a supremacia judicial, como se uma não pudesse existir sem a outra, bem como da circunstância de que o projeto se originou de uma reação conservadora da bancada evangélica à decisão da Corte quanto às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo (ADI nº. 4.277/RJ)³⁵⁸.

Esse é o tom dos opositoristas da emenda dentro do próprio Congresso Nacional. O Deputado Paes Landim (PTB-PI) apresentou voto em separado no sentido da

³⁵⁶ Jeremy Waldron, *The Core Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. 2006, p. 1355-9.

³⁵⁷ Nesse sentido têm se manifestado os sites e blogs jurídicos que antecipam e debatem as mudanças legislativas, cf.: Fábio Lima Quintas, “*O Poder do legislador para sustar decisões do Supremo*”. Disponível: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/poder-do-legislador-para-sustar-decisoes-do-supremo>, acesso em 03.03.2013; Leon Barbosa, “*PEC Evangélica, PEC nº. 33/2011*”. Disponível em: <http://controleconstitucional.blogspot.com.br/2011/07/pec-evangelica-pec-32011.html>, acesso em 03.03.2013; Oswaldo Poll Costa, “*O espírito (antidemocrático) da PEC Nº 33/2011: uma questão de validade e não de vigência*”. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>, acesso em 03.03.2013.

³⁵⁸ Leon Barbosa, “*PEC Evangélica, PEC nº. 33/2011*”. <http://controleconstitucional.blogspot.com.br>, acesso em 03.03.2013.

inadmissibilidade da proposta, no qual invocou a doutrina tributária da supremacia judicial no Brasil. Sua linha é a de que, com a Constituição de 1988, enfraqueceu-se o controle difuso de constitucionalidade, sendo ampliados os poderes do Supremo Tribunal Federal. Citando Lenio Luiz Streck e Luís Roberto Barroso, Landim enfatiza que, segundo o art. 102 da Constituição, ao STF cabe a “guarda da Constituição”, o que impediria a ingerência também no poder de edição de súmulas vinculantes. A proposta, para ele, “apenas reduziria o Poder Judiciário a um Poder sem poder” e “se tivesse algum fundamento o argumento de que a submissão de atos do Judiciário poderia contribuir para o diálogo e a harmonia entre os Poderes, e preservar a separação entre eles, bastaria então aplicar a mesma sistemática ao Poder Legislativo e Executivo, submetendo todos os atos e as normas a serem criadas ao plebiscito e ao referendo popular”³⁵⁹.

Outro voto apartado na linha da preponderância do STF é o do Deputado Vieira da Cunha (PDT-RS). Os seus referenciais são Hans Kelsen e Luigi Ferrajoli³⁶⁰. A razão por ele primordialmente invocada para a rejeição da proposta é de cunho substancialista. A legitimidade da jurisdição constitucional adviria “unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais”³⁶¹.

Outra objeção é a de que a emenda constitucional traduz uma reminiscência histórica da Constituição de 1937^{362 363} e uma afronta à separação de poderes tal qual delineada na Constituição atual. Paulo Gustavo Gonet Branco prega que o Brasil já teve um mecanismo formalmente semelhante ao da “*notwithstanding clause*” canadense e que qualquer medida que lembre o antigo dispositivo consagrador da possibilidade de o Presidente da República submeter novamente ao parlamento uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal violaria a cláusula pétrea de separação de poderes no Brasil³⁶⁴.

³⁵⁹ Voto de 04.04.2013, disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>, acesso em 09.04.2013.

³⁶⁰ As obras especificamente citadas pelo Deputado Vieira da Cunha são: Hans Kelsen. *Jurisdição constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003; e Luigi Ferrajoli. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, pp.101-2.

³⁶¹ Voto de 09.04.2013, disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>, acesso em 09.04.2013.

³⁶² Segundo o art. 96 da Carta de 1937: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

³⁶³ Nesse sentido ainda o voto do Deputado Vieira da Cunha (PDT-RS) no processo da PEC nº. 33/2011.

³⁶⁴ Na comparação de Paulo Gustavo Gonet Branco: “Vale, para dilargar o domínio do assunto, expor a experiência do diálogo da jurisdição constitucional com o Parlamento no Canadá e o ensaio formalmente

Esta receptividade negativa à emenda se assenta, portanto, em argumentos que não fogem do padrão do nosso discurso, marcado pelo desprestígio com que é tratado o Congresso Nacional em comparação com a crença devotada no STF como melhor ator para a definição de questões político-constitucionais³⁶⁵.

Quanto ao primeiro tipo de crítica no sentido de que o Brasil deve estar atrelado a um sistema institucional de necessária demarcação judicial de direitos, para quem cogita a possibilidade de experimentação institucional e de que, na linha adotada por Jeremy Waldron, decisões democráticas são mais bem tomadas por grupos democráticos³⁶⁶, a proposta do Deputado Nazareno Fonteles não pode ser refutada de plano. Não haveria um *a priori* contra ela, podendo-se cogitar a aceitação de alguns de seus pontos que não afrontem a independência do ofício de julgar, como o do exercício de controle sobre as súmulas vinculantes. O controle fraco de constitucionalidade não é incompatível com a democracia constitucional e é possível ainda haver matérias a ele sujeitas num sistema de controle forte³⁶⁷.

O ponto da separação de poderes foi devidamente enfrentado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Um dos relatores, o Deputado João Campos (PSDB-GO), expressamente refutou a violação à cláusula pétrea de independência do poder judiciário sob a alegação de que, no caso de necessidade de aprovação da súmula vinculante pelo Congresso Nacional, não se trata de ato jurisdicional típico, ou seja, não estaria o parlamento se imiscuindo no conteúdo da decisão³⁶⁸.

O argumento de que a submissão da corte ao parlamento também resvalaria no quadro autoritário de 1937 soa forçado quando se analisa o contexto histórico das duas

semelhante a que o Brasil se submeteu sob a Constituição de 1937. É interessante notar que semelhante solução modifica, no seu cerne, o desenho básico convivência entre os poderes fixado, no Brasil, pelo Constituinte de 1988 – a sua eventual adoção, na ordem vigente, enfrentaria, pois, cláusula pétrea”. (*Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937*, Revista DPU Nº 31 – Jan-Fev/2010).

³⁶⁵ O recrudescimento do ativismo judicial e do discurso de direitos associado à retórica neoconstitucionalista no Brasil foi objeto do capítulo II. Sobre as críticas ao Congresso Nacional, ver Luís Roberto Barroso, *Brazil's unbalanced democracy: presidential hegemony, legislative fragility and the rise of judicial power*. Conferência ministrada na Universidade de Yale, em 14.2.2011.

³⁶⁶ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 9.

³⁶⁷ A tese é de Mark Tushnet. Cf. *Weak-form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*. Hein Online. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, n. 41, ed. rev. 22.2006.

³⁶⁸ Para o Deputado João Campos, “Esse instituto (súmula vinculante) não tem natureza jurisdicional, vale dizer, não é ato judicial típico, o que afasta a ofensa ao princípio da separação dos Poderes”. O inteiro teor do parecer do Deputado João Campos se encontra disponível em: <http://www.camara.gov.br>, acesso em 05.04.2013.

propostas e o conceito de controle fraco de constitucionalidade. A existência deste último não é uma tônica de regimes autoritários. Ao contrário, tais governos costumam coexistir com a aparência de regime constitucional formalmente baseado na supremacia judicial. Assim foi no Brasil quando da ascensão de regimes não democráticos. Além disso, em 1937, a ideia era a de que o Presidente poderia questionar a decisão judicial a partir de vagas premissas e cláusulas abertas cujas expressões são características do autoritarismo, como a discricionariedade de atuação em prol do “bem estar do povo” e da “defesa nacional”. Não é esse o sentido dos regimes híbridos de controle de constitucionalidade inclusive pelo percurso histórico inverso que os caracteriza. Eles saíram da realidade de supremacia parlamentar para uma busca pela sua atenuação e não da tentativa de regimes autoritários de redução do poder dos tribunais.

O que a proposta de Emenda à Constituição nº. 33/2011³⁶⁹ contém são problemas já externados em relação aos mecanismos de controle fraco em geral, concernentes à dificuldade em si de criação de uma jurisdição constitucional efetivamente dialogada e mais democrática. Tal resultado é diluído mesmo nos países cuja tradição é a da supremacia parlamentar e, no Brasil, a resolução do Senado Federal, que representa a atual forma de conversa entre Corte e parlamento no controle de constitucionalidade, embora continue sendo utilizada, não o é na intensidade e velocidade que seriam necessárias para a caracterização de um controle fraco ou híbrido.

O controle fraco de constitucionalidade é um arranjo que, mesmo quando previsto nas Constituições, depende de uma sólida cultura institucional para ser exercitado e não ser rapidamente absorvido pela sistemática forte³⁷⁰. Isso significa que o só fato de estar escrita a cláusula que permite a superação de decisões das Cortes constitucionais não implica que este poder seja concretizado. Ora, é própria dos parlamentos a atitude de evitar desgastes políticos, mesmo que em relação aos tribunais, afinal as cláusulas que revertem decisões judiciais,

³⁶⁹ O dispositivo da proposta de emenda nº. 33/2011 diz que: “As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular”.

³⁷⁰ Mark Tushnet inclusive acredita que, pelos pressupostos do controle fraco, estruturalmente ele sempre vai pender entre a supremacia parlamentar (quando muito utilizado ou a supremacia judicial (quando não utilizado), apostando mais na segunda opção, dados os custos políticos da superação de direitos pelo parlamento. (*Weak-form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*. Hein Online. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, n. 41, ed. ver. 22.2006, p.20).

quando acionadas, o são em relação a temas controversos e de grande impacto na opinião pública.

No caso particular brasileiro, a dificuldade natural do controle fraco de constitucionalidade é agravada pelo fato de o Congresso Nacional não ser dado a rompantes, movendo-se de forma morosa por consensos de bancadas. A agenda parlamentar é ainda difusa e fortemente comandada pelo poder executivo com a sua grande base parlamentar, formada num arranjo denominado pela ciência política de “presidencialismo de coalizão”³⁷¹. Por isso, o espelho da resolução do Senado Federal é indicativo de que, na prática, os mecanismos de controle fraco contidos na PEC nº. 33/2011 tendem a não ser utilizados com a frequência que poderia alterar o panorama da nossa jurisdição constitucional. Pesa a tradição de um país com mais de cem anos de controle forte de constitucionalidade, mesmo que, quanto a isso, se possa levantar a hipótese de exercício de controle fraco exclusivamente para determinados temas³⁷².

De outra parte, a proposta é criticável na sua origem enquanto reação a específicas decisões liberais do STF, o que talvez mostre o seu caráter mais de um ato político com fim em si mesmo, uma mensagem à Corte, do que um efetivo passo para gerar mudança qualitativa no controle de constitucionalidade e propiciar reações parlamentares no curto prazo. O cenário mais provável é o de uma alteração textual sem capacidade de se mostrar efetiva quanto aos seus propósitos anunciados e, mais do que isso, uma proposta tendente a gerar conflito institucional, caso a própria emenda seja declarada inconstitucional pelo STF. Ao cabo, considerando o alcance dos atuais poderes do Tribunal, dificilmente a emenda conseguiria subverter uma cultura arraigada de supremacia judicial.

A medida peca sobretudo por ser desnecessária. Existem outros mecanismos que podem ensejar a maior democratização do nosso controle de constitucionalidade, independentemente de emenda constitucional. O fortalecimento do controle difuso de constitucionalidade e dos seus institutos pode oferecer uma alternativa para a nossa jurisdição constitucional, sem tantos custos políticos para o Congresso Nacional e com a vantagem

³⁷¹ José Álvaro Moisés, *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*, (organizado por: José Álvaro Moisés). Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, pp. 8-13.

³⁷² É o que Mark Tushnet defende como hipótese cabível para o modelo norte-americano. (Cf. *Weak-form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*, Hein Online, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, n. 41, ed. rev, 2006).

adicional de que a mudança passe a se consolidar enquanto prática institucional e não ato de imposição e hostilidade entre os poderes.

Embora o controle fraco de constitucionalidade não seja necessariamente a saída ideal para países como o Brasil, nem tampouco a única saída para o problema da supremacia judicial exacerbada e para a necessidade de convivência no desacordo político, a cultura institucional de diálogo, por meios formais ou informais – tais como a própria edição de uma nova lei em contrariedade àquela derrubada pelas Cortes – não precisa se associar a propostas como a da PEC nº. 33/2011, podendo acontecer a partir de uma nova atitude das Cortes em relação ao controle de constitucionalidade que já possuímos.

4.5. A resignificação da resolução do Senado Federal como reação à tese de “objetivação” do controle difuso

O resgate do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, do limbo em que ora se encontra, ou seja, da situação de não estar nem revogado, nem prestigiado, é um processo que pode ter como saídas teóricas a reafirmação do seu caráter político em oposição à tese da sua natureza de ato burocrático de publicidade e a sua associação às teorias que propõem abrandamento da supremacia judicial no controle de constitucionalidade. São duas facetas cabíveis para a resolução senatorial: ela é capaz simbolizar um ato político pontual de rejeição a determinada decisão ou pode auxiliar como elemento indutor de diálogo, tomando parte nos fluxos que caracterizam os sistemas fracos de jurisdição constitucional.

