

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Abhner Youssif Mota Arabi

**A Tensão Institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de
constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo
Tribunal Federal.**

Brasília - DF

2013

Abhner Youssif Mota Arabi

A Tensão Institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Monografia apresentada em conclusão ao curso de graduação de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília, novembro de 2013.

Abhner Youssif Mota Arabi

A Tensão Institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Monografia apresentada ao curso de graduação de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes (Orientador)

Prof. Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras (Membro da Banca)

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor (Membro da Banca)

Brasília, novembro de 2013.

A esperança nos juízes é a última esperança.

Em todas as organizações políticas e judiciais há sempre uma autoridade externa para errar em último lugar (...) O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e pela oportunidade de trilhar o caminho até aqui percorrido;

Aos meus pais, Nasser e Maria, e meu irmão, Arthur, pelo apoio diário e incessante, sem os quais eu nada seria.

Ao Prof. Gilmar Ferreira Mendes, pela orientação deste trabalho, e a Beatriz Bastide Horbach, pelo auxílio, indicações bibliográficas e pelas revisões realizadas;

Aos demais membros da banca, Prof. Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras e Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, pela atenção e disponibilidade;

Às inúmeras amizades realizadas durante minha passagem pela Universidade de Brasília, pelo convívio, alegrias e decepções compartilhadas, que, sem dúvida, me marcaram em definitivo;

Àqueles que já participaram da minha vida profissional pelos lugares em que já passei, pelas contribuições diárias que enriqueceram, e enriquecem, meu desenvolvimento pessoal.

Enfim, a todos aqueles que, durante esses nove semestres, de algum modo comigo contribuíram para a realização do curso de Direito na Universidade de Brasília – UnB, curso esse que, agora, saudosamente se despede;

A todos vocês, nominalmente mencionados ou não, registro meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Questões concernentes à judicialização dos conflitos e ao ativismo judicial são bastante recorrentes nos debates constitucionais e institucionais contemporâneos. Entretanto, a problemática não é recente, e remonta ao início do fortalecimento do exercício da jurisdição constitucional. Evidenciando um conflito imanente entre Democracia e Constitucionalismo, a legitimidade do exercício do controle de constitucionalidade e a necessidade de delimitação de seu alcance têm levado a debates em torno do fortalecimento do diálogo e da interação institucional a serem desempenhados entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Nesse sentido, aparece o debate sobre quem é o detentor da última palavra na interpretação constitucional, a qual é normalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal, e se tal interpretação judicial pode ser superada pelo legislativo e em quais casos, e de que modo, dar-se-ia tal superação. Costuma também surgir a alegação de ausência de legitimidade democrática para a atuação jurisdicional, mas ao mesmo tempo o Legislativo se vê inserido em um profundo cenário de crise de representatividade, que coloca em xeque também a sua atuação institucional. Nesse sentido, editou-se, como reação paramentar, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 33/2011) que visa a alterar alguns dispositivos do texto magno a fim de aumentar, ou criar, diriam alguns, o controle do Legislativo sobre algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal. É nesse amplo contexto de exercício da jurisdição constitucional, da legitimidade de seu exercício e do conflito institucional daí exurgente que se insere o presente trabalho, que pretende abordar os principais aspectos controversos sobre essa questão, concluindo, ao final, pela legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Constitucionalismo; Democracia; Controle de Constitucionalidade; Tensão Judiciário x Legislativo; Diálogo Institucional; Crise de Representatividade; Legitimidade do STF.

ABSTRACT

Questions concerning the legalization of conflicts and judicial activism are quite recurrent in contemporary constitutional and institutional debates. However, the problem is not new and it dates back to the beginning of strengthening of constitutional jurisdiction. Showing an inherent conflict between Democracy and Constitutionalism, the legitimacy of the exercise of judicial review and the need for delimitation of its scope have led to debates around the institutional dialogue to be played between the Judiciary and the Legislature. Accordingly, it appears the debate over who should be the holder of the *last word* in the interpretation of the Constitution, which is usually attributed to the Supreme Court, and if such judicial interpretation can be overruled by the legislature and in what cases, and how, would that overruling take place. Often also arise the claim of lack of democratic legitimacy for the Courts' action, but at the same time the Legislature finds itself inserted into a deep crisis of representativeness, which also calls into question their institutional performance. In this sense, it was edited, as a parliamentary reaction, a Proposition of Constitutional Amendment (PEC 33/2011) that intends to amend certain provisions of the Brazilian Constitution in order to increase the control of the Legislature on some of the decisions the *Supremo Tribunal Federal* (STF). It is in this broad context of the exercise of constitutional jurisdiction, of the legitimacy of its exercise and of the institutional conflict that emerges that this present work is included, which aims to address the main aspects of this controversial issue, concluding, at the end, that the action of the *Supremo Tribunal Federal* has been conducted in a legitimate way.

Keywords: Judicial Activism; Constitutionalism; Democracy; Judicial Review; Judiciary x Legislative Tension; Institutional Dialogue; Crisis of Representation; Legitimacy of STF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. Distinções entre a atuação legislativa e o exercício da Jurisdição Constitucional.....	14
1.1 A ascensão do Judiciário no cenário institucional brasileiro.....	17
1.2 O conflito Democracia x Constitucionalismo e seu reflexo no processo de legitimação da atuação das Cortes Constitucionais.	24
2. Formas alternativas de controle judicial de constitucionalidade: o modelo canadense, o diálogo institucional e sua aplicação ao modelo brasileiro.....	30
2.1 O modelo canadense de controle de constitucionalidade, a <i>notwithstanding clause</i> e o diálogo institucional.	32
2.2 A omissão inconstitucional e a tentativa de estabelecimento de um diálogo institucional no Brasil.....	39
2.3 Interação institucional e a mitigação da prevalência Judicial: casos de superação legislativa da interpretação constitucional do STF.	47
3. A crise da legitimidade democrática formal e a atuação materialmente legítima das Cortes Constitucionais.	57
3.1 A crise de representatividade e da legitimidade democrática do Legislativo.....	59
3.2 A atuação jurisdicional ativa como garantidora dos direitos fundamentais.	66
3.3 Casos do direito comparado: exemplos da Suprema Corte dos Estados Unidos.....	67
4. A Tensão Institucional e a Resposta do Poder Legislativo.	73
4.1 Considerações sobre a PEC 33/2011.	73
4.2 Da Inconstitucionalidade da PEC 33/2011.	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

Historicamente, o Constitucionalismo, após a afirmação de Revoluções como a Americana e a Francesa a partir do século XVIII, surgiu como um novo modelo jurídico-político que se colocava como alternativa ao então esgotado modelo absolutista. Elevando princípios como o de separação de poderes, garantia de direitos e limitação do poder exercido, passou-se a estabelecer uma norma jurídica base, a Constituição, como ocupante de posto de centralidade em um ordenamento jurídico, organizando a atuação estatal, fixando princípios e valores a serem observados nas relações políticas, sociais, econômicas dentro daquele Estado e servindo como fundamento de validade, ainda que não necessariamente escrita, para as demais normas jurídicas ali existentes. Junto com o Constitucionalismo, desenvolveu-se, ao longo do tempo, a jurisdição constitucional, pela qual se desejava proteger e garantir a eficácia e supremacia da Constituição.

Durante muito tempo, o grande debate em torno das questões concernentes à jurisdição constitucional se deu acerca de quem seria o titular de seu exercício. Tal polêmica foi marcada pelo conhecido debate Kelsen x Schmitt, polêmica esta que teve lugar ao final da República de Weimar, em meados do século XX. De um modo breve, costuma-se sintetizar tal debate ao se dizer que Schmitt¹ defendia que a função de guarda da Constituição deveria ser atribuída ao chefe do Poder Executivo, no caso da época o Presidente do Reich. O controle de constitucionalidade, na visão deste autor, deveria ser feito por um órgão político, dotado de legitimidade popular e que transmitisse tal legitimidade às suas decisões; judicializar o controle de constitucionalidade seria uma extravagância. Já Kelsen², em vias opostas, defendia a tese de que o controle de constitucionalidade deveria ser exercido por meio da existência autônoma de uma jurisdição constitucional, concretizada por um corpo judicial próprio, uma corte especializada. Partindo da ideia de que, já que não se pode ser juiz em causa própria, os membros dessa corte deveriam ser

¹ Cf. SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**, tradução de Geraldo de Carvalho. São Paulo: Del Rey, 2006.

² Cf. KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

independentes do jogo político, pelo qual são editadas as leis, defendia o autor que o controle não pode se dar em pilares políticos, devendo ser feito com base em uma análise entre norma e norma, não somente entre fato e norma como preconizava Schmitt. Mantendo a teoria de uma pirâmide normativa, sendo em seu ápice a *norma fundamental*, de onde as normas inferiores devem retirar seu fundamento de validade, far-se-ia necessário, então, a existência de um tribunal constitucional que faria um exame de compatibilidade entre o texto editado e a norma superior, evitando que os poderes eminentemente políticos (Executivo e Legislativo) julguem suas próprias leis.

Passado mais de meio século do fervor de tal debate, pode-se afirmar, a partir dos modelos existentes de controle de constitucionalidade mundo afora, que a posição kelseniana restou vencedora. A existência da jurisdição constitucional, e seu exercício por meio de tribunais constitucionais, é, hodiernamente, fato difundido em diversos países, mesmo em alguns de histórica supremacia parlamentar, e entende-se que a existência de um controle de constitucionalidade é imprescindível, principalmente nos países nos quais vigoram regimes constitucionais democráticos. Nesse sentido, diz-se que hoje o conceito de jurisdição constitucional se prende à necessidade de uma instância que exerça suas atribuições na solução de conflitos constitucionais da forma mais neutra e imparcial possível, de modo autônomo e independente do jogo político. Diz-se, assim, que o embate Kelsen x Schmitt foi superado neste aspecto, no sentido de que quase não se fala mais, nos atuais debates quanto ao tema em questão, isto é, em atribuir ao chefe do executivo o papel de guardião da constituição.

Entretanto, tal debate pode ser retomado quando lhe atribuído outro viés, que talvez se possa dizer menos formal e mais material, substancial: quais os limites da ação dos Tribunais Constitucionais? Em quais campos pode ele agir legitimamente, e em quais não? De onde advém essa legitimidade? No lugar dos questionamentos acerca da existência da jurisdição constitucional, passa-se a questionar, agora, a legitimidade do exercício de tal jurisdição, e quais seus limites e fundamentos. Surge, assim, o debate da legitimação das cortes constitucionais, visto que estas não são corpos democráticos, eletivos ou representativos, não obstante suas decisões afetem diretamente a vida do corpo social ao qual elas se referem; mesmo com uma mínima participação da

sociedade civil nos debates realizados. Florescem, a partir daí, questões bastante polêmicas, cujo debate é diverso.

A discussão quanto à legitimidade dos tribunais constitucionais ganhou força ultimamente, e no exemplo brasileiro se volta principalmente contra o Supremo Tribunal Federal (cúpula de nosso sistema judiciário), devido ao grande número de decisões proferidas por tal Corte sobre assuntos não apenas jurídicos, mas de forte caráter político e muitas vezes moral; assuntos estes que dividem a população enquanto corpo eleitoral e que, não raras vezes, contrariam os interesses políticos e sociais de sua maioria. É nesse contexto que começa a ser questionada a legitimidade de tais órgãos judiciais: quando se passa a decidir no âmbito do Judiciário questões que inicialmente se imagina como sendo de caráter proeminentemente legislativo (o qual se expressa por meio de um processo deliberativo entre representantes democraticamente eleitos e escolhidos pelo corpo social) começam os questionamentos. Até que ponto tal interferência é legítima, e até que limite pode ela se dar sem ameaças ao regime democrático e ao equilíbrio institucional da divisão de competências entre os Poderes sem que se desenvolva uma ditadura constitucional são pontos a serem debatidos dentro desse quadro.

É dentro dessa nova realidade, na qual tem se desenvolvido a democracia brasileira, que tem aumentado a tensão institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo: o exercício da Jurisdição Constitucional estaria sendo *ativista*, projetando-se sobre assuntos tipicamente políticos e invadindo esferas de competência do Poder Legislativo enquanto órgão de representação política popular da República. Esse conflito institucional gerou, recentemente, reações do Poder Legislativo, que, omissos em questões que precisam de regulamentação, viu o Poder Judiciário, e em especial o Supremo Tribunal Federal, agir em searas que *prima facie* seriam àquele atribuídas.

Em razão da atuação fundamental que tem tido o Supremo Tribunal Federal no desenrolar da democracia brasileira, desempenhando papel de suma importância na afirmação de direitos fundamentais e garantias individuais aos membros da sociedade, ou melhor, aos sujeitos constitucionais³, é que

³ Faz-se aqui referência ao conceito de sujeito constitucional empregado por Michel Rosenfeld.

tanto se cobra e se questiona a atuação desta Corte. É inevitável que se acabe propondo ao Tribunal assuntos controversos em nossa sociedade e de aparências políticas⁴. Entretanto, não fosse a atuação do STF, pergunta-se: a que ponto estaria, por exemplo, a situação de setores da sociedade que compõem as minorias legislativas? Uma vez provocado, já que o Poder Judiciário não atua de ofício, pode a Corte constitucional se negar a prestar a tutela jurisdicional a alguém que reclama a impossibilidade de exercício de direito fundamental? Em caso de resposta positiva, imagina-se que certamente as várias omissões legislativas ainda persistiriam, e o exercício de direitos subjetivos fundamentais ainda encontrar-se-ia tolhido, ou, ao menos, pendente de regulamentação.

É dentro desse cenário que o presente trabalho pretende se introduzir. Inicialmente, no primeiro capítulo, partindo da distinção entre a atuação legislativa e judicial, procura-se mostrar a imanente tensão existente entre Democracia e Constitucionalismo e como teria se dado a ascensão institucional do Judiciário nesse contexto. Como se evidenciará, essas duas figuras, embora geralmente andem juntas, não necessariamente se implicam uma na outra, e expressam uma relação de limitação mútua: a Democracia, tendo como um de seus princípios cardeais o da majoritariedade, encontra como obstáculo os limites impostos pelo Constitucionalismo, tais como os direitos individuais e garantias fundamentais, os quais devem ser garantidos ainda que em oposição às vontades da maioria. Por outro lado, já que se vive em um regime

Tal conceito recebe um tratamento do autor no sentido de ser uma categoria incompleta, sempre aberta. A definição do *eu constitucional*, segundo o autor, não pode se dar sem levar em consideração o outro, e as pluralidades e diversidades inerentes ao mundo contemporâneo. A definição completa do sujeito constitucional seria, na verdade, impossível, visto que se trata de uma categoria extremamente dinâmica e mutável, exposta aos imprevisíveis rumos que tomará sua respectiva ordem constitucional. São vários os *eus* constitucionais, e entende-se que é nesse sentido que deve se dar a proteção dos direitos fundamentais pela atuação do Supremo Tribunal Federal. O conceito será retomado mais adiante, coube aqui apenas uma breve nota introdutória. Cf. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003

⁴ Cita-se, por exemplo, o caso do reconhecimento legal das uniões estáveis homoafetivas como um tipo de entidade familiar. O assunto foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADPF 132 e ADI 4.277, ocasião na qual o Plenário do STF se manifestou pela equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar preconizada no art. 1723 do Código Civil, dando nova interpretação ao art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988. Para que se desse tal interpretação, contrária à literalidade do texto, preconizou-se pelos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, entre outros, dando maior eficácia a estes direitos fundamentais, de modo a ampliar a incidência da norma e os sujeitos constitucionais aos quais ela se destina.

democrático, não se pode sempre desprezar a vontade popularmente manifestada.

No segundo capítulo, a partir da descrição sintética do modelo canadense de controle de constitucionalidade, geralmente invocado como modelo de implementação do diálogo entre os Poderes, procura-se mostrar como se tem dado a interação institucional no Brasil. Mostram-se, em um primeiro momento, casos em que a tentativa desta interação foi ineficaz, exemplificados pelo tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal aos casos de omissão inconstitucional. Em seguida, a partir de exemplos recentes de casos que envolvem interesses diretos do Parlamento, são evidenciados casos em que a ação e reação ente Judiciário e Legislativo parece efetivamente ter ocorrido.

Em sequência, no terceiro capítulo, tenta-se rechaçar os argumentos de ilegitimidade da atuação do Poder Judiciário, visto o modo de composição de seus membros não se dar por vias democráticas ou eletivas, a partir da exposição do cenário de crise de representatividade instalada no Poder Legislativo, fenômeno que não é exclusividade da realidade brasileira, mas que aqui se demonstra com especial intensidade. Desse modo, a crítica que atinge o Poder Judiciário sob a perspectiva de que tal poder não tem bases democráticas formais que o sustente não parece legítima, pois, mesmo sendo constituído por vias eleitorais, o Poder Legislativo enfrenta um quadro de descrédito e desconfiança perante a população. Ou seja, mesmo se tendo a base popular formal (realização de eleições limpas e legalmente respaldadas), talvez lhe careça fundamentos materiais de legitimação e representatividade.

Por fim, no quarto e último capítulo, aborda-se um caso prático e exemplificativo de todo esse debate: a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011. Trata-se de uma reação do Poder Legislativo frente à ascensão institucional do Judiciário, a qual pretende introduzir alterações no texto constitucional, de modo a limitar a atuação do STF, sujeitando alguma de suas decisões ao referendo do legislador e, em caso de discordância, da população. A essa medida são apresentados argumentos no sentido de sua inconstitucionalidade, uma vez que suas alterações não se compatibilizam com a cláusula pétrea do princípio da separação de poderes, além de colocar em risco, como adiante se mostrará, direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, III

e IV da CF/88). Ademais, mesmo que somente nos casos em que houvesse discordância entre os Poderes Judiciário e Legislativo sobre a constitucionalidade da edição de determinada emenda constitucional, e mesmo sendo o *povo* o titular de onde emana todo o poder, entende-se que não é dado à população decidir a controvérsia, tendo em vista justamente o caráter contramajoritário que o Constitucionalismo contemporâneo exige.

É nesse amplo e polêmico quadro de tensão institucional que se vislumbra na República, o qual reflete uma tensão entre democracia e constitucionalismo, entre posições majoritárias e direitos fundamentais, entre Judiciário e Legislativo; que o presente trabalho se insere. Seria ou não legítima a atuação que tem tido o Judiciário em questões de caráter eminentemente político, ou até que ponto pode se dar tal atuação? São legítimas as queixas do Legislativo e as alterações expressadas na PEC 33/2011? Um modelo como o canadense, que preza por um maior diálogo institucional, funcionaria no Brasil? A transferência de competências ao Poder Legislativo aumentaria de fato a legitimidade democrática material das decisões tomadas? É a população, expressando-se majoritariamente após consultada por plebiscito, capaz de dar a última palavra sobre questões constitucionais atinentes a direitos fundamentais e garantias individuais? O Constitucionalismo, tal qual tem sido interpretado pelo STF, é lesivo aos princípios democráticos? Tais questionamentos são alguns dos objetos de investigação deste trabalho, conforme a partir de agora se passa a expor.