Desde os debates das assembleias constituintes de 1934 e 1946 até a construção da jurisprudência hoje existente sobre o assunto, a trajetória histórica da resolução afirma o seu caráter de ato marcado pela discricionariedade política³⁷³. O desenho normativo do art. 52, X, da Constituição Federal não é indicativo de que o instituto ali contido se trata apenas de um instrumento de processual, haja vista a sua expressa função de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. O confinamento da resolução ao papel de ato de vinculação de precedentes e ao de

³⁷³ Esse percurso histórico foi objeto do capítulo 1.

mero ato de publicidade não se casa com o panorama pregresso e com a proposta da Constituição de 1988, o que é relevante guardar como vetor de orientação, ainda que não se vá definir modelo de jurisdição constitucional com base em interpretações literais.

Primeiro, se a resolução tivesse sido pensada exclusivamente como forma de conferir eficácia *erga omnes* aos julgamentos, desde a Constituição Federal de 1934, o dispositivo que a prevê trataria expressamente desta circunstância, na linha do que hoje é previsto no art. 103 da Carta de 1988 em relação à ação direta de inconstitucionalidade e à súmula vinculante. Contudo, embora um dos propósitos da resolução efetivamente estivesse atrelado à atribuição de efeitos gerais, esse sistema de vinculação não foi instituído desde então. O *stare decisis* não é uma sistemática que depende da intervenção do poder legislativo no controle de constitucionalidade para existir, tanto que, em outros países, ela decorre de cultura judiciária e não de previsões legais. Nunca foi, portanto, necessária a resolução do Senado Federal para que as decisões do STF passassem a constituir jurisprudência para as demais Cortes e juízes. Isso deveria ser uma decorrência do próprio comportamento do Tribunal enquanto Corte constitucional e do respeito a ele devido pelos magistrados brasileiros, isto é, trata-se de algo que mais deve partir da postura dos julgadores do que de dispositivos constitucionais³⁷⁴.

O Ministro Joaquim Barbosa chama atenção para este aspecto em seu voto proferido na Reclamação nº. 4.335/AC: “Primeiro, as próprias circunstâncias do caso concreto são esclarecedoras. O que suscita o interesse da reclamante não é a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal. O que motiva é a infeliz recalcitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é o do art. 52, X, da Constituição, mas do juiz que exerce a autoridade reclamada – portanto, do próprio Poder Judiciário”. Ele lembra ainda que, com a instituição da repercussão

³⁷⁴ Embora hoje existam diversos instrumentos de vinculação, o Supremo Tribunal Federal é uma Corte que não titubeia em alterar os seus precedentes e que diverge de precedentes em vigor nos seus julgamentos, ignorando-os. Esse tipo de situação corriqueira desacredita o sistema de vinculação e não permite que se alastre uma cultura judicial de segurança jurídica pela fulminação das suas premissas básicas: coerência e confiabilidade. A título de exemplo, cito julgamento criminal sobre a incidência da causa de aumento da pena de uso de arma de fogo no crime de roubo. Para definir se o crime de roubo somente teria a sua pena aumentada se a arma fosse a apreendida e periciada, o STF teve diversas idas e vindas. Em 19.02.2009, o pleno decidiu que não era necessária a perícia (HC nº. 96099/RS), porém, em março do mesmo ano, após o precedente, continuaram sendo editadas decisões divergentes pela 2ª Turma da Corte (HC nº. 96865). De igual modo, no julgamento da AP nº. 470/MG, a acusação recorrente da defesa dos réus do caso do “Mensalão” foi a de injustificada alteração na jurisprudência do Tribunal. No ponto, confira-se reportagem do site “Consultor Jurídico”: <http://www.conjur.com.br/2012-set-01/criminalistas-avaliam-mudancas-jurisprudencia-processo-mensalao>, acessado em 10.04.2013.

geral no recurso extraordinário, a vinculação pretendida pelo STF deve se processar pelo canal das súmulas vinculantes.

Por isso, reduzir todas as funções pensadas para a resolução do Senado Federal na ideia de que ela é um mecanismo de vinculação e de atribuição de efeito *erga omnes* é menosprezar as possibilidades de significados do dispositivo constitucional e o sentido da reforma empreendida pela emenda n.º 45, de 2004. Tal posicionamento, de outra parte, equivale a menosprezar a magnitude dos debates constituintes que, desde 1934, foram expressos no sentido do seu viés político³⁷⁵.

Em segundo lugar, consoante abordei no primeiro e terceiro capítulos, a hipótese de a resolução do Senado Federal configurar mero ato de publicidade é uma decorrência direta das já referidas interpretações jurisprudenciais marcadas pela tese de “mutação constitucional” e não um reclame constitucional ou um projeto dos constituintes que a instituíram.

Mas não basta proclamar uma natureza política, é preciso que ela seja exercitada e, no caso da resolução, ela o foi no passado e tem sido no presente. Já houve oportunidade em que o Senado Federal negou a suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF³⁷⁶, demonstrando que o ato serve para significar uma discordância política em relação ao julgamento, uma constrição de poder. A raridade do acontecimento ao longo da história da resolução evidencia que, na ótica do Congresso brasileiro, ela não tende a transformar o nosso controle de constitucionalidade em um sistema fraco, nem tampouco a própria emenda constitucional n.º 33/2011 teria caminho fácil para alcançar tal fim. Porém, se a resolução sempre foi considerada um ato político pelo próprio STF e se o parlamento já fez uso dela como tal, perde muito do sentido a interpretação que se posiciona contrariamente, sobretudo se ela não se presta aos fins de maximizar o acesso e a democratização da jurisdição constitucional.

³⁷⁵ Ana Valdez Ayres Neves de Alencar, *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, p. 264.

³⁷⁶ Cf. Luís Roberto Barroso: “Há, contudo, precedente de não-suspensão: no caso do art. 9º da Lei nº 7.689/1988, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Referido dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada incidentalmente no RE 150.764-PE, por maioria apertada. O Senado Federal foi comunicado da decisão em ofício de 16 de abril de 1993. A matéria foi apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça, que se manifestou pela não suspensão da norma, em parecer terminativo de 28 de outubro de 1993. Não houve recurso contra essa decisão, que se tornou definitiva em 5 de novembro de 1993, tendo sido comunicada à Presidência da República e ao Presidente do STF no dia 18 do mesmo mês”. (*O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 129).

São vitais para a democracia mecanismos de reação e diálogo entre os poderes. Em momentos históricos do constitucionalismo, o poder executivo reagiu politicamente à imposição de vontade da jurisdição constitucional. Nos Estados Unidos, país cuja tradição jurídica é marcada pelo respeito e vinculação aos precedentes, o então Presidente Abraham Lincoln, referindo-se ao julgamento *Dred Scott v. Sandford*³⁷⁷, defendeu que tal efeito de autoridade vinculante da decisão não deveria ser observado quando ela se mostrasse claramente equivocada^{378 379}.

Ele sustentou que se pode fazer o juízo político de que a decisão da Corte não deve ser uma regra política geral. Para Lincoln, a decisão de *Dred Scott v. Sandford* não poderia se tornar uma regra irrestrita, afinal se baseava em premissas históricas errôneas e fora adotada por uma Corte dividida e tendenciosa. Como os requisitos não teriam sido atendidos, parte da decisão não foi considerada por ele como vinculante. O caso não deveria ser um paradigma para o parlamento, para o Presidente e nem mesmo para a própria Corte.

A saída encontrada por Lincoln para que *Dred Scott v. Sandford* não engessasse o processo abolicionista lembra a nossa fórmula brasileira da resolução do Senado Federal quando se pauta no raciocínio de que ainda que a Corte tenha errado no julgamento, a decisão

³⁷⁷ O julgamento da Suprema Corte norte-americana no caso *Dred Scott v. Sandford* de 1857 assentou que os negros não gozavam do *status* de cidadãos e, por isso, não poderiam demandar em cortes federais e que a União não poderia regulamentar a escravidão em estados ou territórios incorporados após a criação dos Estados Unidos.

³⁷⁸ O trecho do discurso de Lincoln que, em particular, trata do equívoco da decisão assim está expresso: “We believe, as much as Judge Douglas, (perhaps more) in obedience to, and respect for the judicial department of government. We think its decisions on Constitutional questions, when fully settled, should control, not only the particular cases decided, but the general policy of the country, subject to be disturbed only by amendments of the Constitution as provided in that instrument itself. More than this would be revolution. But we think the *Dred Scott* decision is erroneous. We know the court that made it, has often over-ruled its own decisions, and we shall do what we can to have it to over-rule this. We offer no resistance to it. Judicial decisions are of greater or less authority as precedents, according to circumstances. That this should be so, accords both with common sense, and the customary understanding of the legal profession. If this important decision had been made by the unanimous concurrence of the judges, and without any apparent partisan bias, and in accordance with legal public expectation, and with the steady practice of the departments throughout our history, and had been in no part, based on assumed historical facts which are not really true; or, if wanting in some of these, it had been before the court more than once, and had there been affirmed and re-affirmed through a course of years, it then might be, perhaps would be, factious, nay, even revolutionary, to not acquiesce in it as a precedent”. (Pronunciamento disponível em: <http://www.freemaninstitute.com/lincoln.htm>, acesso em 04.04.2013).

³⁷⁹ A associação entre a quebra de supremacia judicial e o fato de Abraham Lincoln ter ignorado o precedente de *Dred Scott v. Sandford* é feita por Mark Tushnet. (*Taking The Constitution Away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 17). Tushnet também reflete sobre se o Congresso deve ou não acatar ou estar vinculado às decisões das Cortes em matéria de controle de constitucionalidade: “O legislador pode reagir de diferentes modos à ideia da supremacia judicial. A votação de uma proposição não agride de forma inexorável o posicionamento prévio contrário da Corte se essa proposta deliberativa pode ser vista como distinta daquela que foi votada pelo tribunal. A questão é como o tribunal vai fazer o *distinguishing*. O legislador não precisa adotar o precedente como uma regra política”. (*Weak Courts, Strong Rights*, p. 18).

será respeitada para o caso concreto, mas não será, contudo, considerada um precedente vinculante, uma orientação geral.

Esse juízo político capitaneado pelos republicanos à época da refundação da república americana possui uma abertura expressa na Constituição Federal de 1988, a qual, mesmo utilizada de forma reduzida, pode apresentar importância singular em determinados momentos da política nacional. Simplesmente abrir mão da resolução do Senado Federal como instrumento que, mesmo que em contextos excepcionais, sirva como válvula de escape do parlamento para reagir aos avanços do STF não parece fazer nenhum sentido se, em troca, não é apresentada alternativa igualmente limitadora e democratizante da jurisdição constitucional, apenas sendo oferecido o argumento de preponderância e eficiência – não comprovada numericamente pelo tempo de tramitação dos processos, frise-se – do controle abstrato de constitucionalidade.

O uso político da resolução do Senado ou a simples possibilidade hipotética desse uso já colocam o controle difuso de constitucionalidade em vantagem numa suposta “competição” democrática com a sistemática abstrata. Ora, a “*notwithstanding clause*” canadense não é acionada rotineiramente para que disso se conclua que o sistema de revisão judicial daquele país possui contornos mais maleáveis e democráticos do que o de outras nações. A existência da cláusula em si já atribui um caráter mais aberto ao sistema, ainda que o controle fraco, na prática, não se estabeleça sem o seu acionamento. Por isso, o retorno da resolução do art. 52, X, da Constituição de 1988 às suas origens de ato de manifestação política, mesmo que ela não seja invocada a todo tempo, é um elemento democratizante que não pode ser desprezado. Ao contrário, merece ser prestigiado e utilizado.

A tese da Reclamação nº. 4.335/AC de que o desuso revoga os freios e contrapesos inseridos na Constituição, caso levada às últimas consequências, acarretará o aniquilamento não só do art. 52, X, da Carta de 1988, mas poderá conduzir a posições semelhantes quanto ao §4º, do art. 66, pelo qual os vetos do Presidente da República devem ser apreciados em sessão conjunta do Congresso Nacional, ou ao art. 62, que contempla o regime de chancela das medidas provisórias. Inúmeros dispositivos constitucionais por meio dos quais o parlamento se manifesta não são utilizados de forma contínua ou rápida, porque o tempo da política não necessariamente é o tempo que se espera dela. Isso não significa, entretanto, que os espaços do legislativo devam ser suprimidos a critério do Supremo Tribunal Federal e da agenda que

ele deseja imprimir. O “não dizer” do poder legislativo também é uma afirmação política, afinal a dinâmica do parlamento não é nem deve ser aquela pensada e determinada pela Corte constitucional³⁸⁰.

Essa lógica do STF que cassa e revoga competências constitucionais de outros poderes, a partir do seu próprio juízo de como deve ser o ritmo dos demais atores, invertendo-se a perspectiva, equivaleria a um ato do parlamento ou do poder executivo que cerceasse os poderes de julgamento da Corte, sob o fundamento de não apreciação dos processos num prazo razoável de tempo. Seguramente, uma medida como essa seria considerada inconstitucional e arbitrária pelo Tribunal, o que demonstra uma grande contradição na forma como ele se enxerga dentro da dinâmica institucional³⁸¹.

Mesmo que de forma episódica, a resolução, diferentemente do que prega a campanha da sua inutilidade, continua sendo utilizada e propiciando uma troca entre o Supremo Tribunal Federal e o legislativo, porém sem a celeridade e a intensidade que poderiam caracterizar a migração para um sistema fraco de controle de constitucionalidade. Recentemente, após o início do julgamento da Reclamação nº. 4.335/AC, quando já se advogava o desuso do mecanismo em alguns votos prolatados, o Senado Federal publicou novas resoluções que se juntaram às quase cem editadas após a Constituição de 1988³⁸². Isso prova que a competência constitucional do órgão continua em vigor e que, seja com que

³⁸⁰ No caso específico da Constituição brasileira de 1988, diversas matérias não obtiveram consenso no momento da assembleia constituinte e ficaram atadas à necessidade de posterior regulação. O sentido das omissões, muitas vezes, ao contrário do que prega o discurso judiciário mais ativista, é o de se aguardar a maturação política dos assuntos, já que as constituições projetam um futuro que não tem data exata para se concretizar. Esse é o raciocínio de Rosalind Dixon e Tom Ginsburg a respeito das nossas omissões constitucionais: “A similar experience occurred in Brazil in the drafting of the 1988 Constitution. The Constitution was drafted in circumstances of economic difficulty and political transition. Brazil’s military dictators had sought to manage democratization and all the political forces agreed that a new constitution should be used to consolidate democratic reforms and structure the new political order. An elite commission was set up to draft a constitution in 1985, but its product was seen as too generous in social/economic rights, which included 40 hour work week for first time, and the conservative President Sarney buried it. The result was that the Congress was itself designated to draft the constitution, after new elections. Again, however, disagreements between the left and right in Congress meant that many provisions proved too controversial to produce agreement. The right was very wary of specific promises on socioeconomic rights; the left insisted on specific regulation of labor law. A major struggle also occurred over whether the political system should be parliamentary or presidential. These debates overwhelmed much of the other discussion, leaving limited time for other issues. The result was that many of these lower-stakes issues were then deferred to future legislative resolution. One observer calculated that the Constitution would require 314 new laws and 56 complementary legislation acts to be implemented”. (*Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design*, University of Chicago Law School, Draft for University of Chicago Law School Conference on Rational Choice & Constitutional Law, disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/file/Dixon-Ginsburg%20new.pdf>, acesso em: 02.05.2013).

³⁸¹ Em seu voto na reclamação nº. 4.335/AC o Ministro Sepúlveda Pertence compara a tentativa de encampação da competência do Senado a um ato com cheiro de “golpe de Estado”.

³⁸² Os dados são do ano de 2007, conforme voto do Ministro Joaquim Barbosa na reclamação nº. 4.335/AC.

frequência for, uma só situação em que se faça uso da resolução como ato político, mecanismo de *checks and balances* que é, já terá servido para justificar a sua manutenção.

Além de cumprir seu papel no sistema de freios e contrapesos, essas novas resoluções do Senado Federal não só suspenderam a execução das leis inconstitucionais como ainda serviram de reforço argumentativo para o Supremo Tribunal Federal, constituindo um elemento de diálogo. Foi o que ocorreu no caso da aplicação de penas alternativas para o crime de tráfico de drogas. Com a edição da Resolução do Senado nº. 05, de 16.2.2012, o STF passou a fazer menção ao ato legislativo no julgamento da causa, como a legitimar seu julgamento por meio da referência à validação parlamentar³⁸³. Se a Corte passou a fundamentar as suas decisões no fato de o Senado ter concordado com o seu precedente, a resolução representou mais do que uma ferramenta de técnica processual ou manifestação política pontual, induzindo uma efetiva troca de conteúdo.

Essas interações especiais levantam a possibilidade de que, mesmo em nosso sistema forte de revisão judicial, algumas matérias ou questões possam ser submetidas à abertura para reações rápidas e recíprocas entre os poderes legislativo e judiciário, o que pode culminar na construção de entendimentos mais interessantes a propósito dos temas. Conquanto a resolução do Senado não seja peça integrante de uma engrenagem formal de controle fraco de constitucionalidade, a experiência mostra que ela pode ser mais um canal para a formação dialogada de posicionamentos.

4.6. A hipótese das ilhas de controle fraco em sistemas fortes de controle de constitucionalidade (managerial model de Mark Tushnet)

O controle fraco de constitucionalidade não se manifesta exclusivamente através de cláusulas expressas que autorizam as legislaturas a contrariar as decisões judiciais. Mesmo em sistemas marcados por uma jurisdição constitucional forte e, independentemente da existência de dispositivos constitucionais a respeito do assunto, cadeias de diálogo podem se formar entre os poderes judiciário e legislativo.

³⁸³ HC 108655, Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 06.03.2012.

A hipótese de momentos de controle fraco dentro de uma sistemática forte foi percebida por Mark Tushnet no caso da trajetória do direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos. Ele enxergou o controle fraco de constitucionalidade nos fragmentos e atitudes que, sem implicar a instituição formal de um novo paradigma, permitem momentos de interação e a maior atuação parlamentar em relação ao que foi decidido pela Corte³⁸⁴. Esse entendimento parte de uma compreensão ampla do controle fraco, de uma acepção na qual ele é apenas a possibilidade de reação parlamentar rápida às decisões judiciais e não necessariamente um veto ou bloqueio total ao que foi decidido.

No caso da liberdade de expressão, Tushnet advoga que as decisões adotadas na Corte do *Justice* William H. Rehnquist não foram julgamentos rotineiros e comuns no padrão de controle forte norte-americano, pois eles categoricamente se abriram para ampla e posterior regulação do Congresso daquele país. Ao invés de simplesmente tachar um ato normativo de inconstitucional, a Corte passou a analisar se, embora parcialmente restritivo da liberdade de expressão, ele não ensejaria maior diversidade e diálogo³⁸⁵. Essas específicas decisões fariam parte de um modelo diretivo (*managerial model*) em que o Tribunal confere à legislatura “um grande papel na fixação de regras que, aos olhos dos juízes, se voltam a maximizar tanto o volume quanto a diversidade de opiniões disseminadas na sociedade”³⁸⁶.

As inserções de controle fraco de constitucionalidade não significam, por outro lado, que a discussão de uma determinada questão deva se perpetuar indefinidamente. O modelo faz sentido quando existe um grau de incerteza na comunidade a respeito do alcance de um direito, o que pode cessar ao longo do tempo³⁸⁷. A sucessão entre os modelos de controle fraco e forte num determinado campo temático tende a gerar o amadurecimento de uma

³⁸⁴ Mark Tushnet, *Weak-form judicial review and core civil liberties*, p. 2.

³⁸⁵ Os casos citados são, dentre outros, *Turner Broadcasting System, Inc v. F.C.C* (1997) e *McConnell v. Federal Election Comm'n* (2003). No primeiro, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que as emissoras de TV a cabo deveriam observar as restrições da regulamentação governamental e que estão submetidas à primeira emenda à Constituição americana. Assim, mesmo que tenha havido a submissão à regulação, no fim das contas a liberdade de expressão estaria sendo aumentada e não diminuída com o controle. Em *McConnell v. Federal Election Comm'n*, a Corte declarou a constitucionalidade de lei que fazia restrições a doações de campanha e publicidade.

³⁸⁶ Mark Tushnet explica com mais vagar o seu modelo: “O simples fato de que uma regulação suprime algum grau de liberdade de expressão, ainda que quanto ao seu conteúdo, é insuficiente para se declarar a regulação inconstitucional, se a regulação no geral promove mais o discurso do que suprime. Isso é consistente com o controle forte de constitucionalidade se o modelo diretivo (*managerial model*) deixa para Cortes determinarem se uma contribuição regulativa foi ou não positiva para a disseminação de ideias”. (*Weak-form judicial review and core civil liberties*, p. 12, tradução minha).

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 17.

discussão – em sede doutrinária e jurisprudencial – por meio das idas e vindas até que se estabeleça uma versão mais perene do assunto³⁸⁸.

São vantagens que Mark Tushnet visualiza na adoção circunstancial do controle fraco como transição para a forma forte: i) formação de uma boa doutrina sobre os temas do debate constitucional; ii) maior flexibilidade da Corte para adaptações e mudanças evolutivas no curso do diálogo com o parlamento; iii) o controle fraco exercitado algumas vezes ao longo do tempo vai se tornando forte, mas no seu percurso a experiência constrói o significado dos direitos postos em questão. Por isso, ele conclui com o cabimento de formas brandas de controle também para temas de direitos fundamentais, já que a busca pelas alterações e novos sentidos não é inesgotável, ela se dá até que, após frutíferos diálogos, algum nível de consenso se estabeleça³⁸⁹.

Portanto, o abrandamento da força da jurisdição constitucional e dos seus problemas contramajoritários pode advir de um tipo de atitude por meio da qual as Cortes expressamente induzam o parlamento a regular alguns aspectos da sua decisão. Essa mesma regulação, a *posteriori*, passa a ser considerada pelos Tribunais em seus julgamentos, gerando um progresso contínuo e conjunto em determinado campo político-jurídico.

A atitude de deferência recíproca entre os poderes é o caminho mais promissor do controle fraco de constitucionalidade. Rosalind Dixon sugere que o efetivo diálogo institucional acontece quando, após o acionamento de uma cláusula de *legislative override* pelo parlamento, as cortes adotam, nos casos que se repetem e retornam à sua apreciação, um posicionamento de contenção e respeito à objeção parlamentar que tenha sido feita às suas decisões anteriores. É dizer, após o acionamento da cláusula, ocorre uma troca de conteúdo quando os tribunais conseguem estreitar ou adaptar o âmbito dos seus julgamentos anteriores, compatibilizando a sua jurisprudência à visão do legislativo³⁹⁰. Essa seria uma forma de

³⁸⁸ Ibid., p. 20.

³⁸⁹ Ibid., p. 22.

³⁹⁰ Cf. Rosalind Dixon: “In the new theory of dialogue offered, the key to “weakening” judicial review in Canada, relative to that in the United States, will be to insist that the SCC defer to Parliament or the legislature’s interpretation of the *Charter* in “second look cases,” provided that such a deference is reasonable when judged by reference to certain minimal criteria. As a complement to this, dialogue will also require that in second look cases the SCC stand ready, in cases where it has previously reasoned broadly under the *Charter*, to narrow the force of that reasoning ex post, so as to reconcile ex post deference with its prior precedents. There are several reasons, outlined below, for adopting such a deference-based approach. (...) The most important test of dialogue in new dialogue theory will be whether the SCC or lower courts are willing in second look cases to actually defer to legislative sequels evidencing interpretive disagreement with the courts. On this measure, there has already been a high rate of dialogic success”. (*The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, p. 5).

“deferência *ex post facto*”, que acontece no segundo momento de diálogo entre judiciário e legislativo.

No Brasil, são poucos os atuais episódios em que o Supremo Tribunal Federal expressamente se contém para aguardar a manifestação do Congresso Nacional a respeito de um assunto e isto, quando ocorre, mais advém de alguma limitação expressa de competência do que de uma posição clara da Corte quanto à jurisdição constitucional³⁹¹. Entretanto, mesmo no contexto desta Corte de viés ativista, nosso parlamento, por vezes, contraria as opiniões que sempre dão ênfase à sua omissão e consegue resguardar da indevida interferência do STF os seus campos mais diretos de interesse. Com isso, ainda que na nossa jurisdição constitucional forte, há a possibilidade de matérias sujeitas ao controle fraco e à forma diferenciada de diálogo institucional que ele proporciona.

O STF não conseguiu, por exemplo, equacionar o problema da criação de municípios sem observância do art. 18, §4º, da Constituição Federal³⁹² e chegou a estipular um prazo para que o parlamento editasse a lei complementar exigida pela Constituição³⁹³. O esforço de direcionar a agenda do Congresso não obteve, em resposta, a lei complementar esperada. A reação do legislativo foi, por outro lado, a de eliminar os efeitos do julgamento da ADI nº. 2.240/BA³⁹⁴ através da convalidação, via emenda constitucional nº. 57/2008, de todos os municípios criados até o final do ano de 2006³⁹⁵. A emenda representou uma mensagem clara para o poder judiciário de que o tema não seria resolvido por meio de decisão judicial.

³⁹¹ Enquanto o mandado de injunção passou a ser um instrumento utilizado pelo STF para a fixação de qual a regulação que deve ser utilizada em determinados casos concretos, a ação direta por omissão continua sendo um campo em que o Tribunal ainda se restringe a reconhecer a mora legislativa.

³⁹² Art. 18, §4º, da Constituição Federal: “§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)”.

³⁹³ O prazo de 18 meses para a edição de lei complementar federal foi estipulado na ADI nº. 3682/MT pelo voto do relator Min. Gilmar Mendes: É o que registra o Informativo de Jurisprudência do STF: “Em razão disso, concluiu-se pela fixação de um parâmetro temporal razoável — 18 meses — para que o Congresso Nacional edite a lei complementar federal reclamada, a qual deverá conter normas específicas destinadas a solver o problema dos Municípios já criados. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que, na linha da jurisprudência da Corte, limitavam-se a declarar a mora legislativa, não fixando prazo”. Após ofício com indagação a respeito do prazo pela Presidência do Congresso Nacional, o STF recuou e explicitou que não se tratava de prazo imposto ao Congresso Nacional, mas de fixação de um “parâmetro razoável” para atuação.

³⁹⁴ Na ADI nº. 2.240/BA o STF declarou a inconstitucionalidade da criação do município de Luís Eduardo Magalhães (BA) sem o respeito ao processo do art. 18 da Constituição Federal de 1988.

³⁹⁵ A emenda constitucional nº. 57/2008 acrescentou dispositivo ao ADCT, prevendo que: “Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido

Essa rápida reação do Congresso Nacional ao problema da criação dos municípios também ocorreu, por exemplo, quando o Tribunal se imiscuiu na formação das coligações partidárias³⁹⁶, na redução do número de vereadores³⁹⁷ e no trancamento de pauta pelas medidas provisórias³⁹⁸. Mais recentemente, quando da obstrução à possibilidade de que o Congresso derrubasse o veto da Presidente da República à nova regulação de *royalties* de petróleo, o parlamento cogitou inclusive a hipótese de analisar milhares de vetos na mesma sessão de modo a poder tratar da específica lei em relação à qual pretendia deliberar. Porém, ao final, não prevaleceu a liminar do Ministro Luiz Fux que impedia a votação parlamentar³⁹⁹.