1. Distinções entre a atuação legislativa e o exercício da Jurisdição Constitucional.

Diz Zagrebelsky⁵ serem duas as condições de exercício da jurisdição constitucional: uma de caráter formal e outra de aspecto mais político-substancial. A primeira condição reflete um aspecto mais formalista quanto ao exercício da jurisdição constitucional: tendo em vista o crescente lugar que o texto constitucional ocupa em nosso sistema jurídico, sendo importante meio garantidor de direitos e liberdades individuais, faz-se necessário a existência de um controle de constitucionalidade. Sendo a Constituição ocupante de um alto posto em nossa ordem legal, é dela o papel de inspiração, ordenação e direção do ordenamento jurídico, de onde este retira validade e, como já dito, não se tem mais muitas divergências quanto a essa necessidade. Já a segunda condição possui um teor mais material, envolvendo o pluralismo das forças constitucionais e questões tais como as que concernem à legitimidade e aos limites do exercício da jurisdição constitucional. Enquanto a primeira condição envolve problemas de ordem institucional, têm-se, na segunda, questões mais dinâmicas e axiológicas, oscilando em uma mútua interferência entre Direito e Política, e, por consequência, implicações recíprocas entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

A relação entre tais campos aumenta quando o assunto é a Constituição, uma forte estrutura de ligação entre as duas esferas, que mantém as intensas relações entre o jurídico e o político. Daí ser inevitável que decisões jurídico-constitucionais (como muitas do Supremo Tribunal Federal) afetem a política, do mesmo modo que as decisões políticas afetam o jurídico. Não obstante tais implicações e comunicações que Direito e Política, e mais concretamente os Poderes Judiciário e Legislativo, possuem entre si, é certo que cada um deles tem suas especificidades e distinções.

Nos sistemas políticos modernos, o Poder Legislativo é, em sua maioria, composto por grandes assembleias; primando-se, durante o decorrer do processo legislativo, pela importância da atividade deliberativa. Essas são compostas e estruturadas de modo a representar da maneira mais substancial possível os inevitáveis e sempre presentes desacordos e pluralismos

⁵ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 14.

existentes dentro do corpo social. Nesse contexto é que tal poder desempenha suas funções, fazendo suas deliberações e tomando suas decisões não de modo a atingir um consenso, ou chegar a uma conclusão coletiva sobre qual das posições defendidas é a correta; mas pela aferição, por meio de votos individuais, de qual a posição que, no momento, possui um maior apoio entre os membros do corpo deliberativo. Esse é um traço típico da atividade política⁶.

Comparando os aspectos acima elencados com a atuação de uma Corte, emergem alguns pontos dignos de maior atenção, a partir dos quais começam a se colocar muitas das críticas que se costuma fazer à atuação do Judiciário. Também as Cortes são estruturadas de modo a permitir a manifestação de visões rivais e opostas (o Judiciário é uma instituição da controvérsia), mas a diferença está na distinção, incorporada no ambiente judicial, entre as partes litigantes e aquele que está munido do poder de decisão (o juiz). São apresentados os pontos de vista contraditórios, cada um tentando mostrar o equívoco da posição contrária, ou o acerto da posição defendida. Então o juiz, ante a tais manifestações, se retira, reflete e retorna ao caso com uma decisão que se pretende ser imparcial ante as declarações realizadas. Enquanto as partes, diante de um processo judicial, esperam por um juízo imparcial (e o fazem por exercício de um direito), aqueles que comparecem ante a um comitê legislativo, na teoria dos sistemas representativos, já saberiam de antemão os compromissos e visões partidárias de seus membros. Ou seja, o corpo legislativo, em tese, explicitamente toma suas decisões com base em critérios partidários; esse já é traço esperado no processo legislativo. O contexto de um tribunal colegiado, de que é exemplo o Supremo Tribunal Federal, talvez possa se aproximar de tal situação no sentido de que muitas vezes já se conhece o caminho pelo qual seguirão os votos de determinados ministros ante a uma controvérsia particular. Entretanto, tal traço é típico da atividade legislativa; e não deveria, aduzem os críticos, ser componente da imagem de um órgão judicial⁷.

Diz-se que a votação é traço típico da atuação legislativa e, tradicionalmente, tal atuação não costuma ser vista com bons olhos; afirma-se

⁶ A propósito, Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁷ *Ibidem*.

que, algumas vezes, tal caminho:

[...] parece tão estúpido - contar cabeças e deixar um único voto marginal decidir questões, quando o que está em jogo é um grande problema de princípio ou algum assunto complexo da política. Isso contrasta com o elaborado processo deliberativo das cortes, nos quais os motivos e razões para uma decisão são incorporados no argumento que aparece em julgamento escrito. Um contraste desse tipo é, por vezes, tomado como base para justificar o *judicial review* nos EUA, e para argumentar a favor de mudanças constitucionais que tornariam a legislação vulnerável a um *judicial review* no Reino Unido e em outros lugares. É certo que tal argumento é geralmente utilizado sem muita atenção para o real comportamento dos tribunais. Alguém preocupado com o procedimento do voto também deveria ser influenciado pelo fato de que os votos de cinco ministros derrotam quatro na Suprema Corte dos EUA, não importando a qualidade ou os argumentos por estes levantados⁸.

Conforme se pode perceber, não obstante as críticas elencadas ao procedimento legislativo, no qual por meio da formação de uma maioria despreza-se o entendimento de todo o resto do corpo legiferante, os tribunais colegiados, afirmam os críticos, têm adotado o mesmo procedimento. Entretanto, como se verá ao longo de todo este trabalho, a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário se pauta em princípios distintos, e é nesse contexto de diferenciação entre o caráter majoritário da ação política e a necessidade de proteção das garantias individuais e do direito à diferença das minorias políticas em sede da prestação de tutela jurisdicional (destacando-se, nesse sentido, a jurisdição constitucional) que se coloca o debate sobre o caráter contramajoritário do direito e seu importante papel nas plurais sociedades modernas.

Em meio a um quadro de grande multiplicidade e diversidade nas sociedades contemporâneas, é preciso zelar também pelos grupos minoritários, para que estes não acabem sendo vítimas de atos de exclusão social e de intolerância, e para que se garanta o respeito para com o diferente. Nessa perspectiva o Estado Constitucional e Democrático de Direito ainda é o

⁸ Ibidem, p. 26; tradução livre.

melhor, senão o único, modo pelo qual sejam garantidos os direitos de tais minorias. Nessas democracias, importante papel tem tido o Judiciário com seu traço contramajoritário, e o desenvolvimento, dentro de tal paradigma de Estado, de um modelo jurídico-político capaz de se adequar a diferentes contextos e a distintas realidades étnicas, culturais, regionais e religiosas, o que contribui para uma maior justiça social, bem como para um maior reconhecimento efetivo de camadas da população que, *a priori*, se encontrariam excluídas em muitas das esferas sociais.

Porém, ao mesmo tempo em que se afirma um dos papéis do Direito, ou melhor, do Constitucionalismo, surgiria, um problema: colocando fim a tais divergências, e orquestrando os interesses contrastantes em um ambiente de ‘desacordos’ (*disagreements*⁹), o direito acabaria por revelar um traço antidemocrático e nada inclusivo: a solução deve ser aceita, quer seus destinatários concordem, quer não; os sujeitos de direito são obrigados a participar de situações que eventualmente julguem injustas e indesejáveis. Tal característica é compreensível quando se trata de direito disponíveis ou patrimoniais, mas deve ser repensada nas ocasiões em que as soluções propostas acabam por violar direitos e liberdades individuais. Este traço é notadamente claro no âmbito das cortes constitucionais, onde, por vezes, esta é obrigada a se posicionar e decidir frente a um conflito de princípios constitucionais afirmativos de direitos individuais e, desse modo, emerge novamente a questão da legitimidade de sua atuação, já que se coloca de modo contrário a algumas posições de maioria.

Tal situação tem gerado certo conflito entre os Poderes diante da ascensão que tem tido o Poder Judiciário no cenário institucional da democracia brasileira. Este, por meio do exercício do controle de constitucionalidade e da busca pela efetividade dos direitos fundamentais, tem se destacado, conforme analisado a seguir.

1.1 A ascensão do Judiciário no cenário institucional brasileiro.

O exercício da jurisdição constitucional é traço típico do Estado constitucional de Direito. Como se sabe, esse modelo de Estado só começou a

⁹ *Ibidem*.

se firmar a partir do término da 2ª Guerra Mundial, em meados do século passado. Antes disso, predominava um modelo de Estado no qual os textos constitucionais eram tidos como documentos políticos, cuja aplicação era dependente de uma maior ação do legislador e do administrador público. O *judicial review*, nos poucos lugares em que existia, tinha aplicação discreta e pouco relevante, e predominava a supremacia do Parlamento, por meio da centralidade da lei dentro do modelo então vigente.

Com a implementação de um Estado constitucional de direito, e sua expansão mundo afora, a Constituição passa a ser vista também como uma norma, um diploma jurídico e, mais que isso, como a maior das normas jurídicas dentro de um ordenamento. Nesse novo modelo que se instaurava, o texto constitucional é que passou a ocupar posto de centralidade, e, como consequência do princípio da supremacia da constituição, começava a ganhar força a ideia da supremacia judicial¹⁰, justamente pelo fato de se atribuir a guarda da Constituição a órgãos judiciários e pelo consequente exercício da jurisdição constitucional, que inicialmente se dava, via de regra, em duas formas gerais de atuação:

A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. [...] A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição).¹¹

É a partir desse novo modelo de Estado, que prima pela centralidade e hegemonia da Constituição e que acaba por desaguar em uma *supremacia judicial* que, aos poucos, foi se dando a ascensão institucional do Poder Judiciário, como já acima evidenciado, constatada por uma ampliação da participação ativa deste poder em assuntos de caráter aprioristicamente político e que acabam por influenciar diretamente o dia a dia da população. Nesse

¹⁰ Entende-se que supremacia judicial se pauta pela atribuição em primazia da interpretação final do texto constitucional a uma Corte, um Tribunal; o qual acaba por, na determinação do que é ou não constitucional, inevitavelmente envolver também o exercício de um poder político.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf, 2011; acesso em 8 de outubro de 2013, p. 5.

contexto, o qual não é exclusivo da realidade brasileira, mas antes é um fato que se nota em diversas democracias no direito comparado, viabilizaram-se fenômenos como a judicialização da política e das relações sociais: questões consideradas relevantes (seja do ponto de vista moral, ético, político, econômico ou social) passam a ser decididas, e de forma definitiva, pelo Poder Judiciário e, no caso brasileiro, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Diversas causas têm sido atribuídas a esse fenômeno, algumas gerais e aplicáveis à sua ocorrência em vários países mundo afora, e outras que seriam mais específicas da situação brasileira. Inicialmente, fala-se na necessidade e importância da existência de um Judiciário forte e independente para as democracias contemporâneas. Há, ainda, o mencionado quadro de descrença nos poderes Legislativo e Executivo, refletindo um cenário de uma certa crise de representatividade dos parlamentos de um modo geral. Por fim, e essa causa é especialmente forte num país de tantas pluralidades como é o Brasil, o Legislativo coloca-se em uma posição confortável ao deixar que questões controversas e polêmicas sejam decididas pelo Judiciário, evitando, assim, o eventual desgaste frente à opinião pública e às bases eleitorais, por exemplo.

Em nosso país, a dita judicialização é ainda mais reforçada dado nosso amplo modelo de constitucionalização, que é bastante abrangente, e a vasta extensão do exercício do controle de constitucionalidade, que mescla características do modelo americano¹² (difuso e concreto) com o modelo europeu¹³ (concentrado e abstrato). É certo que as principais divergências entre esses dois modelos já se tornaram obsoletas¹⁴, quando estabelecidas por

¹² Ao se falar no modelo americano de controle de constitucionalidade, faz-se referência àquele no qual este é difuso (pode ser realizado por qualquer juiz de qualquer grau de jurisdição) e se dá em face da análise de casos concretos que se oferecem à apreciação dos tribunais.

¹³ Já quando se fala no modelo europeu, a referência é ao modelo concentrado, pelo qual a análise de constitucionalidade de atos normativos é restrita a determinado órgão judicial, e esta se dá em casos nos quais se ataca determinada lei em tese, sem a necessidade de um caso concreto que sirva como matéria de fundo.

¹⁴ A obsolescência da distinção entre os dois clássicos modelos de controle de constitucionalidade expressa que tal diferenciação é cada vez menos significativa, em razão do caminho convergente que ambos têm trilhado. Por um lado, tem-se a objetivização do controle concreto/difuso, que no caso brasileiro se expressa, por exemplo, pela criação de institutos como a repercussão-geral (art. 102, § 3º da CF/88), pela possibilidade de atribuição de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em tal âmbito (art. 52, X da CF/88), entre outros exemplos. Por outro, fala-se também em uma ampliação do controle abstrato/concentrado, a qual se expressa, por exemplo, no alargamento dos legitimados ativos à propositura das ações do controle concentrado; além da criação de institutos que possibilitam a atuação concentrada, porém concreta, do STF, como a reclamação constitucional e a

si sós, e as diferenças não são assim tão evidentes já que não são categorias estanques; mas, ainda assim, o modelo brasileiro é considerado um dos mais amplos do mundo.

Dentro desse contexto, aponta-se a existência de um ativismo judicial¹⁵, pelo qual o Poder Judiciário estaria deliberadamente exercendo atribuições que não lhe competem. Alega-se que, ao decidir questões que afirmam ser merecedoras de um tratamento por um órgão representativo e democraticamente eleito, tal poder estaria invadindo esferas de competência do Poder Legislativo principalmente.

O fato de que a Corte máxima brasileira tem tomado decisões de caráter mais ativo, no sentido de tentar dar efetiva resolução às questões que lhe são levadas, é, de fato, algo notório. Entretanto, essa conduta deve ser vista não como uma opção política do Judiciário, mas como um fato decorrente do desenho institucional, e até constitucional, que vigora em vários dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, dentre os quais se encontra o brasileiro. Os juízes, muitas vezes em razão da inércia e omissão legislativa, têm sido provocados, as questões têm sido levadas ao crivo do Judiciário e este não pode se negar a decidir; não há alternativa, diante das situações concretas que se impõem, senão pronunciar-se sobre a controvérsia. Conforme adiante se mostrará, as condutas mais restritivas do Poder Judiciário em tentar resolver os litígios por meio da notificação do órgão competente para dar tratamento cabível à matéria não se mostraram bem sucedidas, visto que persistia o quadro que motivava a busca judicial de um determinado direito¹⁶.

Pelos registros que se tem, a expressão *ativismo judicial* foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, por Arthur Meier Schlesinger, um historiador norte-americano, em um artigo que se referia à Suprema Corte americana. O contexto era o período do *New Deal*, situação na qual o referido tribunal ocupou papel central na definição de políticas públicas frente a então recente crise econômica mundial, conhecida como a Crise de 29. Não obstante

intervenção federal. A propósito, cf. SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional**. In: Direito Público, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez. 2003.

¹⁵ Cf., por exemplo, TUSHNET, Mark V. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial and Social Welfare Rights in Comparative Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

¹⁶ A propósito, conferir o item 2.2 do presente trabalho.

sejam palavras há muito proferidas, a descrição do historiador acerca da divisão que se deu na Suprema Corte merece ser transcrita, dada a sua ainda atual relevância. Deu-se à época a polarização de dois grupos principais dentro daquela Corte: de um lado os liderados pelos *justices* Hugo Black e Willian Douglas, os quais entendiam ser plenamente possível a interferência do Tribunal em questões de políticas públicas; e, de outro, o bloco dos *justices* Felix Frankfurter e Robert Jackson, os quais discordavam da primeira opinião:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do judiciário na sua posição relevante, mas limitada [...].¹⁷

Logo se percebe que a controvérsia é antiga. A noção de *ativismo judicial* corresponde a uma mais intensa e alargada participação do Poder Judiciário em áreas de atuação originária típica dos outros dois poderes, em razão da inércia e omissão destes, bem como da persecução da concretização dos valores e princípios adotados pelo texto magno. Em se tratando de um Tribunal constitucional, tem-se ainda o desenvolvimento de uma jurisprudência dita progressista, principalmente no que tange os direitos fundamentais e as

¹⁷ SCHLESINGER, Arthur M., Jr., **The Supreme Court**: 1947, Fortune, jan. 1947, p. 208, *apud* KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of 'judicial activism'**, California Law Review, vol. 92: Issue 5, Article 4, pp. 1441-1458, disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>, p. 1446-1447.

garantias individuais. No Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são vários os exemplos de importantes assuntos desses tipos que foram judicializados: a possibilidade da interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54¹⁸); a questão das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510¹⁹); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388²⁰); legitimidade dos programas de ações afirmativas e fixação de quotas sociais e raciais para ingresso em universidades públicas (ADPF 186²¹) e do ProUni (ADI 3.330²²); as condições de uso de algemas (HC 82.424²³ e a posterior edição da Súmula vinculante nº 11); a vedação ao nepotismo (ADC 12²⁴ e a posterior edição da Súmula vinculante nº 12); a instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105²⁵); a importação de pneus usados (ADPF 101²⁶); possibilidade de uso ou não do amianto (ADI 3.937²⁷); enfim, são vários os exemplos.

Além desses casos trazidos no trecho supracitado, cumpre mencionar com um maior destaque um caso que é tido como um dos principais julgamentos da história recente do STF, e um dos primeiros a ser lembrado quando o assunto é ativismo judicial (dada as fortes divergências que o assunto envolve): a possibilidade de existência das uniões estáveis homoafetivas (ADPF 132²⁸ e ADI 4.277²⁹). Dizem alguns que esse julgamento, juntamente com o já mencionado caso da ADPF 54, foi uma das principais motivações para a formulação legislativa da PEC 33/2011, da qual ainda se tratará neste trabalho.

O que há de comum nesses casos citados é que em todos eles se nota

¹⁸ ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 30/04/2013.

¹⁹ ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 28/05/2010.

²⁰ Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 25/09/2009.

²¹ ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 03/08/2011.

²² ADI 3.330, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 22/03/2013. Trata-se de programa do governo federal brasileiro cuja finalidade é a concessão de bolsas, integrais ou parciais, em cursos de entidades privadas de ensino de nível superior. Na oportunidade, a lei instituidora do programa (Lei 11.096/05), originária de Medida Provisória (MP 213/04), foi impugnada por inconstitucionalidades formais. No entanto, é mais um exemplo de demanda que leva ao Poder Judiciário a análise de constitucionalidade de lei tipicamente instituidora de programa de políticas públicas.

²³ HC 82.424, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ de 19/03/2004.

²⁴ ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 10/12/2009.

²⁵ ADI 3.105, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, DJ de 18/02/2005.

²⁶ ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 04/06/2012.