Também o caso “Mira Estrela”, atinente à redução de número de vereadores das câmaras municipais em observância à proporção constitucional, é paradigmático não apenas de uma rápida reação do legislativo à decisão judicial, mas da aplicação de um dos entendimentos citados como marco do início da tese de “objetivação” do recurso extraordinário. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei orgânica do Município de Mira Estrela (SP), modulou *pro futuro* os efeitos da decisão de inconstitucionalidade e a ela aplicou o art. 27 da Lei nº. 9.868/99⁴⁰⁰, instaurando a aplicação de técnicas do controle concentrado no controle difuso. Em seguida, por influência da

publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”.

³⁹⁶ No ano de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral editou resolução impondo a verticalização de coligações partidárias, o que iria se aplicar às eleições do ano de 2006. Como tentativa de preservar a liberdade de associação em níveis local e nacional, o Congresso conseguiu aprovar a emenda constitucional nº. 52/2006, a qual, entretanto, foi interpretada pelo STF como não sendo aplicável às eleições de 2002 e 2006, por força da regra da anualidade eleitoral disposta no art. 16 da Constituição de 1988 (ADI nº. 3685/DF).

³⁹⁷ A adequação do número de vereadores à proporção constitucional foi objeto do RE nº. 197.917/SP, no qual o STF declarou, em recurso extraordinário, a inconstitucionalidade de lei orgânica do município paulista de Mira Estrela que fixara número excessivo de vereadores. A decisão da Corte serviu de embasamento para uma Resolução do TSE do ano de 2004, em relação à qual o Congresso reagiu imediatamente com a PEC nº. 333/04 e a subsequente emenda constitucional nº. 58/2009.

³⁹⁸ O MS nº. 31816/DF acabou por ter a sua liminar indeferida, sendo o Min. Teori Zavascki o relator para o acórdão. Em seu voto foi consignado o equívoco de se alterar a prática parlamentar em relação aos vetos: “Aludiu a informações sobre a inércia parlamentar, tendo em vista a existência, nos dias de hoje, de mais de 3000 vetos pendentes de análise, alguns com prazo vencido há cerca de 13 anos. Assinalou que esse quadro mostrar-se-ia mais grave quando levado em conta que a estrita observância dos preceitos constitucionais do processo legislativo configuraria pressuposto de validade dos correspondentes atos normativos. Dessumiu que a aplicação rígida dos referidos artigos constitucionais, com eficácia retroativa, não apenas importaria futuro caótico para a atuação daquela Casa Legislativa — a paralisar nova deliberação, exceto a de vetos pendentes por ordem de vencimento —, assim como causaria insegurança jurídica sobre as deliberações tomadas pelo Congresso Nacional nos últimos 13 anos”. (MS nº. 31.816/DF, Julgamento em 27.01.2013, cf. Informativo de Jurisprudência do STF nº. 696, de 25 de fevereiro de 2013).

³⁹⁹ A discussão quanto ao trancamento de pauta pelas medidas provisórias é objeto do MS nº. 27931 MC/DF.

⁴⁰⁰ Art. 27. Da lei nº. 9.868/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

decisão, a disciplina eleitoral editada pelo Tribunal Superior Eleitoral foi no sentido de firmar regras estritas de proporcionalidade constitucional para a fixação de número de vereadores em cada município.

Diante do inevitável impacto na política local, ato contínuo à resolução do TSE, o Congresso Nacional encaminhou proposta de emenda à Constituição de 1988 que culminou com a emenda nº. 58/2009 que abriu margem à permanência do maior número de vereadores⁴⁰¹. Em coro, os deputados entoaram o hino nacional em sessão quando conseguiram a flexibilização da proporção do número de ocupantes das Câmaras Municipais e a derrubada da decisão do Supremo Tribunal Federal⁴⁰².

Já no precedente sobre o poder de agenda do Congresso Nacional que estava sendo tolhido pela interpretação tradicional do art. 62, I, da Constituição Federal, a Corte adotou a ideia encampada pela Presidência da Câmara no sentido de que a não apreciação de medidas provisórias tão somente teria o condão de trancar a pauta da casa legislativa no que tange às leis ordinárias, por ser esta a espécie legislativa que pode ser objeto delas. A posição criada no parlamento acabou por ser incorporada à jurisprudência do STF, criando uma nova compreensão acerca do trancamento de pauta e sobre o citado dispositivo constitucional⁴⁰³.

⁴⁰¹ Como a decisão do caso “Mira Estrela” foi adotada em sede de controle difuso, seria possível cogitar de uma primeira reação do Congresso Nacional a ela através da resolução do art. 52, X, da Constituição Federal, caso ela fosse utilizada com propósitos políticos mais claros.

⁴⁰² O registro é das pesquisadoras Juliana Bonacorsi de Palma e Mariana Ferfebaum: “Recentemente, a Câmara dos Deputados promulgou a emenda constitucional 58 que, dentre outras modificações, instituiu novo sistema de composição do número de vereadores nos municípios. Ovacionada por suplentes, que agitaram lenços brancos a cada voto favorável à “PEC dos vereadores” e cantaram o hino nacional ao final da sessão, a EC 58/09 aumentou em torno de 7.800 as vagas de vereadores com efeito retroativo às eleições de 2008. (...) Com a EC 58/09, ao invés de três faixas populacionais com limites mínimo e máximo, a Constituição passa a ter 24 faixas (alínea a a x) com o valor absoluto do número de vereadores: municípios com até 15 mil habitantes teriam suas Câmaras compostas por 9 vereadores; 11 vereadores no caso de municípios de 15 mil a 55 mil; e assim sucessivamente até o máximo de 55 vereadores nos municípios com mais e 8 milhões de habitantes. Foi também prevista a redução do total de despesa pelo Legislativo municipal”. (*O STF disciplinando o número de vereadores*. Revista Consultor Jurídico, 08.10.2009, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-08/stf-papel-disciplinador-numero-vereadores>, acesso em 14.03.2013).

⁴⁰³ A medida liminar do MS nº. 27.931/DF foi apreciada pelo Ministro Celso de Mello que acolheu a orientação criada pelo legislativo para a interpretação do art. 62 da CF/88, nos seguintes termos: “A interpretação dada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados ao § 6º do art. 62 da Constituição da República, ao contrário, apoiada em estrita construção de ordem jurídica, cujos fundamentos repousam no postulado da separação de poderes, teria, aparentemente, a virtude de fazer instaurar, no âmbito da Câmara dos Deputados, verdadeira práxis libertadora do desempenho, por essa Casa do Congresso Nacional, da função primária que, histórica e institucionalmente, sempre lhe pertenceu: a função de legislar. É por isso que o exame das razões expostas pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, na decisão em causa, leva-me a ter por descaracterizada, ao menos em juízo de sumária cognição, a plausibilidade jurídica da pretensão mandamental ora deduzida nesta sede processual”. (Informativo Semanal de Jurisprudência do STF nº. 540, de 23 de março de 2009).

Como se vê, a despeito do rótulo de inoperância e da PEC nº. 33/2011, o Congresso brasileiro tem adotado medidas e editado emendas constitucionais para especificamente contrariar posições do Supremo Tribunal Federal que geram cerceamento da sua atividade política, assim proporcionando a oxigenação do sistema de jurisdição constitucional. Essa postura demonstra que o legislador não precisa adotar o precedente do Tribunal como uma regra de orientação política⁴⁰⁴ e que, também em nosso país, esses fluxos e refluxos acabam por constituir jurisprudência diferenciada em relação a determinadas matérias, ou seja, torna possíveis ilhas de controle fraco dentro de sistemas fortes.

O nosso parlamento reage especialmente quando a Corte ingressa no campo do processo político gerando reflexos na atuação dos seus membros perante os partidos e bases. Uma das áreas mais propensas à comunicação rápida tem sido aquela ínsita aos meandros da própria atividade política. Como o Supremo Tribunal Federal se arvora em temas regimentais, internos e interventivos na agenda política, a posição de sufocamento em que o Congresso Nacional por vezes se acha faz com que, por mais paradoxal que pareça, nesta seara se verifique a maior interação entre os poderes e as situações mais interessantes de contenção dos avanços da jurisdição constitucional.

As atitudes de comunicação célere e contínua entre poderes, bem como a de autocontenção e expressa delegação de campos normativos ao parlamento, para Mark Tushnet ganhou a alcunha de *managerial model* (modelo diretivo)⁴⁰⁵. Já para Cass R. Sunstein ela é uma postura que se insere numa visão maior sobre o cabimento de uma jurisdição constitucional minimalista. Este último autor acredita que as sociedades, em matéria de direitos controversos e marcados pelo dissenso estrutural, se movem pela formação de “acordos teóricos incompletos”. O fato de não se levar uma questão constitucional ao último nível de abstração permite que se faça um uso construtivo do silêncio⁴⁰⁶.

É claro que a visão de ambos é uma derivação de clássicas teorias de *self restraint*. As “virtudes passivas” de Alexander M. Bickel, ao proporem uma atitude de deferência e

⁴⁰⁴ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, p. 18.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 12

⁴⁰⁶ Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University Press, 1996, p. 35.

contenção por parte das Cortes, são as precursoras das novas abordagens minimalistas ou de controle fraco nesse modelo diretivo de Mark Tushnet^{407 408}.

A obra de Bickel é tão influente que foi expressamente invocada no julgamento da Reclamação nº. 4.335/AC pelo Ministro Joaquim Barbosa, quando este divergiu da orientação do relator Ministro Gilmar Mendes: “A proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do art. 52, X, da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de *self restraint* que Alexander Bickel, em sua monumental obra *‘The Least Dangerous Branch’*, qualificou como ‘virtudes passivas’ da justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário 3 alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional”.

No entanto, a diferença da postura dos novos autores em relação ao estrito silêncio, à antiga deferência ou ao exercício das “virtudes passivas” é a de que, para eles, há a preocupação nuclear de que a contenção judicial seja um elemento indutor da deliberação. O foco está em tentar mover o legislativo na linha da regulação do problema e não a de silenciar para que, em outro contexto, seja a própria a Corte a lidar com ele⁴⁰⁹.

Conquanto não seja imprescindível recorrer ao repertório teórico de Tushnet ou Sunstein para exortar as Cortes à adoção de posições mais comedidas, as noções de controle fraco como cadeia de diálogo e de minimalismo, mais do que simplesmente servirem para

⁴⁰⁷ Cf. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, p. 111.

⁴⁰⁸ Uma referência recorrente, porém distinta, em matéria de autocontenção é ainda James B. Thayer e a sua teoria de que uma lei somente pode ser declarada se a sua inconstitucionalidade for clara, indubitosa, se nenhum sentido razoável se puder extrair dela. (*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Harvard Law Review n. 129, 1893, disponível em: www.jstor.org, acesso em 20.12.2012.).

⁴⁰⁹ Sunstein explica em que é inegável a associação do seu minimalismo às ideias de Alexander Bickel, mas aponta exatamente onde reside a diferença entre eles: “There is an obvious connection between what I am saying here and what is said in Alexander Bickel. Here are some points of commonality: appreciation of passive virtues, endorsement of the doctrine of desuetude for the ‘privacy’ cases, and an insistence on the need for the Court to think strategically and pragmatically about whether the nation is ready for the principles that the Court favors. But there are important differences as well. My argument here finds its foundations in the aspiration of deliberative democracy, with an insistence that the principle vehicle is the legislature, not the judiciary; the judiciary is to play a catalytic and supplementary role. For Bickel, the Court was the basic repository of principle in American government; because of its insulation, it was the central deliberative institution”. (Cass R. Sunstein, *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 268).

impelir o Supremo Tribunal Federal à omissão, elas geram o reposicionamento do controle difuso enquanto melhor veículo para o fim de associar a contenção ao incremento da democracia deliberativa. Além de possuir a resolução do Senado Federal como ferramenta, as vantagens do controle difuso em relação à jurisdição abstrata surgem muito claramente da sua propensão a não disciplinar e julgar de forma etérea e exauriente os atos legislativos.

4.7. O controle difuso e a singularidade dos casos como elemento indutor da postura minimalista

Se houve um tempo em que o poder judiciário brasileiro se ressentiu da “dificuldade contramajoritária” e talvez tenha pecado mais pelo silêncio do que pelo excesso, o momento atual é rigorosamente o oposto. O Supremo Tribunal Federal suprimiu a palavra “dificuldade” da locução de Bickel⁴¹⁰, o que é sintomático do ponto que atingiu a nossa jurisdição constitucional, deste estado de coisas em que a derrubada de leis e entendimentos do parlamento é, acima de tudo, uma atitude que parece ser digna não de alguma preocupação, mas de louvor. Ser contramajoritário e não eventualmente complementar ou parceiro dos demais poderes se tornou uma cruzada, a missão do Tribunal, decantada nos votos e julgamentos. É nessa toada que o Ministro Luiz Fux, ao julgar a constitucionalidade da chamada “lei da ficha limpa”, reverbera que: “A norma seria fruto de iniciativa popular, a evidenciar o esforço da população brasileira em trazer norma de aspecto moralizador para a seara política. Não obstante, assinalou-se eventual caráter contramajoritário do Supremo, o qual não estaria vinculado às aspirações populares”⁴¹¹.

Esse sentimento de ativismo orgulhoso é potencializado pela jurisdição constitucional concentrada e abstrata quando ela deixa de sofrer a limitação pelo contexto dos

⁴¹⁰ A observação é de Néviton Guedes: “Como se sabe, no Brasil, tem-se lembrado com frequência da idéia de Bickel de que o Poder Judiciário é um poder contramajoritário. Contudo, o que na teoria original era uma “dificuldade”, aqui foi convertido em “virtude”. Não é incomum, de fato, sermos confrontados com teóricos e mesmo magistrados a regozijarem-se com o fato de o Poder Judiciário brasileiro, frequentemente, não apenas anular atos dos demais Poderes, mas até mesmo substituí-los em produção normativa. Em verdade, a linha divisória do legislador negativo (o Rubicão kelseniano) foi há algum tempo ultrapassada em terras de Macunaíma”. (Constituição e Poder. *Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal*. Coluna publicada em 25.12.2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 10.04.2013.

⁴¹¹ Cf. ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, 15 e 16.2.2012, trecho disponível no Informativo Semanal de jurisprudência do STF n. 655, de 13 de fevereiro de 2012.

fatos veiculados através dos recursos extraordinários e suprime tanto manifestações importantes ao longo da tramitação dos processos quanto o próprio tempo de amadurecimento das teses nas instâncias ordinárias⁴¹². Combinam-se perigosamente a ausência de fatos, a imediata submissão de leis ao controle abstrato e ainda o tipo de instrumental das técnicas de julgamento a ele conferidas tais como as declarações de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição, as quais abrem margem para que o tribunal firme significados para o texto constitucional com ampla liberdade⁴¹³.

Dentre todas as modalidades de manifestação da nossa jurisdição constitucional⁴¹⁴, o controle difuso e concreto é aquela precipuamente capaz de levar fatos ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de ensejar uma abordagem mais marcada efetivamente pela deferência, minimalismo e diálogo. Por isso, além de desassociar o controle difuso da ideia de sistema irracional e incapaz de organização em precedentes e de reavivar a resolução do Senado Federal como meio de atuação política, é fundamental nesse processo o realce ao traço que representa a nota distintiva desta sistemática. Falar em revalorização do controle difuso de constitucionalidade e no equívoco da tese de “objetivação” do recurso extraordinário é trazer ao centro a possibilidade de democratização da nossa jurisdição constitucional também pela contenção representada pela singularidade dos casos⁴¹⁵.

A “objetivação” do controle difuso anula uma das vantagens inerentes à atuação do poder judiciário que é a de analisar as questões a ele submetidas posteriormente ao legislativo. São os casos concretos que evidenciam as consequências, acertos e desacertos da lei editada.

⁴¹² Cass R. Sunstein lembra que um precedente aparentemente inovador e revolucionário como o de *Brown v. Board of Education*, em verdade, é resultado de uma construção anterior de diversos outros julgamentos mais modestos que preparam o terreno para que a inovação venha à tona. Transportando esta situação para a nossa realidade, é visível que o amadurecimento e o teste teses nos demais órgãos judiciários têm o condão de municiar o STF com um melhor panorama sobre as consequências do seu julgamento, o que só pode ocorrer se os processos tramitarem em variados órgãos, chegando à Corte por meio de recursos extraordinários cuja relevância é reconhecida. Exemplifico: os critérios para aferição da miserabilidade para fins de recebimento do benefício assistencial de prestação continuada aos idosos e deficientes (LOAS) é uma construção dos diversos julgadores brasileiros que, no dia a dia da aplicação da Lei nº. 8.742/93, cf. RE nº. 567985/MT. (Cass R. sunstein, *One case at a time*, p. 36).

⁴¹³ Sobre esses tipos de técnica de julgamento a que o STF faz referência, ver Gilmar Mendes, *Curso de Direito Constitucional*, p. 119.

⁴¹⁴ Devem ser descartadas, por óbvio, as ações originárias cíveis e penais que não representam o sistema de jurisdição constitucional, mas uma particular opção do constituinte na partição de competências do Poder Judiciário.

⁴¹⁵ Juliano Zaiden Benvindo trata da importância da singularidade do caso sob outra perspectiva que não a do minimalismo. Ele aplica o seu conceito de racionalidade limitada, que, resumidamente, traz “a percepção do caráter de falibilidade do conhecimento, da sua incapacidade de rememorar e juntar as complexidades e tensões da história, e a sua impossibilidade de fazer justiça à alteridade do outro na sua inteireza” à jurisdição constitucional, enfatizando que os casos devem ser julgados sem a invocação de padrões e fórmulas abstratas pré-determinadas. (*On The Limits of Constitutional Adjudication*, pp. 333 e 373).

Para Alexander Bickel, a experiência de séculos mostra que o contexto de uma controvérsia real conduz a julgamentos mais sensatos e duradouros⁴¹⁶ e a tentativa de lidar com questões constitucionais de forma abstrata tende a resultados estéreis e desconectados da realidade. Portanto, o contexto fático é uma limitação natural a julgamentos que se proponham a ser exacerbadamente teóricos e abstratos, sendo que a consolidação de um precedente relativo a uma situação específica, isto é, que afirme que uma determinada lei só é inconstitucional para aquela circunstância, por exemplo, dá margem a que as futuras situações sejam avaliadas com maior liberdade. Uma postura mais minimalista das Cortes não deixa de ser uma deferência em relação ao futuro⁴¹⁷.

O minimalismo que pode ser exercitado pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso não equivale a não julgar os casos ou a só declarar as leis inconstitucionais quando elas forem manifestamente equivocadas⁴¹⁸. Ele não se confunde com mera autocontenção. O minimalismo que tenho em mente como opção é aquele que fomenta a democracia deliberativa, defendido por Cass R. Sunstein⁴¹⁹. Uma Corte mais partidária dessa tendência tem como características centrais: i) a de se ater ao caso em julgamento; ii) deixar um campo de questões não decididas; iii) saber que existe desacordo razoável em uma sociedade heterogênea; iv) saber que não sabe tudo e que podem existir consequências não antecipadas; v) evitar julgamentos baseados em princípios amplos (buscam deixar os acordos teóricos incompletos)^{420 421}.

⁴¹⁶ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, p. 115.

⁴¹⁷ As Cortes que estão atentas à temporalidade das suas decisões atenuam o dilema *jeffersoniano* de que as Constituições representam o “governo dos mortos sobre os vivos”.

⁴¹⁸ O minimalismo de Sunstein não é similar à teoria “departamentalista” James B. Thayer. (Cf. Cass R. Sunstein, *One case at a time*, p. 4).

⁴¹⁹ Cass R. Sunstein faz referência a Edmund Burke como influenciador maior do minimalismo, embora a sua concepção não seja a mesma por ele defendida. O ponto central de dissonância está no peso que Burke atribui ao conservadorismo e ao apego às tradições e práticas passadas, o que não se encontra em Sunstein. Burke, em ensaio sobre a revolução francesa, teria influenciado a democracia americana a não se basear em grandes abstrações. (Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, disponível em: The Portable Edmund Burke 416-451 *apud* Cass R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, Harvard University Public Law and Legal Theory, Working Paper n.º. 08-40, 2008, p. 12).

⁴²⁰ *Ibid.*, pp. 5-11.

⁴²¹ Em texto mais recente Cass R. Sunstein radicaliza, hipoteticamente, o argumento dos acordos teóricos incompletos, cogitando de uma possibilidade em que as partes concordem exclusivamente com o resultado, sem partilhar de nenhum argumento. Seria o caso, por exemplo, da concordância quanto a não superação de *Roe v. Wade*, muito embora os juízes discordem do seu resultado favorável ao aborto. A postura de Sunstein também evolui para se tornar mais crítica do minimalismo, que, muitas vezes, ao invés de reduzir os erros acabaria por piorá-los. (Cf. Cass R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, Harvard University Public Law and Legal Theory, Working Paper n.º. 08-40, 2008).

O foco de Sunstein é o de buscar em que pontos as mentes convergem ou se dividem. Ele acredita que a polarização de grupos, quando bem captados os resultados e a essência do debate, pode ser um interessante componente na interpretação constitucional⁴²², uma vez que as pessoas podem concordar em relação a direitos e práticas, ainda que elas divirjam sobre as teorias abstratas que estão por detrás deles. Os acordos incompletos podem se referir à abstração ou à particularidade de determinada temática. Então, por exemplo, mesmo que se divirja sobre a aceitação de *hate speech*, as pessoas comungam da orientação geral de que a liberdade de expressão deve existir. No viés contrário, elas podem concordar que as escolas sejam frequentadas igualmente por todos os cidadãos, ainda que partilhem de diferentes noções de equidade. Portanto, polarizações abstratas não impedem que se chegue a consensos teóricos que não tenham a pretensão de exaurir as temáticas postas. Estes acordos, para Sunstein, são vitais para um constitucionalismo democrático, para a estabilidade social e o mútuo respeito entre os cidadãos⁴²³.

O minimalismo que induz à deliberação nem sempre significa que as decisões precisam ser superficiais ou estreitas. Às vezes, a sociedade possui suficientes elementos para adotar posturas mais ambiciosas diante dos temas. O que os julgamentos mais modestos permitem é que se avance quando ainda há um terreno arenoso na construção do consenso, quando é necessária contenção para respeitar a pluralidade de visões existentes⁴²⁴. Além disso, o argumento que fundamenta uma decisão sempre é mais abstrato do que os fatos em relação aos quais ele se refere, logo nenhuma decisão judicial é absoluta e integralmente minimalista. Ela o é em relação a algumas dimensões⁴²⁵.

Sob variados prismas, decisões aparentemente exaurientes podem apresentar aspectos abertos à posterior regulação. Sunstein distingue três decisões históricas, firmando que *Brown v. Board of Education* acaba por ser um precedente mais democrático do que *Roe v. Wade* ou *Dred Scott v. Sandford*, primeiro por ter decorrido de uma série de julgamentos anteriores mais modestos e ainda porque não buscou conter e prever todas as consequências e resultados da sua implementação, o que acabou sendo tratado no caso *Brown II*^{426 427}.

⁴²² Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, p. 50.

⁴²³ *Ibid.*, pp. 51-3.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁴²⁵ *Idem*, *One Case at a time*, p. 19.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 38.

Em síntese, uma das regras de ouro para que as cortes constitucionais não resvalam no arbítrio é a de que elas não devem decidir questões desnecessárias à solução do caso, atendo-se às particularidades do que está em julgamento. Decisões minimalistas não podem ser aplicadas em todos os casos e nem ser defendidas como uma postura abstrata, mas inegavelmente têm como virtudes a limitação institucional do judiciário, a redução dos custos do desacordo e a demonstração de humildade e respeito mútuo⁴²⁸. O controle difuso fomenta muito mais as aludidas virtudes do que as sistemáticas que o STF tem dado prevalência. Ele abre margem mais ampla à deliberação parlamentar e aos julgamentos vindouros. Também a atitude minimalista e o controle fraco dialogado e não baseado em *legislative override* (*managerial model*) atenuam o custo político da adoção de decisões em meio ao conflito, facilitando que se avance em determinadas questões tormentosas a partir de passos curtos⁴²⁹.

A Reclamação nº. 4.335/AC é emblemática do que não pode ser considerada uma postura minimalista ou, caso houvesse tal teoria, do que é uma postura “maximalista”. Ante a constatação de que um juiz não está cumprindo uma decisão do Supremo Tribunal, duas correntes de posicionamento se revelaram na Corte. Por uma delas, dever-se-ia alertar o magistrado e incentivar o respeito às decisões, mas tão somente conceder o *habeas corpus* para que a progressão de regime fosse autorizada ao condenado. Por outra, o modelo de controle de constitucionalidade difuso deveria ser alterado, considerando-se que sofreu uma “mutação constitucional” e um dos artigos da Constituição Federal deveria ter a sua interpretação revolucionada em relação a tudo que significou ao longo de mais de 70 anos de existência⁴³⁰. Tal é a discrepância de posições que é importante indagar o que estava mesmo em julgamento: o modelo difuso de controle ou o desacerto da decisão do juiz do Acre?

Em inúmeras situações o Supremo Tribunal Federal tem falado mais do que é chamado a falar. Não lhe bastou concluir o julgamento do caso do “Mensalão”, foi necessário decidir inclusive o que o parlamento deveria fazer com o mandato dos congressistas condenados⁴³¹. Não foi suficiente determinar a desocupação da reserva indígena Raposa/Serra do Sol, enveredou a Corte pela edição de um regulamento geral sobre como deve ser o regime constitucional de terras indígenas, inclusive afirmando que terras tradicionais não existentes

⁴²⁷ Em “Brown II”, a Suprema Corte norte-americana delegou o cumprimento da decisão às Cortes locais, que deveriam rapidamente por fim à segregação nas escolas.

⁴²⁸ Cass R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, p. 17.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 10.

⁴³⁰ Confronto aqui as antagônicas posições contidas nos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes.

⁴³¹ AP nº. 470/MG.

em 1988 não podem mais ser reconhecidas^{432 433}. E, diante da tentativa de edição de uma regulamentação sobre os limites da engenharia genética e reprodução humana⁴³⁴, foi preciso que alguns Ministros lembrassem que estavam ali apenas para dizer se a lei de biossegurança era inconstitucional e não para legislar sobre o tema nas lacunas do Congresso⁴³⁵.

No entanto, embora cause evidentes estragos, o “maximalismo” do STF sofre o irônico golpe de que a força persuasiva dos precedentes no Brasil, embora crescente, não é a mesma dos países nos quais é arraigada a tradição do *stare decisis*. Assim, ainda que a Corte acabe se imiscuindo por áreas em relação às quais não foi chamada a tratar, parte dos seus avanços é perdida e não causa maiores malefícios pela falta de unicidade nas razões lançadas nos onze votos que compõem os julgamentos, de consistência nos precedentes e observância deles pelos demais magistrados⁴³⁶. Portanto, as regras amplas contidas no julgamento da Corte acabam por se tornar fragmentos soltos que não geram a segurança jurídica esperada das decisões constitucionais vinculantes.