²⁷ ADI 3.937, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 10/10/2008.

²⁸ ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14/10/2011.

²⁹ ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14/10/2011.

um certo afastamento dos Tribunais de sua função típica de aplicação e interpretação da legislação existente e vigente, aliada a uma conseqüente aproximação de um papel mais proativo, que se assemelha à criação do próprio direito, o que seria, para os defensores da Proposta, uma invasão ilegítima nas esferas de competência do Legislativo. Nota-se, a partir daí, uma tensão institucional entre os autônomos e independentes, porém imbricados, poderes da República; em especial entre o Legislativo e o Judiciário. A bem da verdade, é importante destacar que tal tensão reflete também um outro grande cenário de conflito, isto é, uma tensão imanente e natural que existe entre Constitucionalismo e Democracia, entre Direito e Política, como bem demonstra Michel Rosenfeld:

De fato, há uma tensão importante entre constitucionalismo e democracia. Não é óbvio que os dois devam caminhar juntos. Há muitas definições de democracia. Eu adotarei aqui uma definição que considero uma versão simplificada: democracia é a regra da maioria, a regra majoritária. É uma forma política de organização, um sistema político em que as decisões que são contestadas resultam do voto da maioria. Dessa forma, constitucionalismo e democracia estão em lados opostos. Numa democracia, os direitos constitucionais vão diretamente contra a vontade democrática. A liberdade de pensamento ou de expressão, e aqui pode-se comparar uma monarquia a uma democracia, realmente significa proteger os pontos de vista com os quais a maioria não está de acordo, porque os pontos de vista com os quais a maioria concorda não precisam de proteção constitucional. A maioria tomará conta de si mesma, por meio do processo legislativo e do devido governo. Parenteticamente, estou assumindo que nós temos uma democracia em funcionamento. Muitas coisas que são chamadas de democracias não são realmente democracias que funcionam, e as maiorias de fato não têm o poder. No entanto, nas democracias que funcionam, os direitos constitucionais deveriam ser, em certa medida, antidemocráticos.³⁰

Pois bem, partindo dessa ideia de que democracia se rege principalmente por uma regra de maioria e que o Constitucionalismo

³⁰ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito**, tradução e revisão de Fernando Gomes. Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun, 2004, PP. 12-13.

contemporâneo se pauta justamente pela igualdade material de todos, pelo reconhecimento de direitos e inclusão de minorias, logo se percebe de onde exsurge o mencionado conflito entre as duas esferas. E, como dito, tal conflito é refletido na provocação mútua que se tem tido entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Exsurge daí, como bem descreve Stephen Holmes³¹, um verdadeiro dilema contramajoritário, evidenciado a partir das discordâncias entre políticas majoritariamente ancoradas e as restrições constitucionalmente impostas.

1.2 O conflito Democracia x Constitucionalismo e seu reflexo no processo de legitimação da atuação das Cortes Constitucionais.

Constitucionalismo e democracia, embora sejam figuras usualmente adjetas, desenvolvem entre si uma relação de constante tensão mútua. Usualmente resumidos a um entendimento de maioria, regimes democráticos foram historicamente sendo limitados pelos ditames constitucionais, os quais, por sua vez, passaram a ser questionados como antidemocráticos. Entretanto, como se pretende afirmar, a democracia não se restringe ao princípio majoritário, e o exercício de uma jurisdição constitucional tal qual exercida nos moldes brasileiros é plenamente compatível com a existência de uma democracia pautada pela separação de poderes, desde que se confira a tal regime de governo uma conotação menos procedimental e mais substancial. Embora às vezes contramajoritária, a Jurisdição Constitucional não é antidemocrática; mas é, na verdade, um reforço à implementação dos ideais e valores que uma democracia pressupõe.

O Constitucionalismo, e as constituições por consequência, surgiu justamente com a intenção de retirar certas matérias das vicissitudes e instabilidades imanentes ao jogo político, separando tais matérias, tidas como fundamentais, e reservando-as para além do alcance das maiorias e das autoridades por elas investidas. Estabeleceram-se, assim, núcleos intocáveis dentro do constitucionalismo, os quais correspondem ao que conhecemos como direitos fundamentais, garantias individuais e cláusulas pétreas, por exemplo. Assim, direitos como a vida, liberdade, propriedade, livre discurso e

³¹ Cf. HOLMES, Stephen. **Precommitment and the paradox of democracy**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 99. 195-240.

princípios como a separação de poderes, o federalismo, entre outros, foram estabelecidos, pelo próprio constituinte originário, como matérias não submissíveis a voto, sendo sua existência independente de qualquer tipo de votação ou eleição.

É nesse sentido que se pode afirmar que o Constitucionalismo, e a atuação do STF por consequência, é essencialmente antidemocrático; justamente pela constante tensão entre soberania popular e soberania da constituição; democracia e constitucionalismo; maioria e minorias; Judiciário e Legislativo, relações que, em certa medida, se revelam como verdadeiros oximoros. As cláusulas pétreas³², por exemplo, as quais devem ser guardadas pelo STF, representam verdadeiras amarras ao poder constituinte reformador, limitando a atuação do legislador e da sociedade, de um modo mais amplo. O estabelecimento de tais limites mais rígidos, como lembra Holmes, ajuda a evitar que a sociedade, atual e futura, tropece em seus próprios pés.

É claro que, com isso, não se quer limitar a possibilidade de posterior alteração do texto constitucional originário, que ao texto da CF/88, por exemplo, já são 73³³; já que não pode a sociedade, que muda a cada dia, ficar totalmente presa à visão daqueles que originariamente editaram o texto constitucional, os quais o fizeram sem poder prever situações e circunstâncias que futuramente se enfrentaria. Por mais importante que seja, nenhuma instituição pode ser considerada imutável; nem qualquer direito, por mais fundamental que seja, pode ser tido como eternamente inalterável.

Não obstante, é possível, na linha do que diz John Hart Ely³⁴ por exemplo, afirmar que embora as limitações constitucionais e o exercício de sua guarda pelas cortes constitucionais pareçam, a princípio, antidemocráticas, elas são apenas antimajoritárias, reforçando o regime democrático no seu aspecto de inclusão e igualdade. Nesse sentido, qualquer ato legislativo que ameace os citados núcleos intocáveis das Constituições (direitos fundamentais,

³² No Constituição Federal de 1988 as cláusulas pétreas explícitas estão elencadas no art. 60, § 4º. A doutrina, no entanto, bem como a própria jurisprudência do STF, tem admitido a existência de algumas cláusulas pétreas implícitas, de igual força e valor.

³³ A despeito de ser sabido que a EC nº73/2013 foi suspensa por decisão monocrática do Presidente do STF, esta é aqui incluída para a contagem de emendas já editadas e promulgadas.

³⁴ Cf. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

separação de poderes, federalismo, etc.) constitui, em verdade, uma ameaça ao regime democrático, por maior que eventualmente seja seu apoio popular entre as majorias eleitorais. Assim, ao retirarem vigência e validade de tais normas, as cortes, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, reforçam sim o sistema democrático, embora contrariem um traço fundamental de tal regime: o aspecto majoritário.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, fixado pelas diretrizes e princípios constitucionais, alguns direitos dos cidadãos emergem sim de um governo dito representativo, exercido majoritariamente. Outros, porém, devem ser separados de tal cenário, como uma forma de restringir a política, possibilitando a um órgão judiciário autônomo a possibilidade de retirar do ordenamento jurídico aquelas leis, termo aqui tomado em ampla acepção, que violem tais direitos e princípios reservados, ainda que estes sejam estabelecidos por normas de status constitucional (emendas constitucionais), e mesmo que possuam amplo apoio majoritário popular. O próprio princípio da separação de poderes, que no início de sua formulação política era visto com uma função de reforço dos poderes, adquiriu, ao longo do tempo, outra função igualmente importante, que é a da própria sustentação da democracia, pela limitação que um poder exerce sobre o outro³⁵.

Ora, é papel irrenunciável das cortes constitucionais, do Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro, a guarda e defesa da Constituição, como esta mesma bem assegura. Guardar a Constituição é sim zelar para que esta não seja alterada de modo a ofender a si mesma (ou seja, é necessário sim o controle independente de emendas constitucionais). Guardar a Constituição significa também zelar para que leis e atos normativos infraconstitucionais não venham de encontro ao que postula o Texto Magno. Entretanto, guardar a Constituição é, precípua e fundamentalmente, assegurar que os princípios, valores e ideais que norteiam a Constituição Federal sejam cumpridos e concretizados na vida do cidadão, no convívio da sociedade. Direitos como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, direito a um meio ambiente equilibrado, à saúde, educação, segurança, cultura, lazer; enfim, todo o extenso rol de direitos fundamentais e garantias individuais enumerados pelo

³⁵ No original, Stephen Holmes, utiliza as expressões *power-enhancing* e *democracy-sustaining*, as quais foram aqui livremente traduzidas e adaptadas.

texto constitucional, devem ser guardados pelo STF, mas não só por esse observados. Ou seja, esses direitos são garantias dos cidadãos, e não apenas competência privativa de um determinado órgão ou poder, e devem ser observados durante toda a atuação dos órgãos e poderes da República Federativa brasileira, independentemente se se trata de atividade típica do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Pois bem, ao longo da história recente da República brasileira, tem-se notado, não raras vezes, o desrespeito por parte do Estado, em especial dos Poderes Executivo e Legislativo, às garantias constitucionais e aos direitos individuais do cidadão. Tal desrespeito, quando não se dá de forma explícita e comissiva, costuma acontecer de forma velada e, principalmente, não por atos praticados pela administração pública, mas justamente por sua omissão e inércia. É precipuamente pela omissão voluntária e consciente dos outros poderes que tem ocorrido o desrespeito ao texto constitucional ao não assegurar as garantias e direitos ali previstos e, muitas vezes, carentes de regulamentação³⁶.

Assim, mesmo que se considerasse que, ao regulamentar matérias nas quais omissos os outros Poderes, o Judiciário estaria exercendo competências que não lhe competem, o que não se entende ser o caso; pelo não exercício das funções primária e teoricamente atribuídas a um determinado Poder ou órgão específico, cria-se um certo vácuo de poder, cujo exercício não é facultativo, mas é tido por obrigatório dentro do texto constitucional. Tal quadro, principalmente por envolver questões concernentes à existência ou inexistência de direitos individuais e questões de essencial importância para a vida em sociedade, não pode subsistir, sob pena de comprometimento da própria existência do Estado Democrático de Direito. Foi também diante desse vácuo, e da inconstitucional omissão dos poderes Executivo e, principalmente, Legislativo, que se deu a ascensão institucional do Poder Judiciário, o qual, pela judicialização dos conflitos, adquiriu papel de maior importância no cenário da democracia brasileira, servindo inclusive de referência para os anseios da população. O exercício de atribuições condicionantes à asseguarção de direitos

³⁶ A análise da evolução jurisprudencial do STF no tratamento das omissões legislativas inconstitucionais e sua relação com a interação institucional e a legitimidade do controle de constitucionalidade é objeto específico de análise do tópico 2.2 do presente trabalho.

e de cidadania não pode ser inexistente; inadmite-se, em um Estado Democrático de Direito, tal vazio. Consciente da importância dessas atribuições indispensáveis à democracia e à cidadania, o Judiciário, ante a negativa de seus titulares primeiros, e dos casos que lhe foram levados, preocupou-se em exercê-las.

Além do mais, tal atuação judiciária ativa é de fundamental importância à definição do alcance das normas fundamentais e da amplitude do *sujeito constitucional*³⁷; e decorre da abertura e incompletude inerente a esse conceito. Como lembra Rosenfeld³⁸, a verdadeira efetividade dos direitos fundamentais só se dá pelo enraizamento do constitucionalismo em todas as dimensões da vida social; não havendo democracia ou soberania popular sem os limites constitucionais estabelecidos à vontade da maioria, nem constitucionalismo sem a devida consideração da legitimidade popular e democrática. Nesse sentido, a atuação dos Tribunais Constitucionais é de extrema importância à construção da própria identidade constitucional democrática, como diz o autor ao tratar do contexto norte-americano:

Assim não é possível que se apreenda um quadro adequado da identidade constitucional com longa corrente de interpretações e elaborações que perpassa dois séculos de decisões da Suprema Corte. No entanto, a legitimidade desse quadro mais amplo foi vigorosamente contestada, por exemplo, pela tentativa de um recente Procurador-geral de minimizar a importância das decisões da Suprema Corte na conformação da identidade constitucional do país, ao proceder a uma distinção entre ‘a Constituição’ e o ‘Direito Constitucional’. Mas mesmo os mais exaltados originalistas, textualistas e puristas não foram capazes de simplesmente repudiar o legado da Suprema Corte (ou não desejaram fazê-lo) em suas tentativas de limpar a identidade constitucional de todos os excessos e impurezas. Um outro problema atinente à relação da Constituição com ela mesma, é o da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional. Dado que algumas constituições

³⁷ Retoma-se, uma vez mais, a expressão no conceito de Michel Rosenfeld. Por diversas razões, entende o autor que a definição de quem são os sujeitos constitucionais é tarefa que jamais se completa ou se torna definitiva; sendo esta uma categoria inerentemente incompleta e carente de constante interpretação e reconstrução. Cf. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

³⁸ *Ibidem*.

explicitamente restringem o âmbito das emendas válidas e outras não o fazem, e uma vez que a facilidade com que uma Constituição pode ser emendada varia de país para país, em que ponto as emendas à Constituição ameaçam a destruir a identidade constitucional?³⁹

Desse modo, o exercício da cidadania, que se dá pela concretização de direitos declarados constitucionalmente, não pode continuar sendo condicionado ao voluntarismo do legislador em realizar ou não suas prestações públicas materializadoras de tais direitos. Assim que ascendeu o Judiciário, e é em nome desses valores que este tem legitimamente atuado. A atuação dos Tribunais reflete uma constante tensão existente entre Constitucionalismo e Democracia, categorias que, embora pareçam opostas, constroem uma a outra, e se justifica democraticamente dentro de uma acepção material e substancial do regime político vigente.

³⁹ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, pp. 19-20.

2. Formas alternativas de controle judicial de constitucionalidade: o modelo canadense, o diálogo institucional e sua aplicação ao modelo brasileiro.

Quando se trata da legitimidade e limitação da jurisdição constitucional e se passa a defender um maior controle do Poder Legislativo sobre as decisões de controle de constitucionalidade advindas do Poder Judiciário, decisões por meio das quais atos legislativos são retirados de vigência, costuma-se citar como exemplo o modelo canadense, o qual, por sua vez, faz-nos lembrar do modelo constitucional brasileiro instituído pela Constituição de 1937.

O Canadá, diferentemente do Brasil, está inserido em um conjunto de países historicamente influenciados pela tradição britânica, nos quais a transição da supremacia parlamentar para um modelo mais dialógico apenas se deu mais recentemente, já em fins do século XX, momento a partir do qual se começou a introduzir normas de direitos fundamentais em seus respectivos ordenamentos jurídicos. Tal fato foi, em muito, impulsionado pelos compromissos assumidos com a comunidade internacional por meio, por exemplo, de tratados de direitos humanos ou da adesão a blocos regionais. Porém, ao mesmo tempo em que se via a necessidade de incorporação de direitos fundamentais; não se queria, em contrapartida, adotar um modelo de controle de constitucionalidade como o norte-americano, considerado um modelo forte (*strong form*⁴⁰) de controle.

Naquele país, especificamente, esse debate foi bastante intenso nos anos que precederam a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982, pela qual se ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais protegidos pelo ordenamento constitucional canadense. Conta-se que, na oportunidade de tal reforma, o então Primeiro Ministro Pierre Trudeau desejava imprimir a tal declaração o caráter de uma Constituição, e atrelá-la ao um sistema mais rígido de controle de constitucionalidade, inspirado no *judicial review* norte-

⁴⁰ Ao se falar em modelos fracos e fortes de controle de constitucionalidade, remete-se aos conceitos de *strong form* e *weak form of judicial review*, formulados por Mark Tushnet, por exemplo. Tais modelos se distinguem, em suma, pela possibilidade de, no modelo fraco, o Legislativo analisar posteriormente as decisões emitidas pelo Judiciário e de esse processo de revisão acontecer em um pequeno intervalo de tempo. Um controle forte, segundo o autor, tende a resultar em um modelo de supremacia judicial, enquanto que a existência de um modelo fraco tende a culminar em uma supremacia parlamentar.

americano⁴¹. Entretanto, essa iniciativa teria sido rechaçada pelos Ministros das províncias canadenses, os quais eram persistentes na manutenção da tradicional e histórica soberania parlamentar no País. À referida norma, ao fim da história, acabou por restar o status de lei ordinária. Teria sido daí, de tais negociações políticas, que surgiu a *notwithstanding clause*, da qual se trata na sequência, como solução para o impasse que se instalara: entre o controle judicial sobre as normas editadas e a confiança histórica que se tinha, e que ainda se tem, no Legislativo, estabeleceu-se, em tese, um ponto de equilíbrio pelo qual se materializou uma responsabilidade conjunta entre Poder Judiciário e Legislativo na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. Ressalte-se, porém, que esta foi uma solução encontrada dentro das realidades institucionais e do contexto histórico que existem naquele país e que, em verdade, visava-se à manutenção da tradicional supremacia parlamentar.

Entre os outros países da mesma tradição histórica, há aqueles em que os poderes atribuídos ao Judiciário são ainda menos robustos, mas nos quais o desenvolvimento das competências jurisdicionais tem crescido. É o caso da Nova Zelândia, onde o papel das Cortes quanto à leitura de leis de acordo com o *New Zealand Bill of Rights* é uma tarefa meramente interpretativa, não sendo possível que judicialmente se negue vigência e validade a normas já promulgadas, ainda que em conflito com a citada declaração. Entretanto, diante do temor de fracasso de eficácia e concretização dessa declaração de direitos, foram promovidas algumas reformas procedimentais que aumentaram a participação dos tribunais na proteção dos direitos lá elencados⁴². Até mesmo

⁴¹ Cf. IACOBUCCI, Frank. **Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights And Freedoms: the first ten years**. In BEATTY, David M. (editor) *Human Rights and Judicial Review: a comparative perspective*. Martinus NijHoff Publishers, 1994.

⁴² Estabeleceu-se, por exemplo, na seção 7 da declaração a atribuição de o *Attorney-General* (figura equivalente ao Procurador-Geral da República do sistema brasileiro) chame a atenção do Parlamento nos casos de leis que pareçam ser conflitantes com qualquer dos direitos ou liberdades previstos na Declaração. A seção, intitulada de "*Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights*", é assim redigida no original: "*Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall, (a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bil; bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights*". Em uma tradução livre, o trecho poderia ser assim redigido: "Sempre que uma lei for introduzida no Parlamento, o *Attorney-General* deve (a) no caso de uma lei proposta pelo Governo, na introdução deste projeto; ou (b) em qualquer outro caso, após a introdução do projeto de lei e tão logo seja possível; chamar a atenção da

dentre os britânicos, sistema democrático no qual a supremacia do Parlamento é nítida e histórica, a rígida hierarquia institucional tem sofrido recentes sinais de mitigação em razão da introdução de normas de Direitos Humanos, muitas delas decorrentes de pactos comunitários firmados internacionalmente. Ainda que lá não se cogite, pelo menos por enquanto, a possibilidade de invalidação, pela Suprema Corte britânica de leis formuladas pelo Parlamento, a simples introdução de um conjunto de direitos codificados e formalmente elencados, bem como a existência de uma Suprema Corte, criada em 2009, já é uma mudança significativa a ser ressaltada, dado o contexto histórico de todo o sistema jurídico e legal britânico.