É também no controle difuso que mais pontos de vista se agregam à formação dos entendimentos judiciais, as teses são testadas mais profundamente, diminuindo-se os riscos de erros e imprevisões⁴³⁷. Por mais que se alegue, a partir das ideias de Peter Häberle, que a aceitação de *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade é suficiente para a garantia da legitimidade procedimental do modelo⁴³⁸, é incomparável o grau de participação que se apresenta ao longo da tramitação de um recurso extraordinário até o STF, porquanto neste tipo de processo os entendimentos contam com a contribuição dos juízes e partes que se manifestam ao longo da cadeia. Esse maior alcance se revela também pela criação da

⁴³² A regulamentação está contida no voto do Ministro Menezes Direito na Pet nº. 3388/RR.

⁴³³ Em alguns momentos a regulação ousada e ambiciosa das cortes constitucionais produz resultados positivos, a exemplo do reconhecimento dos direitos advindos do caso Miranda nos Estados Unidos (*Miranda rights*). (Cf. Cass R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, p. 13). Contudo, diferentemente do que sucedeu no caso Raposa/Serra do Sol, o sucesso de uma regulação abrangente depende de um conjunto de práticas, precedentes e experiências anteriores, que não parecem ter subsidiado o STF na apreciação da questão indígena.

⁴³⁴ A proposta de regulamentação que não prevaleceu constava no voto do Ministro Menezes Direito na ADI nº. 3510/DF. Relativamente a inúmeros dispositivos da lei nº. 11.105/05, o Ministro propunha declarações parciais de inconstitucionalidade, sem redução de texto.

⁴³⁵ A proposta de regulamentação não prevaleceu na proclamação do resultado, firmando-se apenas a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

⁴³⁶ Cass R. Sunstein adverte que sistemas que prestam muita atenção ao *obter dicta* de decisões anteriores tendem a ser maximalistas, já Cortes que se atêm a decidir casos particulares têm uma autoridade limitada em relação ao alcance das suas decisões. (*One Case at a time*, p. 21).

⁴³⁷ A redução dos equívocos é justamente um dos fatores positivos de julgamentos minimalistas. (Ibid., p. 46).

⁴³⁸ Cf. Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Valle, *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*, 10.04.2009, disponível em www.conjur.com.br, acesso em 09.08.2012. Vale lembrar que também no modelo difuso se admite a sustentação oral e a intervenção de entes na qualidade de *amici curiae* no momento da sessão.

repercussão geral através da emenda constitucional nº. 45/2004, pois agora a admissibilidade do recurso está jungida à verificação de que a questão é de amplo interesse.

A tese de “objetivação” do controle difuso pode ser refutada, em conclusão, não apenas pela necessidade de que a resolução do Senado Federal continue a desempenhar o papel político que lhe cabe, mas pela valorização da sua característica precípua de veículo de fatos e situações concretas, o que lhe torna o formato mais propenso à indução de posturas democráticas. O uso construtivo do silêncio é uma ferramenta que não pode ser esquecida ou relegada ao segundo plano.

4.8. Palavras finais

A noção de supremacia judicial não é uma consequência lógica e inexorável que se extrai da existência de controle de constitucionalidade. A possibilidade de invalidação da legislação editada pelo parlamento não significa que tal deva ocorrer por meio de decisões judiciais. Como afirma Virgílio Afonso da Silva, há muito a explorar entre o maniqueísmo das colocações extremas “todo poder aos juízes” ou “todo poder ao legislador”⁴³⁹.

Nesse capítulo, busquei chegar ao cerne da teoria de Jeremy Waldron e das atuais possibilidades de criação de diferentes arranjos institucionais, que saiam da dicotomia acima exposta. Quando Waldron problematiza o controle de constitucionalidade, o maior legado que se obtém não é o de que as sociedades devem abandonar esta prática em qualquer circunstância, mas sim o de que existem desacordos razoáveis sobre os temas controversos da política constitucional e essa ideia nuclear de respeito às interpretações razoáveis é fundante das formas fracas de revisão judicial, de modelos alternativos como os que foram previstos no Canadá, Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e que se cogita, no momento, implantar no Brasil através da PEC nº. 33/2011.

Não que esses diferentes formatos de controle de constitucionalidade precisem ser instituídos em nosso país nos moldes previstos pela referida proposta de emenda à

⁴³⁹ Virgílio Afonso da Silva, *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, p. 203.

constituição como condição para a maior democratização da nossa prática. Embora seja válida a discussão suscitada pelo Congresso Nacional, a jurisdição constitucional brasileira já conta com mecanismos suficientes para uma atuação legítima e plural, basta que eles sejam pensados a partir das novas perspectivas e experiências ora debatidas.

A revalorização do controle difuso e da resolução senatorial que o compõe é uma via muito mais natural e factível pela qual o parlamento poderia, em casos excepcionais, se manifestar contrariamente a alguma decisão do Supremo Tribunal Federal, sem que se demande, para tanto, o desgaste político de aprovação de uma proposta de emenda tão criticada quanto a PEC nº. 33/2011⁴⁴⁰.

Caso o art. 52, X, da Constituição de 1988 seja retirado do lugar de responsável pela vinculação das decisões em matéria de controle difuso, entendendo-se o *stare decisis* como uma decorrência da jurisdição de uma Corte Constitucional, tal qual pretende ser o STF, e ainda se abandonando a ideia de sua mutação constitucional, ao dispositivo restará o seu papel originariamente concebido de ato de discricionariedade política, que complementa de forma particular os *checks and balances* do nosso sistema constitucional.

Uma das conexões que podem ser feitas entre as formas brandas de controle de constitucionalidade e a nossa prática institucional é essa que passa pela ressignificação da resolução senatorial. Se lançar um novo olhar sobre esse instrumento, o Brasil não eliminará a sua tradição de controle forte, porque nem mesmo os países que contam com cláusulas expressas de *legislative override* delas fazem uso em intensidade suficiente para abalar a autoridade das Cortes. Contudo, poderá surgir uma atitude maior de deferência do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais poderes pela só possibilidade de que a cláusula venha a ser utilizada politicamente.

A negação de direitos reconhecidos em decisões judiciais sempre será uma medida residual e de alto custo político. Essa é a lição que decorre da experiência de todas as nações

⁴⁴⁰ Virgílio Afonso da Silva também concebe a possibilidade de que a resolução do art. 52, X, da Constituição de 1988 seja entendida como uma medida de superação legislativa (*legislative override*): “Uma possibilidade já existente de diálogo no Brasil é aquela que pode ocorrer no momento final do controle difuso. Após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ainda vinculada a um determinado caso concreto, compete ao Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da constituição, suspender a execução, com efeitos para todos, da lei declarada inconstitucional pelo STF. Inúmeros autores sustentam que o Senado Federal não é obrigado a realizar essa suspensão. (...) Nesse sentido, ainda que de forma limitada e com efeitos pouco amplos, haveria uma espécie de *legislative override* no controle de constitucionalidade brasileiro”. (O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, pp. 219-220).

que perfilham de uma modalidade de revisão judicial fraca. Por isso, o fato de a resolução do Senado Federal não ser utilizada em demasia não diminui a importância de que ela exista e possa ser, quando a política demandar, acionada. Tal ferramenta não foi pensada como um mecanismo expresso de sistema fraco de controle de constitucionalidade⁴⁴¹, mas talvez ela possa propiciar diálogos e gerar ilhas dentro do nosso sistema forte de jurisdição constitucional, contribuindo para uma maior atitude geral de respeito para com o parlamento. Uma tentativa nesse sentido é, claro, muito menos custosa e árdua do que o processo de tramitação de emenda constitucional.

O controle de constitucionalidade fraco, além disso, pode se manifestar de forma mais sutil e interessante do que esta que se dá quando do acionamento de cláusulas de veto ou bloqueio. A atenuação da supremacia judicial ocorre sempre que se estabelecem cadeias especiais de interação entre os poderes. Diversas reações do nosso parlamento manifestadas através da edição de atos legislativos, especialmente emendas constitucionais, que contrariam decisões do Supremo Tribunal Federal evidenciam que, mesmo em nosso sistema forte é cabível o estabelecimento de campos de comunicação profícua e célere entre legislativo e judiciário. Mais uma vez, estas “ilhas” não simbolizam que estamos dentro de um modelo brando de controle, porém elas demonstram que é um fator democratizante da nossa prática a alocação de espaços abertos nas decisões dos tribunais constitucionais, a indução da regulação normativa e a incorporação nos julgamentos das respostas que são apresentadas pelo Congresso, num fluxo contínuo denominado por Mark Tushnet de modelo diretivo (*managerial model*) ou por Rosalind Dixon, numa acepção um pouco diferente, de “*deferência ex post facto*”⁴⁴².

Essa concepção se insere dentro de uma atitude maior de contenção judicial que acentuei a partir do exame do minimalismo constitucional de Cass. R. Sunstein.

O avivamento do controle difuso de constitucionalidade enquanto caminho para uma jurisdição constitucional mais democrática passa pela quebra da ideia de que, após a Constituição de 1988, o aumento de ações do controle concentrado e abstrato e do rol de seus legitimados significou a vontade constitucional de preponderância de um modelo em relação

⁴⁴¹ Mark Tushnet enfatiza afirmando que mesmo as cláusulas canadenses não conseguiram produzir um controle fraco como almejavam: “My view is that these provisions have not worked in practice to create an effective system of weak-form review”. (*Weak-form judicial review and core civil liberties*, p. 5).

⁴⁴² Rosalind Dixon, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, p. 5.

ao outro. Por isso, não basta levantar contra a tese de “objetivação” do recurso extraordinário argumentos que afastem a incorporação de características do controle concentrado ao difuso. É preciso, antes disso, lembrar aspectos do controle difuso que o fazem singular e, como tal, tão ou mais importante que o concentrado. Uma qualidade central da sistemática é a moldura fática dos casos levados a julgamento.

A existência de uma limitação quanto ao caso concreto evita julgamentos que desnecessariamente dizem mais do que precisavam dizer. Os processos que contêm questões inicialmente subjetivas e factuais são, de antemão, mais propensos à formação de acordos que não exaurem os temas postos em julgamento, o que é altamente recomendável em matérias nas quais vige o desacordo como são aquelas que envolvem questões de moralidade política.

O controle difuso pode então ser relido à luz da sua característica de indutor de interação política, via resolução do Senado Federal, e de entendimentos construídos de forma compartilhada, através de acordos teóricos incompletos. Nessa perspectiva, a Reclamação nº. 4.335/AC e as suas teses de mutação constitucional e “objetivação” da jurisdição constitucional devem ser rejeitadas pela extinção que propõem de um mecanismo de freios e contrapesos, como vem a ser a resolução do Senado Federal, e pela herança que pretendem deixar de um controle difuso combalido, moribundo, ainda formalmente vigente mas residual e diminuto, o que não contribui para a democracia brasileira. Boa parte das teorias constitucionais contemporâneas mostra que o caminho deve ser justamente o contrário.

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, busquei demonstrar que o Supremo Tribunal Federal se encontra em um peculiar momento de ativismo, motivado por fatores variados de ordem institucional, como a tipologia da nossa Constituição e a gama de poderes por ela conferidos ao Tribunal; metodológica, com o uso de técnicas de ponderação de princípios e valores e do controle concentrado e abstrato de normas; e conceitual, considerando a aproximação cada vez maior da Corte em relação a abordagens marcadas por um acentuado grau de substancialismo.

O ativismo brasileiro se manifesta, dentre outras formas, pela centralização de competências no STF, o que pode vir a ocorrer especialmente com a declaração de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988. A partir de tese formulada nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº. 4.335/AC, segundo a qual a resolução do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade seria um instrumento obsoleto e anacrônico, cujo sentido se alterou com o passar do tempo de modo a que hoje configure mero ato de publicidade das decisões judiciais, ganhou espaço na Corte e no debate constitucional a ideia de diminuição de espaço do controle difuso e concreto acompanhada da incorporação neste mecanismo dos caracteres da sistemática concentrada e abstrata, num movimento apelidado de “objetivação”.

O conceito de mutação constitucional é o centro da proposta de absorção do controle difuso pelo concentrado. O Supremo Tribunal Federal, por vezes, apõe este rótulo em situações de simples mudança jurisprudencial, noutras o emprega genericamente para tratar de alterações informais de sentido da Constituição. Não há uma conceituação fechada nem

tampouco um posicionamento consistente por parte da Corte em relação ao seu papel no processo evolutivo constitucional.

Se a constituição é o retrato da manifestação do poder constituinte originário de um determinado tempo, é natural que a constante necessidade de evolução ocasione uma tensão entre este pré-compromisso original e as novas aspirações sociais. O sucesso de uma constituição é, em grande parte, o sucesso do seu modelo de abertura em relação às mudanças. O governo estável e brando que se aspira com o constitucionalismo não subsiste onde não pode haver mudança ou onde ela seja fácil e rápida demais. Por isso, a ideia de mutação constitucional é objeto constante de estudo e debate, seja a partir de um viés dogmático e conceitual, que está na origem do termo na Alemanha, seja por um prisma teórico flexível, tal qual se compreende o problema da “*living constitution*” nos Estados Unidos. Contudo, em um caso ou no outro, a proclamação ostensiva de uma alteração informal de sentido da constituição depende, antes de tudo, do reconhecimento de que as premissas fáticas subjacentes ao significado original da norma não mais se verificam no momento da nova interpretação.

Portanto, por qualquer enfoque, a validade da ideia de que o art. 52, X, da Constituição de 1988 sofreu uma mutação constitucional depende, ao menos, de que se prove a ocorrência de uma variação profunda nas circunstâncias fáticas e jurídicas entre duas épocas confrontadas. A justificativa apresentada pela teoria de “objetivação” do controle difuso é a de que isto se deu quando do aumento das ações e legitimados do controle concentrado de normas, ocorrido a partir da edição da Constituição de 1988. Com a ampliação do alcance da ação direta e demais instrumentos análogos, o Ministro Gilmar Mendes cunhou um raciocínio que embute a seguinte lógica: se um modelo está em ascensão, o outro deve estar em declínio. Pela sua tese, um modelo de controle prevalece sobre o outro e o controle difuso deveria não só se restringir a um papel residual, como assumir características de processo objetivo.

No entanto, o percurso da justiça constitucional brasileira é muito mais complexo, cheio de hibridismos e discussões do que faz parecer esta tese do Ministro Gilmar Mendes lançada na Reclamação nº. 4.335/AC. A dialética dos parlamentares no período das assembleias constituintes de 1934 e 1946 revela que, à época, já constava na agenda boa parte das preocupações e perguntas hoje lançadas quanto aos caminhos da nossa jurisdição constitucional. Pensava-se se o melhor seria a criação de um tribunal segundo o modelo

austríaco, o que poderia findar com a insegurança decorrente da falta de *stare decisis*, e qual deveria ser o desenho das nossas instituições e poderes constitucionais de modo a se alcançar o melhor funcionamento dos âmbitos jurídico e político. Os constituintes, entretanto, expressamente rejeitaram a proposta do tribunal constitucional centralizador, adotando uma posição clara no sentido de não conferir ao poder judiciário o direito de se aproximar das questões políticas no grau que parecia inevitável em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade. O efeito geral das decisões no controle difuso deveria ser conferido e modulado por um ato político do Senado Federal, que então se postava como um órgão que tinha a função de suprapoder, de coordenador dos demais. Também segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o crivo do Senado era tido como político e discricionário.

Assim, desde sempre, com a resolução senatorial almejava-se promover o equilíbrio entre os poderes⁴⁴³ e não exclusivamente instituir um mecanismo processual de vinculação ou mesmo de publicidade de decisões. Esta última hipótese sequer foi aventada pelos constituintes e não foi consagrada em nenhum momento da história da jurisprudência do STF. O modelo concentrado de revisão judicial de leis foi analisado e rechaçado como opção a ser incorporada de modo exclusivo e prioritário. Isto evidencia que a sua posterior previsão constitucional não se deu com base em dados ou elementos fáticos novos. As mesmas circunstâncias estiveram presentes na arena de discussão. Houve, enfim, uma opção do constituinte em 1934, ciente das consequências e das possibilidades teóricas.

Esse percurso histórico realça o caráter político ínsito à resolução do Senado Federal e enfraquece a alegada alteração de cenário que permeia a tese de mutação constitucional. E, sendo tão controversa a mudança no estado de coisas, fica em xeque a legitimidade do projeto de “objetivação” do recurso extraordinário.

A referida proposta de mudança da constituição, além de pecar pela ausência de uma alteração fática clara conforme exige a sua formulação, não apresenta coerência quando submetida ao cotejo de teorias da interpretação. A título exemplo, tomando-se duas abordagens opostas como a positivista e a do direito como integridade, por qualquer delas, a ideia está cercada por inconsistências.

⁴⁴³ Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, p. 264.

Por um viés positivista de interpretação da constituição, deve primeiro ser levado em consideração o que se acha previsto textualmente no documento. E, no caso do art. 52, X, da Carta de 1988, o que ali consta é que o Senado Federal detém a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional. Não há respaldo para inserção na “moldura de significados da norma”⁴⁴⁴ do argumento de que tal competência seria, em verdade, apenas para a publicização das decisões, na forma defendida pelo Ministro Gilmar Mendes a partir da obra de Lucio Bittencourt⁴⁴⁵.

Também quando se parte para o confronto com uma linhagem construtivista de interpretação, na esteira da visão do direito como integridade de Ronald Dworkin, o projeto de “objeção” do recurso extraordinário não atende à demanda por ampla coerência narrativa desta teoria. Há muito é concebida a existência de um modelo ambivalente de controle de constitucionalidade em nosso ordenamento. Inclusive, quando da recente reforma do poder judiciário em 2004, esse formato foi reforçado pela criação de instrumentos particularmente voltados à instituição de vinculação de precedentes e repercussão geral no controle difuso. Por isso, a colocação abrupta deste último num papel de coadjuvação não é uma medida que possa se inserir numa cadeia natural de acontecimentos, não é algo que possa ter surgido para aperfeiçoar a nossa prática anteriormente existente⁴⁴⁶, nem muito menos se trata de uma necessidade de justiça e moralidade política.

Por outro lado, nem mesmo o argumento pragmático consegue sustentar a mutação na forma pretendida. A alegação de que transpor as características do processo objetivo ao controle difuso implicaria a sua maior eficiência não tem se confirmado empiricamente, como demonstram as estatísticas de julgamento do Supremo Tribunal Federal. A tramitação das ações diretas de inconstitucionalidade não tem apresentado resultados mais céleres e efetivos do que a dos recursos extraordinários na Corte. Acresço, com base na estatística do próprio STF, que a maior parte dos processos objetivos não chega a ser conhecida e que parcela relevante de 30% do acervo aguarda julgamento definitivo há anos⁴⁴⁷. Invocar a eficiência, ao que se vê, não favorece a centralização de competências na Corte, a superação do caráter

⁴⁴⁴ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴⁴⁵ Cf. C. A. Lucio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

⁴⁴⁶ Em Ronald Dworkin, há a defesa da ideia de que toda interpretação deve tornar o objeto o melhor possível. (*O Império do Direito*, p. 88).

⁴⁴⁷ Estatísticas do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>, acesso em 15.04.2013.

político da resolução do Senado Federal e todo o conjunto de medidas que compõem arranjo da “objetivação” aqui tratada.

Também se for ser considerada a abertura ao pluralismo, os números evidenciam um uso corporativo das ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, embora o processo objetivo esteja aberto à ocorrência de audiências públicas e à manifestação de *amicus curiae*, tais medidas que promovem incrementos de legitimidade procedimental não eliminam as questões estruturais de supressão de opiniões ao longo da cadeia de tramitação processual, oportunidade para que as decisões sejam testadas em suas consequências, e de preenchimento da esfera de debate por julgamentos amplos e dotados de pretensões de esgotamento dos temas em definitivo.

Essa gama de razões denota que a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e a pregação como um todo de que a jurisdição constitucional objetiva é o caminho a ser adotado pela sistemática difusa padece de deficiências que marcam as conclusões dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau por um viés decisionista e autoritário, percebido com clareza pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “(...) não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que elas resista”⁴⁴⁸.

Numa perspectiva institucional, o problema da proposta está no *déficit* democrático da jurisdição constitucional que ela aprofunda⁴⁴⁹. O controle concentrado na sua forma abstrata já é mais propenso a questionamentos pela generalidade que nele a decisão judicial assume, aproximando-se da atividade legislativa⁴⁵⁰. Além desta circunstância, a sistemática é uma das causas associadas ao ativismo judicial pela extensão dos seus julgamentos despidos de limitação fática. Pretender então “objetivar” o controle difuso não é simplesmente aparelhar-lhe com *stare decisis*, afinal isto é algo que pode se realizar de inúmeras formas mais específicas e diretas, mas sim criar um regime de hierarquia e precedência entre os dois sistemas, diminuindo características essenciais ao perfil democrático da nossa justiça constitucional.

⁴⁴⁸ Cf. Voto proferido no julgamento da Reclamação nº. 4.335/AC.

⁴⁴⁹ Jürgen Habermas considera esse déficit inerente à modalidade abstrata de jurisdição constitucional. (*Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p. 241).

⁴⁵⁰ Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 268.

Esse é um panorama dos motivos pelos quais a tese de “objetivação” do controle difuso não deve ser encampada. Porém, é necessário um passo propositivo. A resposta sobre como democratizar e ampliar ainda mais a legitimidade da nossa jurisdição constitucional certamente não será encontrada apenas na crítica aos votos contidos na Reclamação nº. 4.335/AC. Não é suficiente que este específico julgamento tenha este ou aquele desfecho. A nossa prática como um todo precisa se assentar em pressupostos novos e distintos dos que a tem conduzido até o momento à postura judicial de superioridade, autorreferência e isolamento, o que não precisa vir através de emendas à constituição ou atos que simbolizem rompantes e hostilidades entre os poderes. A ressignificação do controle difuso de constitucionalidade, isto é, a atribuição de novos sentidos à sua prática e institutos, é a possibilidade teórica que levanto para a tentativa de uma mudança de rumos. Os novos sentidos a que faço alusão surgem pelo cotejo de outras experiências e teorias sobre adjudicação diferentes das que inspiram a linha de “objetivação”.

A supremacia judicial não é um consectário lógico da ideia de controle de constitucionalidade no grau que a temos adotado, nem tampouco é a única forma de proteção de direitos constitucionais, como evidencia a incursão na obra de Jeremy Waldron. A preponderância da Constituição não significa a eleição de um único órgão para ser o seu exclusivo intérprete. Os países que dissociam as duas formas de supremacia, constitucional e judicial, podem implantar (ou, pelo menos, cogitar sobre) modelos de controle de constitucionalidade híbridos e flexíveis. E, mesmo que a Constituição Federal de 1988 já conte com a convivência paralela de dois sistemas, é possível aprofundar este hibridismo através da incorporação de noções e elementos de controle fraco de constitucionalidade como meio para a pretendida democratização da nossa prática.

O controle fraco de constitucionalidade, isto é, a possibilidade de reação rápida dos parlamentos a decisões de cortes constitucionais, não é uma saída que deva ser simplesmente importada para o nosso país, porque uma tentativa inoportuna neste sentido culminaria em artificialismo e baixa aceitação do modelo. Esse é justamente o equívoco da Proposta de Emenda à Constituição nº. 33/2011. A medida tem angariado fortes reações contrárias à noção de que as decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade sejam submetidas ao Congresso Nacional sendo considerada inconveniente, exacerbada e revanchista.

O debate sobre a PEC nº. 33/2011 tem mostrado que a incorporação de elementos de controle fraco não deve se dar como uma promessa de cura para todos os males e não precisa advir da criação de cláusulas de *legislative override*. O Brasil conta com um peculiar instrumento na sua jurisdição constitucional que é a resolução do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da Constituição de 1988. Embora não tenha sido pensado como um gatilho de acionamento de controle fraco, este preceito tem nítido caráter político e discricionário, sendo concebido não apenas como um veículo processual de vinculação, mas como uma forma de conferir ao Congresso Nacional a prevalência em relação à edição de regras gerais e ao exercício de controle sobre os demais poderes. A análise histórica da figura da resolução, seja na legislação seja na jurisprudência, redundará na constatação de que esta se trata de um mecanismo de freios e contrapesos.

A revalorização do controle difuso pode assim ter como uma das suas manifestações não só a manutenção do uso da resolução senatorial que, de mais a mais, não deixou de acontecer nos últimos anos, mas também o reforço ao seu caráter político. Mesmo que criada uma ferramenta tal qual a prevista na PEC nº. 33/2011, a experiência comparativa ilustra que ela não seria utilizada num ritmo que garanta a transmutação do nosso regime para um de controle fraco. O art. 52, X, da Constituição de 1988 pode ser empregado como válvula, mesmo que episódica, de discordância em relação às decisões do STF, numa espécie de medida leve de superação legislativa já instituída, tradicional e legítima⁴⁵¹.

Além disso, em que pese as previsões formais de *legislative override* não sejam acionadas com frequência em países que têm histórico de supremacia parlamentar e revisão judicial branda, sendo ilusório concebê-las como uma forma rotineira de diálogo⁴⁵², é certo que elas induzem nas cortes uma postura de maior deferência, suscitando abertura de espaço para trocas institucionais. O uso político da resolução do Senado é também um potencial mecanismo de fomento a tal postura.

O abrandamento da jurisdição constitucional através de *weak-form judicial review* tem sido visto muito mais como uma atitude geral de contenção e comunicação interpoderes do que como a invocação de vetos ou bloqueios expressos às decisões. Mark Tushnet defende, nesse contexto, a hipótese de existência de ilhas de controle fraco em sistemas fortes, ou seja,

⁴⁵¹ A hipótese é também concebida por Virgílio Afonso da Silva. (Cf. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, Revista de Direito Administrativo n. 250, ano 2009).

⁴⁵² Rosalind Dixon, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, p. 3.

de que determinadas matérias sejam objeto de fluxos de diálogo mais rápido e permanente entre judiciário e legislativo. As cortes exerceriam uma função diretiva do diálogo, mas não conclusiva e definitiva, num modelo por ele denominado de “*managerial model*”. O seu exemplo desta prática é encontrado na jurisprudência norte-americana sobre liberdade de expressão, tema que ele reputa ter sido construído pela Suprema Corte através de decisões que estimularam regulações posteriores pelo Congresso, as quais, uma vez editadas, passaram a ser levadas em consideração pelo Tribunal, fechando um ciclo⁴⁵³.

Na mesma linha, Rosalind Dixon aponta que a riqueza e o futuro do modelo canadense de revisão judicial estão na possibilidade de uma deferência *ex post facto*, que vem a ser compatibilização pelas cortes do uso das cláusulas de superação legislativa com os seus precedentes. A *legislative override* não precisaria solapar a jurisprudência reiterada das cortes constitucionais e tribunais inferiores, mas ser por eles encampada como motivo para o estreitamento e adaptação dos precedentes⁴⁵⁴.