Em síntese, o que a comparação com esses países de tradição britânica e integrantes da *Commonwealth of Nations* parece nos mostrar é que mesmo nessas nações de forte tradição parlamentar, traço que ajuda a explicar os *fracos*⁴³ modelos de controle de constitucionalidade neles atualmente existentes, a introdução de direitos fundamentais em seus ordenamentos, e sua conseqüente necessidade de proteção, fizeram com que seus rígidos sistemas institucionais fossem flexibilizados, conferindo mais poderes ao Judiciário na possibilidade de controle de constitucionalidade. Apesar de continuarem constantes na manutenção de uma supremacia parlamentar, esta tem sido gradualmente mitigada.

2.1 O modelo canadense de controle de constitucionalidade, a *notwithstanding clause* e o diálogo institucional.

O modelo de controle de constitucionalidade existente no Canadá, introduzido a partir da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982, também prevê, como tantos outros, a possibilidade de que atos legislativos tenham sua vigência e aplicação restringidas por decisão judicial quando forem contrários à referida Carta de direitos⁴⁴. Entretanto, nessa mesma carta, tem-se

Casa dos Representantes para qualquer disposição no projeto que aparente ser inconsistente com qualquer dos direitos e liberdade previstas na *Bill of Rights*".

⁴³ Aqui mais uma vez se faz referência aos conceitos de *strong* e *weak forms* de controle de constitucionalidade formulados por Mark Tushnet, já acima referenciados.

⁴⁴ Na seção 24 da Carta, por exemplo, tem-se previsto: "*Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances*". Em uma tradução livre, poder-se-ia ter o seguinte: "Toda pessoa cujos direitos

disposto em sua seção 33 o que ficou conhecido como *notwithstanding clause*⁴⁵, ou “cláusula do não-obstante”, o grande diferencial do modelo canadense de controle de constitucionalidade. Por meio desta cláusula o Parlamento federal ou, conforme o caso, o local, poderá declarar, por meio de um ato legislativo, que determinado ato normativo terá validade e vigência, não obstante sua colisão com algum dos direitos e liberdades fundamentais previstas na Carta. Assim, ainda que um Tribunal declare inconstitucional um determinado ato normativo, este poderá ter vigência e validade garantidas, caso a respectiva casa legislativa se utilize da “cláusula do não-obstante”. A própria seção 33 estabelece algumas limitações à vigência de ato normativo, obtidas através da utilização dessa cláusula, uma vez que aquela não poderá exceder cinco anos; mas tal prazo poderá ser renovado por outro quinquênio por meio de nova declaração expressa do parlamento.

O que se quer mostrar, para que se faça uma posterior comparação com o que se discute também aqui no Brasil, é que no modelo canadense há a possibilidade expressa de sobreposição do parlamento à decisão judicial de inconstitucionalidade de certo ato normativo, já que esta decisão perde a eficácia imediata por meio da utilização da *notwithstanding clause*. Afirmar-se-ia, assim, que a última palavra acerca de matérias constitucionais não necessariamente pertence ao Judiciário, mas que pode ser obtida a partir de um diálogo institucional com o Legislativo. Fala-se em um diálogo institucional justamente por essa possibilidade, no modelo canadense, de o Poder Legislativo responder diretamente a decisão de inconstitucionalidade, modificando ou mesmo revertendo-a⁴⁶.

e liberdades, garantidos por esta Carta, tenham sido violados ou negados, pode recorrer a um tribunal de jurisdição competente para obter o remédio judicial que o tribunal considere apropriado e justo de acordo com as circunstâncias”.

⁴⁵ A referida cláusula encontra-se assim redigida: “*Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter*”; texto este que poderia ser assim livremente traduzido: “O Parlamento ou o Legislativo de uma província poderá promulgar uma lei na qual se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições terá vigor não obstante qualquer disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 da presente Carta”.

⁴⁶ Na prática, a seção 33 se tornou relativamente desimportante em razão da alta resistência política em sua utilização. O único caso de que se tem notícia do uso efetivo da *notwithstanding clause* pela Suprema Corte do Canadá é o caso *Ford v. Quebec*. Trata-se de um caso de 1988, no qual a referida Corte derrubou lei da Província de Quebec que baniu o uso de qualquer outra língua que não o francês em anúncios comerciais. Após tal decisão, foi promulgada outra lei que, não obstante o entendimento do Tribunal, persistia com a proibição.

Hogg e Bushell⁴⁷, autores inseridos dentro do cenário canadense, apontam quatro recursos da Carta canadense que facilitam a possibilidade de diálogo entre Judiciário e Legislativo: a *notwithstanding clause* presente na Seção 33, a qual permite que o Legislativo se sobreponha a uma decisão judicial; a Seção 1, a qual possibilita a estipulação de “limites razoáveis” aos direitos garantidos pela Carta⁴⁸; os “direitos qualificados” das Seções 7, 8, 9 e 12⁴⁹, os quais, após decisão judicial que derrubou certa lei em proteção a esses direitos, permitem a possibilidade de um segundo ato legislativo corretivo que os preserve; e a Seção 15, a qual garante a igualdade de direitos⁵⁰.

Segundo esses autores, fala-se na existência de um diálogo no modelo canadense pela possibilidade, e não obrigatoriedade, de o Legislativo reverter, modificar ou evitar uma decisão judicial. Nesse cenário, o objetivo do controle de constitucionalidade não é propriamente bloquear por completo a edição de determinada lei, mas influenciar o desenho de tal legislação de modo que seja compatível com a ordem constitucional; possibilitando que o mesmo objetivo possa ser alcançado por um caminho constitucionalmente respaldado. Tal afirmação, entretanto, parece ser mais condizente com os casos de inconstitucionalidade formal, como quando existente algum vício no curso do processo legislativo (como a não observância de quórum qualificado, ou a iniciativa reservada de determinado tema, por exemplo), o qual prejudica todo o conteúdo material do ato legislativo. O mesmo não parece se aplicar a casos em que o próprio objetivo em si da lei seria inconstitucional, isto é, nos casos

Dado o já explicitado prazo de 5 anos previsto pela Seção 33, os efeitos do uso da cláusula cessaram em 1993, não sendo renovados. Por fim, editou-se nova lei que permitia o uso de outras línguas que não o francês em sinais comerciais externos.

⁴⁷ Cf. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. **The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures: or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all**. Disponível em http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_hogg_bushell.pdf, acesso em 26/10/2013, pp. 82 e ss.

⁴⁸ O texto da seção 1 da Carta prevê que: “*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”. Em uma tradução livre, poder-se-ia ter o seguinte: “A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades nela estabelecidos, sujeitos aqueles apenas a limites razoáveis prescritos em lei e que possam ser comprovadamente justificados em uma sociedade livre e democrática”.

⁴⁹ Estas seções tratam de direitos como vida, liberdade, segurança pessoal, de proteção contra detenção e aprisionamento, por exemplo.

⁵⁰ Segundo os autores, nos últimos dois recursos elencados, esses dispositivos oferecem espaço para que o Legislativo avance em seus objetivos mesmo diante de requisitos constitucionais articulados pelas Cortes, facilitando o diálogo pelo incentivo a ações que satisfaçam “padrões de justiça e razoabilidade”.

de inconstitucionalidade material de determinada norma, visto que a devolução⁵¹ da matéria ao Legislativo para adequação da norma aos traços de inconstitucionalidade deste ato legislativo parece ser medida inefetiva⁵².

De todo modo, os mesmos autores, ao revisitarem o tema anos depois da formulação do primeiro texto⁵³, afirmam expressamente que mesmo diante de todas as prerrogativas deixadas pelo sistema canadense ao Legislativo, a autoridade final de interpretação da Carta canadense é sim da Suprema Corte, embora haja espaço para a atuação legislativa após suas decisões. A última palavra seria do Judiciário, o que, no entanto, não significa que este detenha o monopólio de interpretação ou que sua interpretação seja sempre *correta*, nem que haja qualquer esvaziamento democrático em tal atuação. Pelo contrário, o Estado de Direito pressupõe que o governo seja limitado pela lei, e caso a última possibilidade de interpretação da maior das leis, a Constituição, seja atribuída a órgãos do Executivo ou do Legislativo, seria difícil ver como estes Poderes seriam limitados por uma interpretação que advém deles próprios. Por isso, mesmo em sistemas de controle de constitucionalidade fraco, admite-se a necessidade de um árbitro independente, no caso o Judiciário, o qual se encarregue de proferir uma interpretação final da Carta constitucional, protegendo as minorias e as liberdades civis em geral. E é nesse sentido que já aduzia Kelsen, no assinalado debate que este deteve com Schmitt sobre quem seria o guardião da constituição: se o controle de constitucionalidade das leis

⁵¹ Fala-se aqui em devolução no sentido informal, em alusão às constantes respostas que se tem, no modelo canadense, a decisões judiciais que declaram alguma inconstitucionalidade. Tais respostas, como depreendido dos textos dos autores aos quais se tem feito referência, costumam se dar na forma de edição de novo ato legislativo que observe, ou não, os vícios de inconstitucionalidade apontados pela Suprema Corte.

⁵² Os próprios autores, mais adiante no texto, admitem posição semelhante ao definirem três hipóteses em que a decisão judicial não abriria espaço para resposta legislativa, sendo, já de pronto, definitiva: casos em que não se aplica a restrição razoável da Seção 1 (pelos quais, por exemplo, estar-se-ia negando determinado direito e não o limitando razoavelmente); quando a Corte declarar que o próprio objetivo da lei é inconstitucional e quando as próprias forças políticas impossibilitarem a formulação de qualquer resposta. Nesse último caso, faz-se referência a casos em que o assunto decidido é bastante controverso, politicamente explosivo e a atuação da Corte, que na verdade só age quando provocada, acaba por introduzir determinado assunto na agenda política da sociedade o qual, em razão de sua elevada controvérsia, era propositalmente deixado latente pelo Legislativo.

⁵³ Foram consultados dois artigos dos autores sobre o tema: o primeiro deles, intitulado *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures: or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all*, data de 1997, o qual, em respostas às críticas direcionadas a este texto, foi revisitado por outro texto de 2007, este intitulado *Charter Dialogue Revisited – or much ado about metaphors*. As conclusões de ambos são bastante semelhantes, embora haja algumas leves diferenças conforme abordado adiante no presente texto.

for atribuído àquele que as edita ou ao que as executa, pôr-se-ia em perigo o próprio Estado Democrático de Direito.

Diante dessas outras possibilidades de interação institucional, para além da sempre lembrada *notwithstanding clause*, é que alguns autores⁵⁴ lembram que tal cláusula, em verdade, não foi incluída na Carta canadense como modo de incentivo ao diálogo entre Poderes, mas para garantir, por meio da não vinculação dos atos parlamentares aos direitos fundamentais, a supremacia parlamentar diante da novidade do controle de constitucionalidade. Tanto que, como já afirmado, a referida disposição caiu em forte desuso, sendo a interação entre os poderes pautada mais frequentemente na Seção 1 da Carta canadense.

Guardadas as devidas proporções, o modelo canadense lembra em muito a experiência brasileira que se viveu sob a égide da Constituição de 1937, conhecida como a constituição polaca. Tal texto constitucional, o quarto da história brasileira, continha dispositivo⁵⁵ que permitia que uma lei, depois de ser declarada inconstitucional, fosse, por iniciativa do Presidente da República e em nome do “bem-estar do povo” e “interesse nacional de alta monta”, novamente submetida ao Parlamento. Em caso de aprovação por quórum qualificado de dois terços em cada uma das Casas, a decisão de inconstitucionalidade restaria sem efeito, e a respectiva lei teria normal vigência e validade. O instituto possuía, assim, uma dupla função: confirmar a constitucionalidade da lei e cassar a decisão judicial impugnada.

Na exposição de motivos para este então inovador dispositivo da Constituição de 1937, Francisco Campos, o então Ministro da Justiça, justificava a medida como sendo um método democrático que objetivava a manutenção do poder popular, exercido por seus representantes integrantes do

⁵⁴ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 244.

⁵⁵ Assim previa o parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937:

“Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Congresso Nacional⁵⁶. Aduzia esse jurista que a criação de mecanismos de controle de constitucionalidade, e a atribuição de seu exercício ao Poder Judiciário, significava, em verdade, uma transferência do povo para o Judiciário do controle sobre o governo, de modo a impedir ou frear as reivindicações populares. Tratar-se-ia de uma medida conservadora, a qual era inclusive comparada ao Poder Moderador dos tempos de Império⁵⁷, cujo objetivo seria inibir os ímpetus democráticos da nação. Segundo já se dizia há mais de 70 anos, e esse é um argumento muitas vezes hoje retomado, a última palavra sobre o que é ou não constitucional não poderia ser conferida a um órgão que não se origina diretamente do povo. Entretanto, como bem se sabe, apesar de ser essa uma alteração introduzida sobre a invocação de princípios democráticos, estabeleceu-se à época a ditadura Vargas, período também conhecido como o Estado Novo e caracterizado, dentre outros aspectos, pela forte centralização dos poderes e decisões na mão do chefe do Executivo. Aliás, enquanto vigeu este dispositivo constitucional, o qual não seria mantido na seguinte Constituição de 1946, o Congresso Nacional não se reuniu, de modo que suas competências, inclusive a de reexame de decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei, eram exercidas pelo Presidente da República⁵⁸. No fim, acabou-se por esvaziar em muito a função do Supremo Tribunal Federal no cotejo entre as leis editadas e o texto constitucional, e qualquer declaração de inconstitucionalidade podia ser facilmente sobreposta por ato singular do Presidente, sob o pretexto de amplas e indefinidas categorias tais como o “bem-estar do povo” e “interesse nacional de alta

⁵⁶ Cf. CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. **Diretrizes constitucionais do novo estado brasileiro**. RF n. 73, 1938, p.229 e s, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 30 e ss.

⁵⁷ O Poder Moderador era previsto na Constituição brasileira de 1824, e era atribuído ao Imperador, que, além de ser o chefe do Executivo, detinha as atribuições de exercer tal poder, pelo qual deveria garantir a autonomia, independência e equilíbrio entre os outros três Poderes, sobrepondo-se a estes, conforme o art. 98 de tal texto constitucional. Francisco Campos, em defesa da alteração introduzida pela Constituição de 1937 (*Ibidem*), chegava a comparar o exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário ao referido Poder Moderador.

⁵⁸ Um exemplo do exercício dos poderes citados está no Decreto-Lei nº 1.564 de 05/09/1939, pelo qual o Presidente da República, invocando o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa de ônus no imposto, confirmou lei que havia sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a qual sujeitava os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais à incidência de imposto de renda estipulado pela União, “ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos”, conforme previsão do texto do citado Decreto-Lei.

monta”. Em síntese: a instituição dessa possibilidade de superação das decisões judiciais resultou não em um maior equilíbrio entre os três poderes, mas acabou por centralizar funções importantes dos três poderes em um apenas um.

Retomando o modelo canadense acima descrito, o qual serve de parâmetro para muitos dos que defendem formas mais fracas de *judicial review*⁵⁹, costuma-se apontar como vantagem desse sistema o maior incentivo ao debate, que poderia se dar inclusive dentro do quinquênio de sobreposição da lei à sua decisão de inconstitucionalidade. Entretanto, deve-se destacar, tal sobreposição, ainda que por período transitório, acaba por suspender direitos fundamentais e garantias individuais previstos na própria carta canadense⁶⁰, como por exemplo o direito à vida, à igualdade, à liberdade de pensamento, religião, crença, associação; além de garantias penais como a presunção de inocência, por exemplo.

No caso do direito brasileiro, dispositivo semelhante não seria possível, e sua existência seria uma ofensa ao texto constitucional, o qual prevê aplicação imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como o princípio da separação dos poderes. Tais direitos e garantias não poderiam ser suspensos por lei vigente, embora declarada inconstitucional, ainda que transitoriamente ou mesmo que em nome de um intenso debate democrático entre os Poderes. Por outro lado, não há que se cogitar a validade de atos normativos que vigem não obstante ofendam direitos fundamentais; isso porque tais atos devem retirar seu fundamento de validade e existência justamente da Constituição Federal, a qual resguarda tais direitos que restariam ofendidos. Não é porque ter sido feita por representantes legal, eletiva e democraticamente instituídos que uma lei deve subsistir mesmo que em confronto direto com o texto constitucional. Em nome da preservação dos valores constitucionais, até mesmo a soberania popular deve ser mitigada; esta não é absoluta.

⁵⁹ Cf., por exemplo, TUSHNET, Mark. **Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties**. Disponível em http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol41_1/tushnet.pdf, acesso em 30/10/2013.

⁶⁰ Os direitos e liberdades descritos são todos integrantes da seção 2 ou das seções 7 a 15 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, seções estas previstas como possíveis de serem afastadas pela *notwithstanding clause*, conforme o já citado texto da Seção 33 da Carta canadense.

Aliás, eis mais um motivo pelo qual se justifica a existência de uma jurisdição constitucional independente e não eleitoralmente composta: o controle de constitucionalidade se legitima justamente por essa necessidade de que um órgão externo ao processo político e legislativo realize o crivo de validade das leis, verificando se estão essas de acordo ou não com a Carta Constitucional. A legitimidade eleitoral, democrática ou representativa não pode se sobrepor, sempre que queira, aos ditames e mandamentos constitucionais.

Ademais, essa própria ideia de um diálogo institucional direto e explícito, o qual se expressaria numa imbricação e provocação mútua entre os Poderes, já se mostrou não ser sempre funcional no cenário democrático brasileiro. Cita-se como exemplo as experiências da democracia brasileira no deslinde de ações destinadas ao questionamento, perante o Judiciário, de omissões inconstitucionais consistentes na inexistência de leis cuja edição é prevista no texto constitucional, notadamente o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Tal experiência, conforme demonstrado no tópico que se segue, demonstra que a alternativa de instalação na democracia brasileira de um debate institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário não se mostrou muito eficiente na solução dos cenários que reivindicavam solução estatal.

2.2 A omissão inconstitucional e a tentativa de estabelecimento de um diálogo institucional no Brasil.

Uma das inovações postas pela nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 foi a previsão de mecanismos judiciais para que a omissão legislativa (a qual, diga-se, não necessariamente remonta a uma responsabilidade do Congresso Nacional⁶¹) fosse judicialmente

⁶¹ Tal ressalva é aqui introduzida tendo em vista que, muitas vezes, a deflagração do processo legislativo destinado à criação de determinada lei depende de iniciativa legislativa que, às vezes, é de reserva privativa a autoridade ou órgão não integrante do Poder Legislativo. É o caso, por exemplo, das matérias relacionadas no art. 61, §1º da Constituição Federal, cujo tratamento normativo é de iniciativa privativa do Presidente da República. Como exemplo de omissão decorrente de ausência de propositura de projeto de lei pelo Presidente da República, tem-se a aposentadoria especial, prevista no art. 40, § 4º, III da CF/88 para os que, durante o desempenho de suas funções, estejam sujeitos a situações que prejudiquem sua saúde ou integridade física. Tratando-se de matéria relativa a aposentadoria de servidor público federal, sua iniciativa é reservada ao Presidente da República (art. 61, § 1º, c). Entretanto, a lei que regulamente a contagem de tempo de serviço e demais condições para a concessão de aposentadoria especial ainda inexistente.

combatida. Previu-se, assim, mais especificamente, o Mandado de Injunção no art. 5º, LXXI para os casos de omissão legislativa que impedisse o exercício de direitos ou liberdades fundamentais constitucionalmente previstos; além da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, esta ação do controle concentrado, introduzida expressamente na Lei nº 9.868/90 pela Lei nº 12.063/09. Tais instrumentos processuais se mostraram, e ainda têm se mostrado, como de fundamental importância na vivência democrática do país, de modo que os Tribunais brasileiros, e em especial o STF, passaram a se deparar com uma pluralidade destas ações, cada qual reivindicando a edição das respectivas normas faltantes.

O art. 103, § 2º da Constituição⁶² prevê que nos casos de verificação de existência de omissão legislativa, o Poder Judiciário deve declarar a situação de mora e dar ciência ao Poder ou órgão competente para que adote as providências cabíveis e necessárias. Veja-se que, da interpretação mais literal e restrita do dispositivo, decorre o fato de a decisão judicial se limitar à mera declaração do estado de insuficiência normativa. Pois bem, era justamente essa a postura inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos sobre os quais aqui se trata, instaurando um diálogo entre a corte e o órgão competente para a iniciativa ou edição da lei inexistente, com a consequente e posterior colmatação da lacuna legislativa.

O clássico exemplo dessa posição jurisprudencial é o MI 107⁶³, no qual se discutia a estabilidade de servidor público militar, conforme o então vigente § 9º do art. 42⁶⁴ da Constituição Federal, dispositivo já revogado pela Emenda Constitucional nº 18 de 1998. Na ocasião, ficou clara a posição restritiva da corte, também dita não-concretista, de que a decisão deveria se limitar a declarar a inexistência da lei, com a consequente notificação do órgão ou autoridade competente. Isso porque o STF, enquanto integrante do Judiciário, não estaria autorizado a expedir norma geral e abstrata, atribuição reservada ao Poder Legislativo, ou mesmo que limitada ao caso concreto, em nome do

⁶² Diz o dispositivo: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁶³ MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 28/11/1989.

⁶⁴ O texto previa que “a lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade”.

princípio da separação dos Poderes. Essa mesma limitação de efeitos valeria também para as decisões proferidas em ação direta por omissão. Ressalta-se, entretanto, a obrigatoriedade da decisão para o legislador, uma vez que o que se busca, com ambos os instrumentos processuais, é a expedição de uma ordem judicial ao legislador, a qual o notifique do estado de mora e o leve a corrigir tal omissão dita inconstitucional. Não se reservava, a despeito da preocupação com a preservação da separação dos poderes, ao legislador a escolha sobre legislar ou não; mas apenas em que termos realizaria tal atividade.

Entretanto, o que o passar do tempo demonstrou, e após várias decisões que nesse sentido se colocavam, é que os moldes literais expressamente previstos no art. 102, § 2º da Constituição de 1988 para a decisão nos casos de omissão se mostraram insuficientes à solução do complexo fenômeno da omissão inconstitucional. Isso porque, mesmo após tais decisões e notificações, persistia o estado de mora legislativa. O sítio eletrônico do STF⁶⁵ elenca um conjunto de 30 decisões, sendo a mais antiga delas de 1992, nas quais se declarou a mora do Legislativo e foi feita a notificação do órgão competente, cujas matérias ainda estão pendentes de regulamentação pelo Parlamento. Segundo levantamento do próprio Congresso Nacional⁶⁶, ainda há 25 dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação por lei complementar, e outros 117 que ainda não foram devidamente regulamentados por leis ordinárias, sendo que muitos dos dispositivos constitucionais sobre os quais há a pendência de regulamentação ainda não foram sequer objeto de proposta de lei. No citado modelo canadense, por exemplo, tem-se que, segundo estatísticas levantadas⁶⁷, as iniciativas tomadas pelo Legislativo em resposta a decisões judiciais costumam ser rápidas: a maioria delas se dá em prazo inferior a dois anos. E tais respostas se dão não por determinação

⁶⁵ As informações citadas estão disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>, acesso em 29/10/2013.

⁶⁶ Os dados citados foram retirados do Ato Conjunto nº 2, de 20 de março de 2013 dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, pela qual foi instituída Comissão Mista e Temporária de Regulamentação, cujo objetivo era a consolidação da legislação federal e a regulamentação dos dispositivos da Constituição Federal. O referido Ato foi publicado no Diário Oficial da União de 21 de março de 2013, Seção 2, p. 63, onde pode ser consultado.

⁶⁷ Para acesso aos dados mencionados Cf. HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A WRIGHT; Wade K.. **Charter Dialogue Revisited – or “much ado about metaphors”**. Disponível em <http://ohlj.ca/english/documents/Hogg.pdf>, acesso em 27/10/2013.

judicial, mas por iniciativa própria do Parlamento, o que demonstra uma certa consciência e voluntarismo dos legisladores em responder os pontos levantados pelo Judiciário, traços não identificados na experiência brasileira.

Em um Estado de Direito tal qual o brasileiro, assegura-se aos direitos fundamentais, e inclusive de modo expresso, sua imediata aplicabilidade, nos termos do § 1º do art. 5º do texto constitucional. Essa característica, tal como sugere a própria finalidade da figura do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), parece demonstrar que se impõe ao legislador o dever de ação imediata na correção do estado de omissão inconstitucional, possibilitando que o exercício dos direitos e liberdades constitucionais possa ser de fato aplicável.

Nesse sentido, diante da ineficácia concreta das decisões proferidas no entendimento anterior, passou-se a concluir que a mera notificação da autoridade competente para a feitura da lei dentro de um prazo razoável não era o bastante. Assim, na evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, passou-se a fixar um prazo, que se entedia razoável, para que a norma inexistente pudesse ser editada, suprimindo o quadro de omissão inconstitucional.

Coloca-se, nesse sentido, a ADI 3.682⁶⁸, caso no qual se discutia a ausência da norma antevista no art. 18, § 4º da Constituição Federal, o qual prevê a existência de lei complementar que regule a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Acabou-se, neste caso, por julgar procedente o pedido, declarando o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional e fixando prazo de 18 meses para que fossem adotadas as providências legislativas necessárias à edição da referida lei, superando assim o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão levantada. Ressalte-se que, a despeito de tal decisão ser do ano de 2007, ainda tramita no Congresso Nacional o projeto da referida lei complementar regulamentadora da matéria, estando o dispositivo constitucional ainda pendente de regulamentação.

Outro caso notório que demonstra que a alternativa de diálogo institucional não tem sido frutífera no Brasil é o que trata da regulamentação do direito de greve para os servidores públicos. Como se sabe, tal direito é

⁶⁸ ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 06/09/2007.

constitucionalmente previsto, mas seu exercício deveria se dar dentro dos limites definidos em lei específica (art. 37, VII), lei essa que, ressalte-se, jamais foi editada. Tal questão, diante da inércia legislativa, foi também levada ao STF por diversas vezes e em diferentes momentos, e sua evolução a seguir demonstrada evidencia uma tentativa nada exitosa de solução conjunta, entre os Poderes Judiciário e Legislativo, da omissão estatal caracterizadora do estado de inconstitucionalidade.

Nos primeiros casos levados ao tribunal, costumava-se decidir que o direito de greve para servidores públicos não poderia ser exercido enquanto não fosse regulamentado pela edição de lei prevista no texto constitucional. Argumentava-se que se tratava de norma constitucional de eficácia limitada e, portanto, de eficácia dependente de norma regulamentadora e não autoaplicável. Tal posicionamento foi adotado por reiteradas vezes durante longo período, vezes das quais figuram como exemplo os Mandados de Injunção 20⁶⁹, 485⁷⁰ e 585⁷¹. Note-se que, uma vez mais, o posicionamento inicial da Corte foi bastante restritivo, no sentido de tão somente declarar a existência da mora legislativa quanto à edição de norma específica que discipline o direito fundamental em jogo.

Entretanto, persistente o estado inconstitucional de mora legislativa, passou a surgir a idéia de aplicação provisória da lei geral de greve dos trabalhadores da iniciativa privada (Lei nº 7.783/89) também para os servidores públicos. Ressalte-se que se trataria de aplicação provisória, incidente apenas enquanto não editada a aludida lei específica. Operou-se, assim, na jurisprudência do STF, uma revisão parcial de entendimento, exemplificada no julgamento dos Mandados de Injunção 670⁷² e 712⁷³. Passou-se a adotar uma solução mais concretizadora para o insistente quadro de omissão que se verificava, de modo que se decidiu aplicar analogicamente aos servidores públicos a lei geral de greve. Tal giro jurisprudencial decorreu da impossibilidade de persistência do quadro de “selvageria”, citando as palavras do Ministro Eros Grau, relator do MI 712, que se instaurara em razão do vácuo

⁶⁹ MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22/11/1996.

⁷⁰ MI 485, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 23/08/2002.

⁷¹ MI 585, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02/08/2002.

⁷² MI 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 31/10/2008

⁷³ MI 712, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 31/10/2008.

legislativo, quadro este que traria consequências nefastas ao Estado Democrático de Direito. Destaca-se, do mencionado voto relator, o seguinte trecho:

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo⁷⁴.

Interessante notar que a regulamentação da matéria interessava não só aos servidores públicos que desejavam ver seu direito regulamentado, mas também à própria Administração Pública, uma vez que, a partir dessa aplicação analógica, tornava-se possível, por exemplo, a consideração da suspensão da relação de trabalho durante os dias de greve, e o consequente não pagamento de salários pelos dias não trabalhados em razão do movimento grevista.

Foi também a partir desses julgados que passou a ganhar repercussão a ideia da possibilidade de formulação, pelo Supremo Tribunal Federal, de sentenças de perfil aditivo, conceito esse baseado nas *decisioni manipolative* (sentenças manipulativas) do Direito italiano⁷⁵. Trata-se, de um modo geral, de uma técnica de decisão que busca superar a limitação das decisões judiciais ao binômio constitucional/inconstitucional, de modo que as decisões proferidas acabam, diante da complexidade e inevitabilidade do caso, por significar, em alguma medida, uma inovação sobre o texto que se está a interpretar, acrescentando ou retirando dele significados que, a priori e por uma atuação mais restritiva, não seriam autoevidentes.

⁷⁴ Trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau, relator do MI 712, durante seu julgamento. O inteiro teor dos votos proferidos na oportunidade encontram-se disponíveis em na pesquisa de jurisprudência do sítio do STF.

⁷⁵ As decisões manipulativas, no âmbito da Corte Constitucional italiana, se colocam em distinção às decisões interpretativas. Nestas, decide-se sobre determinada interpretação da Constituição, e podem ser de rejeição (quando o Tribunal rejeita determinado entendimento atribuído pelo juízo de origem) ou de aceitação (casos em que se confirma interpretação anteriormente dada). As decisões manipulativas, por sua vez, envolvem uma maior alteração no parâmetro de aplicação ou no próprio texto da lei, as quais podem ser redutivas, aditivas ou substitutivas. Exige-se, para todas elas, uma forte e condizente fundamentação.

Entretanto, destaque-se que tal atuação não se dá como um meio de ocupar espaços de poder atribuídos tipicamente ao Legislativo. Pelo contrário, trata-se de um modelo de decisão que tenta se adequar às complexidades da sociedade e das demandas por esta levadas ao Judiciário, garantindo maior concretização aos ditames constitucionais. Em suma, a formulação de decisões aditivas ou manipulativas surgiria no contexto de uma Constituição de caráter fortemente programático e a concomitante ineficácia do Poder Legislativo em dar respostas tempestivas às demandas sociais que surgem em referência aos valores constitucionalmente assegurados. Nesse espaço, caberia ao Poder Judiciário cumprir seu papel de garantidor de concretização e aplicação imediata dos direitos e liberdades fundamentais, suprimindo a lacuna inconstitucional deixada pelo Legislativo.

Mais especificamente, na rápida evolução jurisprudencial que aqui se demonstra sobre uma atuação mais restrita ou mais ativa do Supremo Tribunal Federal, entendeu-se que, na verdade, tratava-se de uma solução obrigatória ante ao duradouro conflito entre o direito de greve dos servidores públicos e a necessidade de que se estabelecessem limites à atuação deste direito. Afirmou-se que a discricionariedade do legislador consiste na possibilidade de definição material do conteúdo da lei, jamais alcançando, entretanto, a possibilidade de escolha sobre a edição ou não de determinado diploma legislativo exigido pelo texto constitucional. Nesse sentido que, mais uma vez, se justificaria a conduta dita ativa do Supremo Tribunal Federal, estando este no exercício de uma competência complementar implícita destinada ao preenchimento de lacunas legislativas que impeçam a manifestação concreta de direitos fundamentais.

Tais imbróglis institucionais se repetiram em outras matérias que foram levadas pela sociedade à apreciação do Poder Judiciário. Além do já citado caso da regulamentação de greve dos servidores públicos, houve outros casos em que a inércia legislativa forçou uma conduta mais ativa do Supremo Tribunal Federal, tais como os que trataram do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM)⁷⁶, além do caso da regulamentação do aviso prévio proporcional⁷⁷.

⁷⁶ Os Fundos de Participação, dos quais tratam o art. 159, I alíneas a e b da CF/88, devem ser,

Ressalte-se, uma vez mais, que o exercício de tais competências suplementares pelo Poder Judiciário apenas se dá de forma transitória, isto é, até que se dê a edição do respectivo diploma legislativo de incumbência dos legisladores. Isso porque não é dado a este último a opção sobre conceder ou não determinado direito, visto que já são declarados expressamente por previsão constitucional; mas cabe-lhe apenas dispor sobre a formatação e modo de tratamento que se dará ao direito já existente. O que ocorre, entretanto é que diante dessa conduta do Poder Judiciário, a qual se entende constitucionalmente respaldada, os reais responsáveis pela edição das leis regulamentadoras acabam por se acomodar, e diante da situação já resolvida, não atuam no sentido de dar o devido tratamento legislativo às matérias. O que daí não se pode afirmar é que o Poder Judiciário, que atua em função de uma atuação omissiva e inerte do Legislativo (ou melhor, de uma não-atuação legislativa), estaria usurpando competências constitucionalmente repartidas. Conforme se tem mostrado durante todo esse trabalho, a atuação do Poder Judiciário é legítima diante da inércia dos outros Poderes, em especial o Legislativo, uma vez que se dá no sentido de afirmação e concretização de direitos fundamentais.

O que se quis mostrar com esse tópico, a partir do exemplo do tratamento judicial do caso do direito de greve dos servidores públicos e a virada jurisprudencial ocorrida, é que foi especialmente a partir daí que se começou a imputar ao STF uma tendência de atuação ativa, tendência esta

nos termos do art. 163, incisos II e III da CF/88, objeto de lei complementar que atenda aos critérios ali estabelecidos. Inicialmente, editou-se a Lei Complementar nº 62/89, a qual estabeleceu alguns critérios de rateio das verbas dos fundos. Entretanto, conforme previsão de seu próprio art. 2º, § 2º, os coeficientes ali estabelecidos só se aplicariam até o exercício financeiro de 1991. Entretanto, nova lei que regulamentasse o tema jamais sobreveio. O caso chegou ao STF, dessa vez por meio de Ações Diretas (ADI's 875, 1.987, 2.727 e 3.243, por exemplo), e foi proclamada a omissão inconstitucional. Fixou-se um prazo final para a validade da antiga lei (dezembro de 2012), devendo o Congresso Nacional editar nova Lei Complementar nesse período. A matéria acabou sendo regulamentada pela Lei Complementar nº 143, de julho de 2013.

⁷⁷ Nesse caso, o Tribunal enfrentou uma série de Mandados de Injunção, tais como os MI's 943, 1010, 1074 e 1090, cujos autores reclamavam o direito constitucional previsto no art. 7º, XXI da CF/88 ("Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei"). À época do julgamento da temática, os debates se conduziram no sentido de que o STF devia manter sua posição já fixada em decisões em anteriores em casos de omissão legislativa, qual seja a necessidade de advertir o Congresso Nacional sobre a lacuna existente e adotar uma regra concreta ao caso, garantindo a eficácia do direito fundamental em jogo. Posteriormente, o dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 12.506/2011.

confirmada com as decisões posteriores de outras matérias, tais como a união estável homoafetiva, a interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencefálicos, entre outros, conforme aqui exposto. A partir da posição da Corte sobre os casos de omissão legislativa inconstitucional, começou-se a questionar se tal tribunal não estaria, no desiderato de realização do controle de constitucionalidade que a ele compete, extrapolando seu âmbito de competência de atuação, usurpando atribuições alheias e ameaçando o princípio da separação dos poderes. E a partir desse entendimento, com o qual aqui não se concorda, surgem iniciativas que pretendem limitar drasticamente a atuação do Judiciário.

2.3 Interação institucional e a mitigação da prevalência Judicial: casos de superação legislativa da interpretação constitucional do STF.

Apesar de todo o cenário descrito no tópico anterior, há casos, porém, em que se parece ter tido um efetivo diálogo entre Judiciário e Legislativo no Brasil, no sentido de que este Poder reagiu a decisões daquele, estabelecendo traços distintos do que se tinha a partir das decisões judiciais iniciais. Para tanto, cita-se como exemplo, os casos da definição do número de vereadores, da verticalização das coligações partidárias e a recente discussão sobre se, nos casos de migração partidária para agremiação recém-criada ou resultante de fusão, o congressista levaria consigo para o novo partido a proporcionalidade de participação no Fundo Partidário e do tempo de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão. Desde logo já parece ser possível perceber que os exemplos orbitam em torno de questões eminentemente políticas, e mais especificamente eleitorais, nas quais os parlamentares possuem interesse próprio direto.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.797⁷⁸, fixou entendimento que, de fato, dificultava a possibilidade de reação legislativa a decisões proferidas pelo Tribunal. Na ocasião, arguia-se a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei nº 10.628/02, os quais previam o foro de prerrogativa

⁷⁸ ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006.

de função em ação de improbidade administrativa. Na época, o STF havia cancelado, pelo julgamento do Inquérito 687-QO⁷⁹, a Súmula 394⁸⁰, a qual previa que permanecia a competência por prerrogativa de função em ação instaurada por crime cometido durante o exercício funcional, ainda que iniciada após a cessação desse exercício. Tal cancelamento, como se pode imaginar, contrariava interesse dos parlamentares, o que os teria levado a formular a alteração legislativa impugnada.