Trocas informais ocorrem quando novas emendas constitucionais ou leis são editadas pelo parlamento em resposta às decisões judiciais e, em seguida, são acolhidas nos julgamentos. Elas constituem uma das grandes vias pelas quais a jurisdição constitucional pode avançar rumo à sua maior democratização pelo constante movimento de levar em consideração o que foi dito pelos outros poderes e atores constitucionais.

O modelo brasileiro não é infenso *a priori* à possibilidade de núcleos de maior deferência em determinados assuntos. Não obstante o Congresso Nacional seja rotineiramente acusado de inércia e omissão, não foram poucas as oportunidades em que reagiu aos avanços do Supremo Tribunal Federal sobretudo no campo da atuação política dos congressistas perante as suas bases e partidos. Atos normativos foram editados em contraposição às decisões judiciais no caso da criação de municípios, de redução do número de vereadores e de coligações partidárias. Também a Corte, de outra parte, já encampou manifestações do Congresso, formando convicção, por exemplo, quanto à extensão do trancamento de pauta por medidas provisórias ou mesmo se valendo da resolução do Senado Federal editada no controle difuso como reforço argumentativo às suas decisões.

⁴⁵³ Cf. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008.

⁴⁵⁴ Rosalind Dixon, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, p. 5.

Por tudo isso, não há incompatibilidade entre o nosso formato de jurisdição constitucional e a aceitação de controle fraco enquanto deferência ou exercício qualificado de “virtudes passivas”⁴⁵⁵.

O modelo difuso de controle de constitucionalidade aqui vigente, por ser o canal de questões concretas levadas ao STF, se coloca ainda como o meio precípua para o incremento da democracia deliberativa a partir de vertentes teóricas de *self restraint*, como a minimalista. O minimalismo de Cass R. Sunstein se alinha com as visões mais atuais de controle fraco quando propõe que os tribunais se atenham aos casos particulares, sejam mais humildes supondo a existência de consequências das decisões que não podem ser antecipadas, mantendo, enfim, a firme compreensão de que há desacordo e múltiplos pontos de vista razoáveis numa sociedade complexa⁴⁵⁶.

A construção da deferência como expressão maior do controle brando deve ter a sistemática difusa como porta de entrada em nosso sistema, pois a concretude é uma característica desse tipo de jurisdição constitucional. O recurso extraordinário é o caminho pelo qual o Supremo Tribunal Federal julga questões constitucionais a partir de fatos e é justamente a moldura fática a contenção natural aos julgamentos que buscam exaurir as controvérsias em litígio projetando desnecessariamente o futuro. A ressignificação dessa modalidade deve então jogar luz sobre esta característica que a torna singularmente mais plural e democrática.

Falar em novo significado e revalorização do controle difuso e concreto pode parecer um esforço em vão diante da quantidade de instrumentos à disposição do STF e da trilha de centralização e ativismo adotada pela Corte de uma forma que parece inexorável. No entanto, a cada julgamento relevante se inicia um novo capítulo da história da jurisdição constitucional e ela se move e reinventa no curso desses episódios fragmentados. Nenhum passe de mágica fará com que o Supremo Tribunal Federal adote uma atitude de deferência e contenção quando ela é necessária, nem modelos fracos ou minimalistas. Ninguém imagina que isso vá acontecer num rompante. Esse processo, antes de tudo, deve ter como raiz o permanente debate de possibilidades por uma doutrina crítica e atuante. É por isso que os autores que conferem maior prestígio à democracia deliberativa do que à adjudicação depositam na doutrina tanto a sua crítica mais ácida quanto a sua esperança mais valiosa. Deixar de discutir

⁴⁵⁵ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, p. 16.

⁴⁵⁶ Cass R. Sunstein, *One case at a time*, p. 4.

e contrapor a tese de mutação constitucional e de “objetivação” do controle difuso através da apresentação de novos argumentos e perspectivas que respeitem o pluralismo e o dissenso é perder uma oportunidade única de reflexão propositiva para a jurisdição constitucional brasileira.

O presente trabalho buscou fazer com que o início dessa reflexão passasse não pela reiteração de que nosso país possui este ou aquele sistema tradicional de controle de constitucionalidade, mas pelo olhar lançado em teorias contemporâneas que renovam e realçam características positivas existentes no nosso antigo controle difuso e concreto, por acreditar que outra prática mais aperfeiçoada e democrática na sua missão de concretização de direitos, ainda que por vezes distante, sempre é possível⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Juliano Zaiden Benvindo exorta-nos à busca por esta prática aprimorada “que se centre na singularidade do caso, que hermeneuticamente reconstrua o seu conteúdo reconhecendo o caráter consistente e cogente do sistema de direitos, e, finalmente, intimamente preocupado com a busca pelo outro”. (*On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, tradução minha, p. 412).

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *Nós o Povo Soberano: fundamentos do Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *The Living Constitution*, Oliver Wendell Holmes Lectures. Cambridge, Mass.: Harvard Law Review, Vol. 120, n. 7, 2007.

ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves de. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 15, número 57, jan/mar 1978.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMAR, Akhil Reed. *America's Unwritten Constitution*. (livro ainda não publicado). Trecho disponível em: <http://lawweb.usc.edu/who/faculty/workshops/documents/Amarspaper.pdf>, acesso em 20.03.2012.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O prévio requerimento administrativo: ganhos financeiros e sociais no desenvolvimento da política pública previdenciária nacional*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22794/o-previo-requerimento-administrativo-ganhos-financeiros-e-sociais-no-desenvolvimento-da-politica-publica-previdenciaria-nacional#ixzz2IC8Ld0kMdo>. Acesso em 15.01.2013.

ARAÚJO, Stéfano Cunha. *A tese da mutação constitucional da resolução suspensiva do Senado Federal e o processo de sufocamento do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, após a emenda constitucional 45/2004*, dissertação de mestrado, Brasília: Universidade de Brasília, 2011. Disponível em: http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/9360/1/2011_StefanoCunhaAraujo.pdf. Acesso em 17.01.2013.

ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ÁVILA, Humberto. *“Neoconstitucionalismo”*: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em 22.03.2013.

AZEM, Guilherme. *Repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, 1994.

BARBER, Sotirios A.; MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; *American Constitutional Interpretation*. Second Edition. New York: The Foundation Press, Inc., 1995.

BARBOSA, Leon. “PEC Evangélica, PEC nº. 33/2011”. Disponível em: <http://controleconstitucional.blogspot.com.br/2011/07/pec-evangelica-pec-32011.html>, acesso em 03.03.2013.

BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, Revista Diálogo Jurídico n. 15, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais revisitada*, Revista da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, n. 48, ano 1995. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928867/DLFE-48458.pdf/Revista48Doutrina_pg_60_a_98.pdf. Acesso em 17.01.2013.

_____. *Brazil's unbalanced democracy: presidential hegemony, legislative fragility and the rise of judicial power*. Conferência ministrada na Universidade de Yale, em 14.2.2011.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva: 2009.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERMAN, José Guilherme. *Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito Público DPU nº 32, Mar-Abr/2010.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Second Edition, New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudos sobre El Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937*, Revista DPU, Vol. 1, nº 31 – Jan-Fev/2010.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Revista de informação legislativa, v.33, nº 129, p. 25-43, jan./mar, de 1996.

CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Trad.: Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política nº. 23. Curitiba, nov. 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. *Jurisdição, Economia e Mudança Social*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos - Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Volume II. 3ª edição – Revista. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, 4 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

COSTA, Edgar. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, Volume V, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

COSTA, Oswaldo Poll. “*O espírito (antidemocrático) da PEC Nº 33/2011: uma questão de validade e não de vigência*”. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em 03.03.2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Breve Histórico do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade brasileiro*. In: Crise e Desafios da Constituição. Coord: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Negotiations. Interventions and Interviews, 1971-2001. Declarations of Independence*. Stanford, California: Stanford University Press, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. *Anotações sobre Neoconstitucionalismo e sua crítica*. Working Paper. Artigos Direito GV, março de 2008, p. 10. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08.01.2013.

DIXON, Rosalind. *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper n°. 284, 2009, Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu>. Acesso em: 02.04.2013.

_____. *Weak Form Judicial Review and American Exceptionalism*, University of Chicago, Public Law And Legal Theory Working Paper No. 348, May 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1833743>, acesso em 01.03.2013.

_____. GINSBURG, Tom. *Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design*, University of Chicago Law School, Draft for University of Chicago Law School Conference on Rational Choice & Constitutional Law. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/file/Dixon-Ginsburg%20new.pdf>. Acesso em: 02.05.2013.

DORF, Michael C.; TRIBE, Lawrence H. *On reading the Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.

DUXBURY, Neil *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELSTER, Jon. *Ulisses Liberto*. Estudos sobre Racionalidade, Pré-compromisso e Restrições. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Carolina Cutrupi. *ADI: critérios de legitimidade reconhecidos pelo STF. Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J. H. Ely*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, jul. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35640>>. Acesso em: 22.01.2012.

FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. Volume: 9, Edição 4, 1991.

FRIEDMAN, Leon. *The Supreme Court vs. Congress*. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/leon-friedman/the-supreme-court-vs-cong_b_1561123.html. Acesso em 20.12.2012.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder. Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal*. Coluna publicada em 25.12.2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 10.04.2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução: William Rehg, Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Federalist Papers*, Oxford World's Classics, New York: Oxford University Press, 2008.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HUGHES, Charles E. Discurso na Chamber of Commerce, Elmira, New York (3 May 1907). *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes*. Disponível em: <http://archive.org/details/addressespaperso00hugh>. Acesso em 12.04.2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSTER, Charles R. *The Federalist Papers (Introduction)*. Signet Classic. New York: New American Library, 2003.

KENNEDY, Duncan. *The critique of rights in critical legal studies*. Disponível em: duncankennedy.net. Acesso em 07.01.2013.

LEAL, Mônia Clarissa Henig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEITER, Brian. *Why Legal Positivism?*, University of Chicago, Public Law Working. Dezembro de 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1521761>. Acesso em: 01.04.2013.

LEVINSON, Daryl J. Rights and Votes. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu>. Acesso em: 08.01.2013.

MADISON, James. *The Federalist n.º. 43*. New York: New American Library, 2003.

MALTZ, Earl. *The nature of precedent*, North Carolina Law Review, Vol. n.º. 66, 1988.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividadejurisprudencial na 'sociedade órfã'*. NovosEstudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MCCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Onze ilhas*. Jornal Folha de São Paulo de 01.02.2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em: 07.08.2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: Hely Lopes Meirelles. *Mandado de Segurança*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALLE, e André Rufino do. *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*, 10.04.2009, disponível em www.conjur.com.br, acesso em 09.08.2012.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo II., 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

MOISÉS, José Álvaro. *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*, (organizado por: José Álvaro Moisés). Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Dez propostas para a Reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil*, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 3, 2005.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*, Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

PERRY, Michael J. *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?* (February 2003). Wake Forest Law Review, Vol. 38. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=380283>, p. 18. Acesso em 17.9.2012.

PORTELA, Fábio. *“Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário”*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>. Acesso em 20.02.2013.

QUINTAS, Fábio Lima. *“O Poder do legislador para sustar decisões do Supremo”*. Disponível: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/poder-do-legislador-para-sustar-decisoes-do-supremo>. Acesso em 03.03.2013;

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

_____. *The Nature of the Theory of Law*. Hart's Postscript. New York: Oxford University Press, 2001.

REHNQUIST, William H. *The Notion of a Living Constitution*, Texas Law Review, Vol. 54, n. 4, 1976.

REIS, Antonio Marques dos. *A Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1934.

ROSENFELD, Michael. *Comparative Constitutionalism, Cases and Materials*. American Casebook Series. St. Paul, Minnesota: Westgroup, 2003.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em 05.08.2012.

SEGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. Porto Alegre: Revista de Direito Público, ano 1, n. 2, p. 55-82, out/dez 2003.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011.

_____. *The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed*. Michigan Law, Working Paper nº. 77, março de 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 03.07.2012.

SILVA, Frederico Silveira e. *O decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória*. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo n. 250, ano 2009.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan. 2007.

STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010. Kindle Edition.

STRECK, Lenio. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em: 28.8.2012.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Nw Jersey: Princeton University Press, 2009.

_____. *Designing Democracy, What Constitutions Do*. Oxford University Press, 2002.

_____. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

_____. *Problems with minimalism*, University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 276, Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=880144. Acesso em 22.12.2012.

_____. *Why societies need dissent?*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005.

_____. *Beyond Judicial Minimalism*, Harvard University Public Law and Legal Theory, Working Paper n°. 08-40, 2008.

THAYER, James B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Harvard Law Review n. 129, 1893. Disponível em: www.jstor.org. Acesso em 20.12.2012.

THOMASSEN, Lasse. *Habermas on Constitutionalism and Democracy. The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: Leis e Costumes*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. “*A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos*”. In: Teoria dos Direitos Fundamentais – Obra coletiva. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUSHNET, Mark. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights And Democracy-Based Worries*. Wake Forest Law Review. Vol. 38. Georgetown Law, 2003.

_____. *Taking the Constitution away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press, 2000.

_____. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

_____. *Weak-form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*. Hein Online. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, n. 41, ed. rev., 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*, Rio de Janeiro: PUC, 2005, dissertação disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp076901.pdf>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Rev. Direito GV, vol. 4, n°. 2, São Paulo: July/Dec, 2008.

VIERA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. *The Core Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal, 2006. Disponível em www.forthomas.kyschools.us. Acesso em 17.08.2012.

_____. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.