Nesse julgamento, além de se entender que existente uma inconstitucionalidade formal da alteração legislativa⁸¹, afirmou-se que não caberia ao Congresso Nacional, por meio da edição de lei ordinária, inverter interpretação constitucional realizada pelo STF, confrontando flagrantemente entendimento do Tribunal, uma vez que suas decisões seriam independentes, não estando sujeitas ao referendo do legislador. Introduz-se, aqui, mais uma questão: a posição estabelecida por decisão proferida por judicial pelo STF poderia ser posteriormente invertida por ato legislativo? Como se viu, em um primeiro momento entendeu-se que não, ou pelo menos não pelo processo legislativo ordinário. Entretanto, pelos casos a seguir exemplificados, parece que tal possibilidade tem sido admitida⁸².

A questão da definição da quantidade de vereadores por Município chegou ao STF por meio de vários processos, dos quais figura como caso

⁷⁹ Inq 687-QO, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 09/11/2001.

⁸⁰ O texto da súmula era assim disposto: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

⁸¹ A inconstitucionalidade formal decorreria do entendimento de que a alteração legislativa visava, em última instância, a fixar nova interpretação direta do texto constitucional, de modo que se teria uma lei ordinária impondo um entendimento sobre a Constituição. Em razão da impossibilidade de que lei inferior interprete lei superior, entendeu-se, nos termos do voto condutor do relator, configurada a inconstitucionalidade formal.

⁸² Na ADI 2.860, também de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, tem-se a mesma afirmação da impossibilidade de inversão do entendimento do STF por meio de legislação ordinária, a qual só poderia se dar por meio de Emenda Constitucional. Tal posicionamento foi consignado em trecho da ementa assim colocado: “Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda de sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”.

paradigma o RE 917.197, no qual se analisava o caso específico do Município de Mira Estrela (SP). Em tal caso, enfrentado ainda sob a redação anterior do art. 29, IV da Constituição federal de 1988⁸³, discutia-se dispositivo da lei Orgânica do referido Município, cuja população à época era inferior a três mil habitantes, o qual fixava em onze o número de integrantes da Assembleia Legislativa da localidade. O caso refletia situação genérica de vários Municípios brasileiros, pela qual era discrepante a quantidade de vereadores em cada um deles, havendo ocorrências de localidades com maior população que outras e menor número de membros em sua Assembleia Legislativa. Restaria, assim, descumprida a exigência constitucional de que o número de vereadores fosse proporcional ao quantitativo populacional.

No caso, acabou-se por declarar a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado⁸⁴, e fixou-se critério de atendimento ao requisito constitucional da proporcionalidade, pelo qual, respeitado os limites mínimos e máximos então estipulados, ter-se-ia um vereador para cada 47.619 habitantes. Tal decisão afetava grande multiplicidade de Municípios brasileiros, e estimativas indicaram que por ela se reduziu em 8.400 o número de vereadores Brasil afora⁸⁵. Entretanto, foi deixado explícito que se trataria de regulamentação provisória⁸⁶,

⁸³ O dispositivo foi alterado pela EC nº 58/2009. A redação anterior assim dispunha:

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes”.

⁸⁴ Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, após sugestão realizada em voto vista do Min. Gilmar Mendes, foram modulados para que se aplicassem apenas às eleições seguintes, para que a então atual composição da Assembleia legislativa não fosse alterada, cabendo ao legislativo municipal editar nova disciplina sobre a matéria, dessa vez em consonância com a CF, em tempo hábil à aplicação nas eleições seguintes.

⁸⁵ Dados extraídos de notícia do sítio eletrônico do STF, a qual pode ser consultada em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115946>

⁸⁶ Após proferida a decisão pelo STF, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Resolução 21.702/2004, a qual, fixando instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município, aplicava o parâmetro indicado pelo Supremo. Tal Resolução foi alvo de posteriores impugnações perante o STF. Cita-se como exemplo o MS 24.965, o qual foi impetrado pela mesa diretora da Câmara de Vereadores do município de São Gonçalo de Amarante (RN), que pretendia afastar a aplicação da referida norma às eleições municipais de 2004 naquele município. Este mandado de segurança, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, não

enquanto a matéria não fosse regulamentada pelo Congresso Nacional.

Em resposta a tal decisão, cerca de cinco anos depois, foi editada pelo Legislativo federal a Emenda Constitucional nº 58/2009, a qual atribuiu nova redação ao inciso IV do art. 29 da Constituição Federal, renovando o tratamento relativo à composição das Câmaras Municipais e fixando novos critérios para tanto. Trata-se de medida responsiva à decisão anteriormente proferida, pela qual se deu novo tratamento à matéria, configurando um exemplo de efetivo diálogo institucional entre os Poderes.

Tal diálogo foi posteriormente completado por nova resposta do Judiciário após este ter sido provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 3º, I da referida emenda nos autos da ADI 4.307⁸⁷. Este dispositivo previa que as alterações introduzidas quanto à composição das Assembleias Legislativas municipais, não obstante a emenda tenha sido editada já em setembro de 2009, seriam aplicáveis retroativamente às eleições de 2008. Questionado o dispositivo, o STF declarou, por unanimidade, sua inconstitucionalidade em observância ao princípio da anualidade eleitoral, o qual se encontra previsto no art. 16 do texto constitucional⁸⁸.

Roteiro semelhante teve a discussão acerca da matéria da verticalização das coligações partidárias, a qual se desenrolou anteriormente ao caso acima descrito. Este assunto foi inicialmente enfrentado pelo STF no julgamento conjunto das ADI's 2.626⁸⁹ e 2.628⁹⁰, pelas quais os requerentes intentavam derrubar a Resolução n.º 20.993/2002⁹¹ do Tribunal Superior Eleitoral, a qual

foi conhecido por essa hipótese não estar prevista em qualquer das alíneas do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal e por aplicação da Súmula 624/STF, pela qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais”.

⁸⁷ ADI 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 01/10/2013.

⁸⁸ Entendeu-se, na ocasião, que a retroação dos efeitos das novas regras de composição das Câmaras municipais em pleito já ocorrido e encerrado violaria a segurança jurídica, bem como o exercício da cidadania popular. Ademais, rechaçando a possibilidade de posse de suplentes, consignou-se que a retroação de efeitos causaria uma séria instabilidade institucional, em razão da conseqüente necessidade de recálculo dos quocientes eleitorais e partidário. Trata-se, em essência, de garantia individual do cidadão, assegurando o necessário grau de segurança e de certeza jurídica quanto às regras que serão observadas durante a disputa eleitoral.

⁸⁹ ADI 2.626, Rel. Min. Sidney Sanches, Rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 03/05/2004.

⁹⁰ ADI 2.628, Rel. Min. Sidney Sanches, Rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 03/05/2004.

⁹¹ Tal resolução foi fruto de consulta (Consulta nº 715/DF) , formulada por um conjunto de Deputados Federais e endereçada ao TSE, a qual foi assim expressa: “Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros

determinou a verticalização das coligações partidárias. Ou seja, por meio da Resolução, determinava-se a impossibilidade de que partidos que lançassem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderiam formar novas coligações em nível estadual com outro partido que possuísem, também isoladamente ou por meio de outra coligação, candidato à eleição presidencial⁹².

Levada a questão ao STF, entendeu-se pelo não conhecimento das ações diretas de inconstitucionalidade. Isso porque o ato normativo impugnado decorreu de consulta formulada por parlamentares ao TSE, sendo sua resposta um ato interpretativo. Entendeu-se que eventual incompatibilidade se daria apenas com a Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.507/97), e a jurisprudência do STF se coloca no sentido de não admitir tentativas de submeter ao controle de constitucionalidade a análise de ilegalidade do poder regulamentar. Ademais, restou consignado no acórdão que a Constituição não dispensou tratamento às coligações partidárias, pelo que não seria possível haver ofensa direta a dispositivo constitucional.

Uma vez mais, reagiu o Legislativo. Tal reação se deu pela Emenda Constitucional nº 52/2006, a qual alterou a redação do § 1º do art. 17 da Constituição Federal⁹³, deixando expressa a não obrigatoriedade de vinculação entre candidaturas e eventuais coligações formadas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal. Como se percebe, trata-se, uma vez mais, de total inversão, por ato proveniente do Legislativo, do entendimento inicial estipulado judicialmente; pelo que se pode novamente afirmar que se instaurou novo diálogo institucional entre distintos órgãos democráticos, até que se chegasse a um tratamento final da matéria. Por fim, o artigo 2º da referida emenda, que previa sua aplicação nas eleições de 2006, foi levado à

partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação?”.

⁹² Assim dispõe o § 1º do art. 4º da referida Resolução: “Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial”.

⁹³ Atribuiu-se ao citado dispositivo a seguinte redação: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

apreciação do STF, o qual, no julgamento da ADI 3.685⁹⁴, deu interpretação conforme a Constituição no sentido de que a inovação trazida pelo art. 1º da emenda somente fosse aplicado após a observância do princípio da anualidade eleitoral, pelo que não poderia ser aplicada nas eleições de 2006, mesmo ano de edição da emenda.

Por fim, como o último dos exemplos aqui citados, chega-se ao julgamento do MS 32.033⁹⁵, caso ao qual, por sua recenticidade e relevância, não se poderia deixar de fazer referência. Trata-se de ação proposta por parlamentar diante da tramitação do PL 4.470/2012, o qual foi recepcionado no Senado como PLC 14/2013, e acabou sendo transformado na Lei nº 12.875/2013⁹⁶, a qual estabelece alterações nas regras de distribuição de recursos do Fundo Partidário e de distribuição do horário de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão na hipótese de migração partidária. Tal lei alterou a Lei dos Partidos Políticos (9.096/95) e a Lei geral das Eleições (9.504/97) de modo a definir que, no ponto que interessa à presente discussão, para efeitos de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito para propaganda em rádio e televisão, são considerados exclusivamente os votos que os partidos obtiveram na última eleição. Assim, um partido recém-criado apenas teria participação apenas na parcela distribuída igualmente entre os partidos.

O caso também chama a atenção porque é mais um exemplo de fixação legal de uma nova situação oposta ao que o Judiciário havia inicialmente entendido. Isso porque no julgamento da ADI 4.430⁹⁷ o STF estabeleceu que, com o intuito de assegurar o direito de acesso proporcional aos recursos acima elencados aos partidos novos criados após a realização das eleições para o Legislativo federal, considerar-se-ia a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova agremiação criada. Assim, pelo entendimento do STF, o candidato que muda de partido em função da criação ou fusão de uma nova legenda, leva a esse novo partido a proporcionalidade, que detinha pelos votos adquiridos nas últimas eleições, de participação no Fundo Partidário e no tempo de

⁹⁴ ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10/08/2006.

⁹⁵ MS 32.033, Rel. Min. Gilmar Mendes, acórdão pendente de publicação.

⁹⁶ A lei data de 30 de outubro de 2013.

⁹⁷ ADI 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/09/2013.

propaganda eleitoral gratuita⁹⁸. Ressalte-se que, dessa vez, a alteração da interpretação conforme realizada pelo Supremo foi invertida não por Emenda Constitucional, como nos outros dois casos supracitados, mas por meio de legislação ordinária.

Pois bem, o pedido foi ajuizado com pedido de liminar. Em razão da excepcionalidade do caso, do aparente casuísmo da medida para com novas legendas partidárias e de sua contrariedade a decisão anteriormente proferida pelo STF, foi concedida medida cautelar pelo relator para que a tramitação do projeto fosse suspensa; após o que a matéria foi levada ao plenário, no qual se colocavam, em uma apertada síntese, duas posições adversas.

A primeira, conduzida pelo Ministro Gilmar Mendes, entendia que, na linha do firmado na jurisprudência do STF, caberia o controle preventivo de constitucionalidade por meio de mandado de segurança, pois o projeto de lei estaria violando princípios como a isonomia, segurança jurídica, proporcionalidade, liberdade partidária e o pluralismo político, os quais poderiam ser interpretados como abrangidos pelas cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. Assim, caberia ao Judiciário agir preventivamente, de modo a suspender desde logo a tramitação de projeto de lei que ofende princípios constitucionais.

A segunda, mais contida, foi liderada pelo voto divergente do Ministro Teori Zavascki, posição seguida pela maioria da corte. Entendeu-se que só se admite a intervenção preventiva do Judiciário no trâmite do processo legislativo nos casos de Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que viole flagrantemente alguma das cláusulas pétreas (hipótese que se restringiria aos casos de PEC, não se estendendo aos projetos de leis ou de outras espécies normativas) e de ofensa manifesta a dispositivo constitucional regente do processo legislativo. Nenhuma dessas hipóteses estaria configurada na questão, pelo que eventuais inconstitucionalidades materiais presentes na lei somente poderiam ser analisadas pelo Supremo em momento posterior à sua promulgação e, claro, se provocado por ente legitimado para tanto. Denegou-

⁹⁸ O objeto da referida ação foi bastante mais amplo, na qual o Tribunal, em análise de dispositivos da Lei das Eleições (9.504/97) declarou a constitucionalidade do § 6º do art. 45; a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados”, contida no § 2º do art. 47; e deu interpretação conforme a Constituição ao inciso II do § 2º do art. 47, conferindo a este o entendimento acima descrito. Para os fins desse trabalho, no entanto, nos interessa mais este último ponto da decisão, motivo pelo qual foi o único a ser destacado no texto.

se, portanto, a segurança, tendo sido o projeto já convertido em lei.

Trata-se de mais um caso em que o Legislativo inverteu entendimento do STF por meio de ato normativo, dessa vez de caráter ordinário, e no qual o Tribunal decidiu por não se imiscuir preventivamente nessa esfera de competência do Legislativo em respeito à autonomia, independência e separação dos poderes. É mais uma evidência de que a participação mais ativa que tem tido o Judiciário não decorre de vontade deliberada de assumir competências que inicialmente não lhe pertencem, nem do desejo de invadir esferas destinadas ao Legislativo. Ademais, os casos citados, e em especial esse último, parece mostrar que o *self restraint* ainda é mecanismo efetivo de limitação à atuação jurisdicional, a qual tem se desenvolvido com a devida deferência à atividade legislativa. Entretanto, mesmo que assim não fosse, este não é o único limite à atuação jurisdicional, a qual está também sujeita a outras significativas limitações institucionais⁹⁹.

O que esses casos exemplificados parecem sugerir é que, mesmo depois de proferida a última palavra pelo Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da Constituição, também no modelo brasileiro de constitucionalidade resta espaço para a (re)ação do Poder Legislativo. E, como se mostrou, este Poder efetivamente conseguiu (re)agir nos casos em que foi de seu interesse se manifestar nesse sentido. Entretanto, e isso parece exsurgir da comparação com os casos mencionados quando se tratou da omissão inconstitucional, por exemplo, fica o indício de que o Legislativo só faz questão de agir e de exercer suas atribuições quando se trata de matéria que lhe afeta diretamente, ou que lhe é de estrito interesse. Tal ímpeto de agir não parece ser o mesmo nos casos em que a edição legislativa possa causar algum desconforto ao próprio Legislativo, como no caso de questões que possam demandar medidas impopulares, por serem controversas entre a população.

Assim, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, mesmo

⁹⁹ Cita-se como exemplo dessas outras limitações a forma de indicação dos membros do STF, a qual inclui a indicação pelo Presidente da República e a posterior sabatina e aprovação/rejeição pelo Senado Federal; além do poder de aprovação pelo Congresso Nacional do orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes. Cf. BRANDÃO, Ricardo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 260 – 272.

se caracterizando como um modelo forte, a última palavra do STF não encerra por completo a discussão da questão, visto que tal decisão não vincula a futura atividade legiferante, a qual pode, nos limites da Constituição e conforme exemplificado pelos casos acima citados, inverter a posição originária adotada pelo Tribunal. Desse modo, não há que se falar no sufocamento do Legislativo pela atuação do Judiciário em questões de caráter político, restando espaço à interação e ao diálogo institucional.

Aliás, diante desta recente mitigação de entendimento do STF, o modelo brasileiro parece estar em um meio termo parcimonioso: nem se tem um sistema como o canadense, no qual, apesar de tal característica ser cada vez mais atenuada, é relativamente simples a superação de um entendimento judicial; nem um como o americano, no qual as respostas legislativas às decisões da Suprema Corte são dificultadas pelo complicado processo de reforma constitucional e pela característica de descentralização do poder político pelo sistema federativo lá existente. Em um cotejo entre os extremos, se o único modo de efetiva interação institucional entre Legislativo e Judiciário for a edição de emendas constitucionais, ter-se-á um quadro tendente à supremacia judicial material. Por outro lado, se as decisões de uma Suprema Corte puderem sempre ser superadas pelo processo legislativo ordinário, aproximar-se-á de um modelo de alta flexibilidade constitucional e de supremacia legislativa. O modelo brasileiro, embora mais próximo do primeiro cenário, parece estar entre estes extremos, de modo que se entende institucionalmente salutar o modo como se tem desenvolvido a atuação do STF.

O controle de constitucionalidade é também parte da interação institucional que pode se dar entre os Poderes, sendo importante ao debate democrático mesmo que sua posição não prevaleça ao final, e ainda que não se derrube qualquer diploma legal. Às vezes, a atuação judicial é importante, por exemplo, para provocar a manifestação legislativa sobre determinado assunto, instigando a introdução de determinados temas na agenda do legislativo sobre os quais este poder, por si só, preferia não ter que lidar. Isso porque assembleias eleitoralmente constituídas nem sempre estão dispostas a proteger direitos de minorias, especialmente quando se trata de questões controversas e impopulares, o que, não obstante haja espaço para atuação,

induz à inércia legislativa. Do mesmo modo que se admite em um modelo fraco como o canadense a possibilidade de influência judicial na agenda legislativa e em seu processo de tramitação, o que acaba sendo uma contribuição para o *policy-making*; nos sistemas fortes como o brasileiro a atuação das Cortes constitucionais não esgota plenamente as matérias, restando espaço para o Legislativo agir.

Assim, aquele primeiro entendimento do STF de que lei ordinária não é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência do Tribunal fundada diretamente na interpretação da Constituição, embora não se possa dizer que tenha sido superado, parece ter sido recentemente mitigado. No julgamento do MS 32.033, o Tribunal recusou-se a declarar a inconstitucionalidade, pelo menos preventivamente, de projeto de lei ordinária que contrariava diretamente interpretação que aquele havia conferido ao texto constitucional. Abre-se, nesse sentido, ainda mais espaço para que o Legislativo ofereça também soluções democráticas aos problemas que se apresentam, de modo que a *última* palavra proferida pelo STF na interpretação constitucional não é essencialmente a última, não é insuperável e pode não ser definitiva.

Embora não exista entre nós a previsão formal de dispositivo semelhante à *notwithstanding clause* canadense, fica claro que há no sistema brasileiro mecanismos que possibilitam a superação legislativa de decisões do STF. Parece que a interpretação do próprio Supremo tem sido comedida, identificando os casos em que, considerando as peculiaridades de cada um, seu entendimento possa ser superado por lei ordinária ou apenas por emenda constitucional.

O controle de constitucionalidade não é sempre um veto sobre as políticas da nação, mas uma forma de garantia dos direitos individuais constantes na Constituição, procurando conciliá-los com o cumprimento dos programas políticos, sociais e econômicos formulados pelos outros Poderes e com as vontades majoritariamente expressadas. Tal mecanismo pode, mesmo no forte modelo brasileiro, ser parte de um diálogo, pelo qual se cumpram os objetivos políticos do Legislativo, sem que haja lesão a direitos constitucionalmente assegurados.

3. A crise da legitimidade democrática formal e a atuação materialmente legítima das Cortes Constitucionais.

Conforme já destacado, o modelo canadense de controle de constitucionalidade é visto com bons olhos por muitos¹⁰⁰, principalmente por sua capacidade de incentivo ao debate institucional, fazendo com que os Poderes trabalhem conjuntamente em benefício da própria democracia e dos direitos dos cidadãos. Apesar de se ver em tal modelo alguns problemas, como a possibilidade de suspensão de eficácia de direitos fundamentais, traço já acima exposto, o incentivo ao diálogo institucional parece ser, abstrata e aprioristicamente, um ponto positivo, principalmente porque é um instrumento que naquele país funciona satisfatoriamente¹⁰¹, oferecendo resultados à própria sociedade.

Não obstante, tal como se começou a demonstrar no tópico anterior, o modelo de diálogo institucional, pelo qual o Judiciário, ante a uma atribuição ainda não exercida por outro Poder, busca junto a este a solução do problema enfrentado, nem sempre se mostrou produtivo quando por aqui se tentou introduzir soluções semelhantes. Foram assim, em um primeiro momento, as decisões do STF sobre matérias legislativas: notificava-se o Legislativo para que este sanasse o estado de omissão no qual se encontrava. Entretanto, tal como tem demonstrado a experiência institucional brasileira, essa tentativa não restou exitosa, nem mesmo quando fixado prazo para a atuação legislativa, conforme demonstrado no tópico anterior. E isso, frise-se uma vez mais, não por impedimento judicial imposto ao Legislativo, mas por estrita inação deste último Poder.

Além do comodismo e inércia aqui já evidenciados, outro ponto que coloca em xeque a atuação do Legislativo, as queixas que este faz quanto ao

¹⁰⁰ A propósito, pode-se conferir, por exemplo, os elogios feitos pelo texto da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, ao modelo canadense e a tentativa de aplicação de um sistema semelhante no Brasil. Texto disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011.

¹⁰¹ Cf., por exemplo, HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A WRIGHT; Wade K.. **Charter Dialogue Revisited – or “much ado about metaphors”**. Disponível em <http://ohlj.ca/english/documents/Hogg.pdf>, acesso em 27/10/2013. Nesse texto os autores descrevem grande parte da sistemática de funcionamento do modelo canadense de controle de constitucionalidade e demonstram resultados práticos e estatísticos do efetivo diálogo existente entre a legislatura e a Corte daquele país.

Judiciário e a suposta legitimidade democrática que este invoca é que, ao longo das duas últimas décadas, a população desenvolveu uma séria e fundamentada descrença em relação ao Poder Legislativo. Isso, acredita-se, não apenas em razão das várias e sempre apontadas denúncias de esquemas de corrupção e crimes contra a administração pública ocorridos no âmbito desse Poder, mas também, e principalmente, em razão de sua inércia e morosidade no atendimento das demandas da população e do cumprimento de suas responsabilidades constitucionais. Desse modo, o Poder Judiciário, muitas das vezes por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, é acionado, e diante disso não pode se furtar de responder a suposta lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CF/88).

O que se verifica é que cada modelo de controle de constitucionalidade é, em muito, reflexo do contexto histórico e institucional que viveu e vive cada país. Embora possa haver bons frutos resultantes do trabalho de importação e apropriação de institutos e modelos estrangeiros, cada país acaba por desenvolver de forma prática o sistema que melhor se compatibiliza com as realidades nele presentes. No descrito modelo canadense, por exemplo, a cessão de maiores poderes ao Parlamento deriva da histórica importância que o Poder Legislativo tem naquele país. Este, aliás, é um fator constante em muitos dos países que foram historicamente influenciados pelo modelo institucional inglês, conforme já aduzido neste trabalho.

O Constitucionalismo brasileiro, por sua vez, é extremamente contundente no aspecto de possuir uma carta com vários direitos fundamentais e garantias individuais expressamente previstos, além de possuir várias normas ditas programáticas¹⁰², as quais revelam a direção constitucional de que seus preceitos sejam concretamente estabelecidos. Por não se limitar apenas a um conjunto de normas de organização política, sendo também um conjunto de ordenações econômicas e sociais, o atual texto constitucional se coloca como uma Constituição Dirigente, nos termos do conceito formulado a partir de J. J. Canotilho¹⁰³ e da Constituição portuguesa de 1976.

¹⁰² Em breves e gerais linhas, normas programáticas são aquelas que fixam diretrizes e programas que balizam a atuação futura dos órgãos estatais, tendo em vista a persecução, e a consequente concretização, de valores e princípios constitucionalmente assegurados.

¹⁰³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra:

Enquanto uma Constituição dita dirigente, a Carta de 1988 firmou com a sociedade brasileira alguns compromissos não apenas políticos, mas também de ordem social e econômica, os quais deveriam ser observados e cumpridos pelos futuros governos. Porém, a implementação concreta de tais garantias inevitavelmente acaba por envolver a atuação incisiva do Poder Judiciário a partir do momento em que tais diretrizes fixadas no texto constitucional não foram seguidas pelo Legislativo. A matéria acaba chegando aos tribunais porque são nesses que se busca a garantia e materialização dos direitos e das promessas constitucionais ainda não efetivadas.

Entretanto, ainda que assim não fosse, parece ser possível a afirmação de que os sistemas *fracos de judicial review*, tais como o canadense, o britânico e o neozelandês, evoluíram e se mostraram institucionalmente eficientes em países de tradição fortemente parlamentar, nos quais os órgãos do Legislativo historicamente adquiriram expressiva confiança da população, que com eles se identificava e neles se sentia representada. Não é esse, porém, o quadro que se desenvolveu no Brasil. Por aqui e em alguns outros países, conforme adiante se mostra, principalmente naqueles em que o regime democrático foi recentemente implantado, o Legislativo não conseguiu atender satisfatoriamente às expectativas que nele se colocava, incorrendo em um cenário de crise de representatividade e identificabilidade, conforme exposto a seguir.

3.1 A crise de representatividade e da legitimidade democrática do Legislativo

Além da citada questão histórica sobre a tradição e a confiabilidade que se tem quanto ao Parlamento nos países acima referenciados, o modelo de controle de constitucionalidade a ser instalado em uma nação, e seus posteriores sucesso e efetividade, depende também de como se dá a relação entre governantes e governados; entre representante e representados; entre poder público e cidadão dentro daquela comunidade específica. Uma solução como a do sistema canadense, por exemplo, pressupõe a existência de uma forte confiabilidade popular nas instituições democráticas eletivas e,

principalmente, no corpo legislativo representativo.

Não é esse o cenário institucional brasileiro; o que aqui se vive é, a bem da verdade, uma verdadeira crise de representatividade, pelo menos no modo como subsiste o atual modelo de representatividade. Entre outras razões, as quais não são aqui exauridas, mas apenas exemplificadas, vive-se um modelo de representação política já esgotado em alguns aspectos, como o exacerbado pluripartidarismo existente no Brasil.

O atual sistema partidário brasileiro¹⁰⁴, com seu *hiperpartidarismo*, implica em algumas dificuldades práticas e acaba influenciando na difícil governabilidade que se estabeleceu no país. Fora isso, mesmo com tantos partidos, não se têm aqueles que atuam de forma efetivamente programática e ideológica, e a maioria dos acordos políticos que acabam sendo travados não passam de meros ajustes *ad hoc*, provenientes do jogo político e suas inerentes instabilidades.

É certo que o conceito de representatividade assumiu, ao longo da história, acepções distintas. Conforme aduz Manin¹⁰⁵, inicialmente, quando do surgimento das democracias representativas parlamentaristas a partir do século XVIII, a ideia de representação se baseava na possibilidade dos cidadãos conduzirem ao poder aqueles indivíduos nos quais confiavam. A representatividade era pautada por uma forte relação de confiança de caráter essencialmente pessoal entre governante e governados, sendo estes dois, geralmente, pertencentes a uma mesma comunidade, dando-se grande importância às relações locais.

Com o aumento do tamanho do eleitorado, decorrente principalmente da ampliação do direito de voto a partir da eliminação gradual de critérios restritivos como a propriedade e renda, diminuiu a viabilidade da manutenção da pessoalidade na relação entre representante e representados, e foi a partir daí, já no século XIX, que começaram a surgir os partidos políticos e a chamada democracia por partidos. A ideia era que os eleitores passassem a

¹⁰⁴ O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), autorizou em setembro de 2013, criação do 31º partido brasileiro. Trata-se, como é possível perceber, de um número elevado, quando comparado com o de outros países, mesmo no caso de outras semelhantes democracias latino-americanas. A crise de representatividade, no entanto, não é fenômeno exclusivo brasileiro, pelo que este motivo não pode ser considerado como a única causa determinante de tal problema.

¹⁰⁵ MANIN, Bernard. **As metamorfoses do governo representativo**, tradução de Vera Pereira. In Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 10, nº 29. São Paulo, outubro de 1995.

votar não mais em alguém que conheciam e que lhes inspirava confiança pessoal, mas em um candidato que carregava consigo determinados ideais, que simbolizava certos valores comuns encarnados em um partido político. Criava-se, assim, uma maior identidade coletiva (social e cultural) entre governantes e governados, em lugar da anterior identificabilidade pessoal. Os eleitores detinham importante poder na definição das políticas públicas, pois, ao votarem, estariam, por meio da escolha de determinado partido político, indicando quais os programas governamentais o eleitorado desejava ver executadas.

Ao mesmo tempo em que se distanciava a pessoa do representante dos representados, devido à pessoalidade cada vez menor em tal relação, aumentava-se a proximidade dos eleitores com as definições das políticas públicas desenvolvidas, aproximando a democracia representativa por partidos de um ideal de autogoverno. Mesmo nos casos em que, principalmente a partir do nascimento dos partidos de massa¹⁰⁶, o voto não se dava exatamente em função dos planos de ação presentes nos projetos políticos dos partidos, tinha-se um sentimento de pertencimento e identidade social com estes, demonstrando, mais uma vez, a relação de confiança como fundamento da relação de representatividade. A diferença é que, desta vez, a confiança que baseia o ato político do voto é depositada não mais em uma pessoa, mas em uma organização coletiva, isto é, o partido político.

Entretanto, o cenário atual da representação política nos países ocidentais não é dos mais positivos. Embora não se trate de um fenômeno exclusivo da democracia brasileira, tal ocorrência se intensificou significativamente por aqui na última década, muito em razão dos escândalos

¹⁰⁶ Sobre o surgimento dos partidos políticos, Maurice Duverger, em clássico estudo, faz a distinção entre os “partidos de massa” e os “partidos de quadro”. Estes teriam sido os primeiros a aparecerem, por meio da união de pessoas “notáveis” que compartilhavam certas concepções e se dispunham a uma atuação política. Enfatizava-se a representação individual, a partir da já tratada relação pessoal de confiança com os representados. Já os partidos de massa surgiram em um momento posterior, a partir da ampliação do direito de voto, da participação política, bem como do fortalecimento do sindicalismo, e nasceram da concepção de que apenas através da atuação coletiva dentro do sistema político estruturado é que conseguiriam fazer valer suas pretensões por meio de uma aceção de representação tomada em um aspecto mais coletivo. Embora não seja esta uma distinção e análise completa e exaustiva, visto que dentro dela própria há outras subdivisões, trata-se de uma classificação que ajuda na compreensão do surgimento e evolução dos partidos políticos, bem como do conceito de representatividade. Cf. DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**, tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

de corrupção emergentes e do sentimento de abandono pela população, em função do não tratamento legislativo de suas demandas. É um acontecimento que atinge não apenas os parlamentares, mas aqueles que exercem mandatos eletivos, de um modo geral.

Dentro desse cenário, não mais subsiste aquela forte e estável relação de confiança que se tinha entre os representados e seus representantes, típica das primeiras democracias parlamentaristas; nem a identificação e sentimento de pertencimento entre os eleitores e os partidos políticos. Recentemente, tem crescido o número de eleitores que não se identificam com partido algum, nem com as propostas de governo por estes apresentadas, tampouco com as pessoas de seus candidatos. Tanto é que é fato comum a votação por um mesmo eleitor em candidatos de diferentes partidos para diferentes cargos: vota-se em um candidato de determinado partido para um cargo Estadual, por exemplo, enquanto que a nível Federal vota-se em outro partido de ideais, ao menos em tese, significativamente diferentes¹⁰⁷.

O exercício do voto, e isso é um traço que demonstra o citado cenário de descrença no Poder Legislativo em especial, deixou de ser um meio para que os cidadãos indicassem as políticas públicas que desejam ver implementadas, e passou a ser mais o cumprimento de um dever constitucional do que propriamente o exercício de um direito fundamental. A própria estratégia eleitoral dos partidos em construir imagens vagas que projetem a personalidade de suas lideranças, e não mais a efetiva apresentação de projetos políticos e de governo, é um indício do quadro que se vive. E a partir do momento em que os cidadãos não mais se veem representados por aqueles que exercem o poder, embora estes só estejam ali em virtude de uma escolha eleitoral concretizada mediante o sufrágio universal, diminui a legitimidade democrática material dos Poderes representantes. A despeito de serem órgãos constituídos eleitoralmente e por um sistema representativo, o que lhe garante uma legitimidade democrática formal, seu respaldo material junto aos representados é minorado.

¹⁰⁷ Induzir os partidos políticos a uma mais forte e fiel ideologia e identidade partidária era um dos objetivos da fixação do modelo de verticalização partidária, por exemplo. Tal modelo, como já aduzido no presente trabalho, foi afirmado pela jurisprudência do STF; entretanto, tal tema foi fruto da EC nº 52/2006, a qual deixou a realização de coligações nos âmbitos federal, estadual/distrital e municipal ao arbítrio dos diretórios partidários.

Aliás, é possível até mesmo questionar o caráter efetivamente representativo de nosso modelo democrático. Guillermo O'Donnell¹⁰⁸ em seus estudos sobre a redemocratização nos países latino-americanos e pós-comunistas no contexto das décadas de 80 e 90 do século XX, distingue as democracias representativas das democracias delegativas. Segundo ele, algumas democracias mais recentes ainda não seriam democracias representativas, mas sim delegativas, e as compara com o conceito de poliarquia, este formulado por Robert Dahl¹⁰⁹. O conceito de poliarquia surge de uma preocupação de adequação das teorias da democracia à realidade dos regimes dos países ocidentais industrializados. Assim, partindo de dois critérios de classificação, a participação popular na escolha dos representantes (inclusão) e a competição política para essa escolha (participação), seria possível distinguir alguns diferentes graus de democratização¹¹⁰. Dentre esses diferentes níveis, a poliarquia representaria um nível mais avançado e ideal, por possuir uma forte disputa de poder entre grupos distintos e uma ampla participação política.

Conforme se dizia, as democracias estudadas por O'Donnell são consideradas como delegativas, pois aquele que ganha uma eleição presidencial (para o cargo de chefe do executivo, de um modo geral) poderá governar o país conforme este ache apropriado, sendo este seu poder restringido apenas pela realidade das relações de poder existentes e pelo tempo de mandato que lhe é atribuído. Assim, suas atuações práticas, depois de eleito, não precisariam ter semelhança com as promessas feitas durante o período de campanha eleitoral. Questiona-se, desse modo, a efetiva legitimidade e representatividade material daqueles que foram eleitos popularmente, pois, dentro das limitações impostas pela ordem jurídica e pelo próprio cenário político e institucional, os eleitos governam conforme suas próprias convicções, e não com base na vontade popular daqueles que o

¹⁰⁸ O'DONNELL, Guillermo. **Delegative democracy**. Journal of Democracy, vol. 5, nº 1, January 1994: 55-69.

¹⁰⁹ DAHL, Robert Alan. **Poliarquia: participação e oposição**, tradução de Celso Mauro Paciornick. São Paulo, EdUSP, 1997.

¹¹⁰ Os outros modelos elencados por Dahl são as hegemonias fechadas (regimes em que o poder não é disputado e a participação política é limitada); hegemonias inclusivas (regimes nos quais não há a disputa de poder, mas é ampla a participação política); além das oligarquias competitivas (regimes com disputas de poder, porém com limitada participação política).

elegeram, isto é, dos representados.

Nesse sentido, passadas as eleições, os eleitores (delegantes) retornariam à condição de espectadores passivos, e, uma vez delegada sua autoridade a um candidato, assistiriam ao delegatário (geralmente o chefe do executivo) conduzir as políticas do país de forma quase que isolada, assumindo por isso os riscos de sucesso ou fracasso destas políticas. É claro que não se ignora a existência do Poder Legislativo, mas o próprio Parlamento, diante de sua dominação pelo chefe do executivo, não se sente efetivamente responsável pelos programas políticos implementados, o que acaba contribuindo para agravar, ainda mais, o quadro de declínio de prestígio dos partidos políticos.

Ressalte-se que não se questiona o aspecto democrático-formal deste modelo político, mas o seu suposto aspecto representativo tomado em sua acepção material. Conforme aduz O'Donnell, continua-se a recorrer ao princípio majoritário para que, mediante eleições, seja respaldada como legítima a delegação que se faz em nome de um candidato, o qual será constituído, durante um período predeterminado de anos, como uma encarnação dos interesses do país.

O desenvolvimento de tais modelos de democracia, segundo o autor, decorreriam das dificuldades econômicas, sociais e financeiras existentes durante o período de redemocratização e herdadas pelos novos governos democráticos dos anteriores regimes autocráticos e do cenário mundial de problemas econômicos nos anos 70 e 80 do século passado; além do papel mais ou menos efetivo exercido pelos Paramentos nesse contexto de redemocratização¹¹¹. Desse modo as democracias delegativas (e são citados

¹¹¹ A maior ou menor participação do Poder Legislativo nessa transição é demonstrada pelo autor a partir da comparação de como os países sul-americanos reagiram aos problemas econômicos que se tinha à época, pela implementação ou não dos programas de estabilização econômica. De um lado, países como Argentina, Brasil e Peru optaram pela implantação drástica dos chamados pacotes ou planos econômicos (como os Planos Austral, Cruzado e Inti, respectivamente), os quais acabaram se mostrando inefetivos, não tendo resolvido os problemas que se impunham. De outro, o Uruguai, país que herdou uma situação político-econômica semelhante à do Brasil e Argentina, acabou não implementando nenhum pacote econômico, mesmo depois da euforia inicial proveniente das primeiras fases dos Planos de seus países vizinhos. Perguntando-se o porquê, o autor indica como explicação o fato de que no caso da redemocratização uruguaia, o Congresso daquele país começou a funcionar de maneira eficaz desde o princípio de tal transição, freando as iniciativas mais bruscas que eram sugeridas pelo Executivo. Desse modo, diante de uma maior estabilidade institucional, e de uma atuação mais efetiva e independente do Poder Legislativo, nenhum presidente uruguaio

como exemplo os casos de Brasil, Argentina, Peru, entre outros) ainda não teriam atingido o estágio de democracias representativas, como a daqueles países que passaram pelo processo de redemocratização no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, o qual se deu em contexto mais favorável¹¹², e que pressupõem uma maior estabilidade de suas instituições. Diante de problemas como a alta inflação, a estagnação econômica que se enfrentava, o agravamento das desigualdades sociais e a vultosa dívida externa, o processo de redemocratização se tornou mais precário. E, diante de tal conjuntura, “o lugar das instituições que funcionam adequadamente é ocupado por outras práticas não formalizadas, mas fortemente operacionais, a saber: o clientelismo, o patrimonialismo e a corrupção”¹¹³.

O que se quer mostrar com essa breve digressão sobre o cenário de crise de representatividade e desconfiança que hoje se tem na democracia brasileira é que atribuir determinada competência ao Legislativo não significa, necessariamente, aumento material de legitimidade democrática e representativa daquela decisão. O argumento de que as decisões do Supremo Tribunal Federal que, alegam alguns, se imiscuem em searas aprioristicamente legislativas são ilegítimas e que, portanto, devem ser revisadas pelo Parlamento, constituído direta e eletivamente pela população, conferindo assim maior representatividade e legitimidade popular à decisão, não parece assim tão evidente.

Desse modo, a alegação de que a transferência de competências ativas do STF ao Legislativo, ou a de que a submissão de decisões deste Tribunal à apreciação do Congresso Nacional traria mais legitimidade democrática ao procedimento de controle de constitucionalidade, não necessariamente induz uma maior representatividade substantiva a estes processos de tomada de decisão. A atuação do STF tal como hoje se tem desenvolvido é fundamental,

conseguiu implementar programas semelhantes aos drásticos pacotes. Nota-se, uma vez mais, a diferença entre contar ou não com instituições fortes, um Poder Legislativo efetivamente representativo e atuante, característica que, para o autor, também reflete a diferença entre a democracia representativa e a delegativa.

¹¹² O autor cita algumas características que fariam do contexto pós-Segunda Guerra uma conjuntura mais favorável ao desenvolvimento da democracia, tais como as moderadas expectativas econômicas que se tinha em razão da forte destruição causada pela guerra; as vultuosas injeções de capital provenientes do Plano Marshall; além de um contexto mundial de expansão econômica.

¹¹³ O'DONNELL, Guillermo. **Delegative democracy**. Journal of Democracy, vol. 5, nº 1, January 1994, p. 60.

dentro do cenário democrático descrito, à garantia concreta de direitos e garantias fundamentais.

3.2 A atuação jurisdicional ativa como garantidora dos direitos fundamentais.

Conforme tratado no tópico anterior, dado o atual contexto de crise de representatividade e de identificação entre eleitores e eleitos, a atribuição de determinada competência ao Poder Legislativo não representa, por si só, um automático e necessário incremento de legitimidade popular à sua execução. Ademais, mesmo que assim fosse, o controle de constitucionalidade, sendo uma competência bastante afeita à defesa de direitos e garantias fundamentais, muitas vezes atinentes a grupos minoritários, deve ser uma competência atribuída a um órgão eletivo-democrático? E em caso de divergência entre a opinião do Judiciário e do Legislativo, em uma posterior submissão do impasse a um plebiscito a vontade da população expressa majoritariamente poderia se sobrepor às garantias expressas pelo texto constitucional? Entende-se que não, como se passa a expor.

A simples existência de apoio popular, ao prescrever, por exemplo, a possibilidade de que uma questão controversa tenha sua última palavra proferida pelo povo, que se pronunciará de forma majoritária por meio de plebiscito, não torna, diante dos ditames e princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, uma causa constitucionalmente legítima. O controle de constitucionalidade realizado pelo povo, por assim dizer, não se mostra compatível com a ordem constitucional vigente, além de ser uma medida bastante perigosa à manutenção dos direitos fundamentais historicamente conquistados. Há que se separar, quando se trata de direitos e garantias individuais, a soberania popular e a soberania constitucional; esta serve, e deve mesmo servir, como limite àquela. Em uma democracia constitucional, nem tudo pode ser decidido de forma majoritária ou eletiva, sob pena de estarem sob sérios riscos os valores constitucionalmente estipulados pela ordem constitucional vigente.

Imagine-se, por exemplo, a situação de uma PEC que viole direito fundamental, e que tal ato normativo tenha sido proclamado inconstitucional por meio de decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. O

Congresso Nacional, após analisar a matéria, entende, pela maioria de três quintos, que a corte estava equivocada e que a lei declarada inconstitucional está sim de acordo com o texto constitucional; encaminhando a questão para a decisão popular, a qual confirma o posicionamento do Legislativo. Entende-se que, ainda assim, caso seja a hipótese de ato normativo, no caso uma proposta de emenda constitucional, que ofende direitos fundamentais constitucionalmente dispostos, ou qualquer outra das cláusulas pétreas, o ato legislativo não se configura legítimo, ainda que confirmado formalmente pela maioria da população¹¹⁴.

O que se quer dizer é que a vontade popular, expressa a partir de um procedimento eleitoral de participação direta, não é garantidora de legitimidade substancial de um ato legislativo ofensor de princípios constitucionalmente definidos como intocáveis¹¹⁵. A simples legitimação de um ato por uma decisão de maioria, como bem nos mostra a História, abre espaço a decisões opressivas e estarrecedoras. Destaca-se aqui, uma vez mais, a importância da atuação de uma Corte independente politicamente e que possa, quando necessário, agir de forma contramajoritária. Garante-se, assim, mesmo dentro de uma democracia majoritária, também os direitos fundamentais de minorias, as quais, muitas vezes, possuem baixa representatividade parlamentar, o que dificulta o tratamento de muitas de suas carências e demandas.

3.3 Casos do direito comparado: exemplos da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Quando se trata de como decisões majoritárias podem ser dissonantes dos princípios constitucionais, um exemplo recorrente é sobre as questões de gênero. Um caso concreto e recente desse cenário no direito comparado, para não que a análise não se restrinja a exemplos da realidade brasileira, advém dos Estados Unidos; mais precisamente no Estado da Califórnia.

¹¹⁴ O procedimento exemplificado é o que a PEC 33/2011 pretende instaurar no texto constitucional. Tal Proposta é mais detidamente analisada no Capítulo 4 deste presente trabalho.

¹¹⁵ Como exemplo principal dessas disposições constitucionais tidas por intocáveis, citam-se as cláusulas pétreas, expressas no art. 60, § 4º da CF/88. Há, entretanto, outros princípios expressos fora desse dispositivo cuja alteração é desencorajada, dada a importância e destaque destes na ordem constitucional. É o caso, por exemplo, dos princípios sensíveis, expressos no art. 34, VII do texto constitucional.

Em 2008, após a Suprema Corte da Califórnia ter sustentado que a limitação da possibilidade de casamento aos casais heteroafetivos era uma violação à Constituição daquele Estado, os eleitores californianos aprovaram, por meio de um procedimento semelhante ao plebiscito, uma emenda à Constituição estadual, conhecida como a *Proposition 8*¹¹⁶ (Proposição 8), a qual definia que o casamento seria um união somente possível entre homem e mulher. Tal proposição, que na prática impedia a celebração de novos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, foi motivada pelo crescente número de uniões homoafetivas havidas naquele Estado. Submetida ao crivo popular em novembro de 2008, a proposição foi referendada por 52% da população votante.

O caso, que ficou conhecido como *Hollingsworth et al vs. Perry et al*, foi recentemente julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos¹¹⁷, e se iniciou quando dois casais homoafetivos que desejavam se casar levaram a Proposição à apreciação de uma corte federal norte-americana. A proposição, que já havia sido sem sucesso desafiada por vício procedimental, era agora impugnada sob as alegações de ofensa ao devido processo e à igual proteção, direitos previstos na 14ª Emenda à Constituição Federal dos Estados Unidos. Um detalhe curioso do caso é que foram nomeados como parte contrária o Governador e Procurador-Geral (*attorney general*) da Califórnia, entre outras autoridades locais, enquanto sendo estes os responsáveis pela aplicação e cumprimento da Proposição impugnada. Entretanto, as autoridades indicadas decidiram por não defender a lei, embora continuassem a executá-la e a dar-lhe aplicação. Foi quando, então, o Tribunal (*district court*) autorizou que os proponentes do ato legislativo impugnado o defendessem. Acabou-se por, no tribunal distrital, declarar a inconstitucionalidade da Proposição, proibindo que as autoridades do Estado continuassem a aplicar o ato legislativo questionado.

Houve recurso para o Tribunal de Apelações do *ninth circuit*¹¹⁸, no qual

¹¹⁶ A proposição introduzia no artigo 1º da Constituição da Califórnia um novo inciso que previa: “*Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*” (ou, em uma tradução livre, “Apenas casamentos entre um homem e uma mulher são válidos ou reconhecidos na Califórnia”).

¹¹⁷ O caso foi julgado pela Suprema Corte em junho de 2013, e o *writ of certiorari* do caso, com o voto condutor do *Chief Justice* Roberts, pode ser consultado em http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf

¹¹⁸ Trata-se de uma Corte Federal com competência para julgar recursos provenientes dos

foi mantida a decisão proferida pelo tribunal inferior, aduzindo que a proposição politicamente investida e legitimada formalmente pela população apenas resultava em uma distinção injustificada e uma diminuição de dignidade para determinada parte da população.

A matéria foi então levada à Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual a questão acabou sendo decidida por um aspecto mais processual referente à legitimidade para interposição do recurso pelos proponentes da *Proposition 8*¹¹⁹. Não obstante, em outras ocasiões a Suprema Corte já se pronunciou no sentido da possibilidade da união civil entre pessoas do mesmo sexo, como no caso da declaração de inconstitucionalidade do *Defense of Marriage Act*, esta uma lei federal que previa benefícios especiais apenas para uniões heterossexuais¹²⁰. É certo que em muitos Estados norte-americanos há previsão legislativa da possibilidade dessas uniões civis, mas os casos citados são exemplos de condutas tidas por ativas também por parte da Suprema Corte estadunidense, havendo inclusive decisões que afastaram a vontade popular manifestada majoritariamente.

Em síntese, além da questão material de fundo do caso, na qual se decidiu pela possibilidade constitucional de uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, e deixando de lado as já aludidas questões processuais, a decisão do Judiciário norte-americano foi clara no sentido de que a tentativa de proibir o reconhecimento dessas uniões por meio de uma emenda à Constituição¹²¹ após a declaração de tal possibilidade pela Corte é

Tribunais Distritais (*District Courts*) dos distritos de Alaska, Arizona, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, quatro distritos da Califórnia, dois distritos de Washington, além dos Tribunais territoriais de Guam e Ilhas Marianas do Norte.

¹¹⁹ A referida discussão trata da existência ou inexistência de legitimidade de impugnação da decisão que declarou inconstitucional a *Proposition 8* pelos seus proponentes, diante da recusa ao interesse de recorrer feita pelas autoridades aplicadoras da medida impugnada. Tal discussão se dá em face da seção 2 do artigo III da Constituição norte-americana, o qual prevê como requisito para a atuação do Poder Judiciário, entre outros, a existência de controvérsia. Discutiu-se se, diante da mencionada recusa das autoridades do Estado da Califórnia havia por parte dos proponentes algum interesse pessoal na causa que justificasse sua interposição recursal. Decidiu-se que não, constando na *opinion of the Court* que “os requerentes não sofreram, na verdade, qualquer dano e, portanto, não possuem legitimidade para afirmar os supostos interesses do Estado” (traduzido livremente do original: “*petitioners have likewise not suffered an injury in fact, and therefore would ordinarily have no standing to assert the state’s interests*”).

¹²⁰ Essa decisão foi proferida no caso que ficou conhecido por *United States v. Windsor case*.

¹²¹ No caso narrado, como já explicitado, a alteração que se queria introduzida era na Constituição Estadual da Califórnia, e não na Constituição Federal norte-americana. Entretanto, para que a comparação ao caso brasileiro não seja mal compreendida, sabe-se das diferenças

inconstitucional, já que se tratava de questão atinente ao exercício de direitos fundamentais dos cidadãos. Ou seja, a proposição legislativa se colocava em sentido oposto ao decidido pelo Poder Judiciário, e foi considerada inconstitucional, mesmo diante da manifestação popular favorável a tal alteração da Constituição estadual. Foi afastada, por via do controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte, uma vontade majoritária da população expressa legalmente pelo procedimento eleitoral, sem que isso signifique qualquer usurpação de poder alheio ou exercício abusivo de competência. Tem-se, em verdade, um reforço materialmente democrático dos valores constitucionalmente estipulados.

Outro exemplo a ser mencionado, dentre os vários casos relevantes recentemente julgados, no qual decisão da Suprema Corte norte-americana teve fundamental importância na resolução de controvérsias eminentemente políticas, foi o caso da eleição presidencial naquele país em 2000, que restou conhecido como *Bush vs. Gore case*. A eleição de então teve como candidatos principais o democrata Al Gore e o republicano George W. Bush, e seu resultado final só foi conhecido por meio de uma decisão judicial proferida pela Suprema Corte daquele país¹²².

O caso tinha como objeto da controvérsia a contagem dos votos referentes ao Estado da Flórida. Após o candidato republicano ter sido considerado vencedor por uma pequena margem de votos na primeira apuração, o democrata pediu para que a Suprema Corte da Flórida determinasse a contagem manual dos votos, já que havia suspeitas de falha na primeira apuração mecânica. A questão foi levada pelos advogados de Bush à

que o federalismo brasileiro guarda com aquele lá existente. Assim, em face da maior autonomia e independência que as Constituições dos Estados norte-americanos possuem quando em comparação aos Estados brasileiros, trata-se de decisão de grande importância e forte impacto.

¹²² Vale lembrar que o sistema eleitoral norte-americano é bastante diferente daquele que aqui se tem. Em uma breve explicação, naquele país, cada um dos 50 Estados possui um determinado número de delegados (número proporcional à quantidade de representantes no Congresso Nacional), e os votos proferidos individualmente pelos eleitores não são destinados diretamente ao candidato no qual votaram, mas a comissão de delegados que representará o seu estado no colégio eleitoral nacional. Assim, o partido do candidato que ganhar a maioria dos votos em determinado Estado, será o indicado pela totalidade de delegados daquele Estado, enquanto que o candidato que perder nesta localidade não ganha nenhum delegado, mesmo que tenha obtido parcela expressiva dos votos diretos da população. Abre-se, assim, a possibilidade de que o Presidente eleito pelo Colégio Eleitoral não seja o que recebeu a maioria dos votos diretos da população.

Suprema Corte nacional, a qual determinou, liminarmente, a suspensão da recountagem. Tal liminar foi posteriormente confirmada por aquele Tribunal, sob os argumentos de proteção às cláusulas do devido processo legal e da igual proteção. O caso foi decidido por uma maioria apertada de 5 a 4, tendo os que votaram em sentido contrário fundamentado seus votos justamente na ideia de que a Suprema Corte careceria de legitimidade para interferir nas regras eleitorais estabelecidas pelos Estados em suas Constituições, tampouco nas suas disputas eleitorais levadas ao conhecimento do Poder Judiciário Estadual. Tal posição, entretanto, não prevaleceu.

Percebe-se, dos exemplos acima expostos, que a atuação ativa de cortes constitucionais não é fenômeno exclusivo da democracia brasileira; tampouco é resultado de uma posição deliberadamente invasiva do Supremo Tribunal Federal em apropriar competências legislativas. Tal fenômeno institucional é, em verdade, consequência do próprio modelo de constitucionalismo que se tem desenvolvido, o qual prima por valores como a inclusão, a igualdade material, a liberdade, entre tantos outros, e por sua concreta implementação na vida em sociedade. É por esses valores que tem primado a legítima atuação judiciária.

A atuação ativa do Judiciário brasileiro, embora até se possa afirmar que por aqui é mais forte, em razão de nossa realidade institucional, é também verificada em outras Cortes constitucionais em países de tradição constitucional semelhante. Ademais, frente ao número de leis produzidas pelo Legislativo, são poucos os casos de declaração de inconstitucionalidade pelo STF; e, embora muitas vezes se dê em casos emblemáticos (e são justamente esses casos que merecem uma maior atenção dos órgãos da República), em todos eles se tem tentado manter certa deferência para com o Congresso Nacional, já que é também este um órgão democrático e republicano. Entende-se que tal atuação tem se dado tão somente nos casos necessários, funcionando bem o mecanismo de autocontenção (*self restraint*) do Tribunal¹²³.

¹²³ Outro caso recente que exemplifica essa citada autocontenção judicial é o julgamento da AP 565, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, na qual se condenou, pelo crime de fraude a licitações quando ainda era prefeito do Município de Rolim de Moura/RO, o senador Ivo Cassol. Na ocasião decidiu-se ser de competência do Senado Federal, nos termos do art. 55, VI, § 2º da CF/88, o qual prevê que, nos casos em que for decorrente de condenação criminal transitada em julgado, a perda de mandato parlamentar será decidida pela respectiva Casa na qual atuante o condenado, decisão esta a ser tomada mediante voto secreto e maioria absoluta, e

Soma-se a isso a possibilidade de decisões majoritárias serem tolhedoras de direitos fundamentais. Entretanto, os direitos dos cidadãos e suas garantias individuais não podem ser relativizados em nome de qualquer jogo ou regateio político, eles não podem ser dispostos pelo legislador, ainda que este seja, de modo formalmente legítimo, um representante dos cidadãos; tampouco podem ser afastados por uma decisão direta e majoritariamente tomada pela população. O mero processo legislativo formal não é sinônimo de virtude democrática material; nem é o apoio majoritário da população ato conferidor de constitucionalidade e legitimidade.

Assim, diante da citada crise de representatividade, além da inércia do Poder Legislativo, como acima já abordado, as pretensões democráticas dos cidadãos quanto à efetividade de cumprimento de suas demandas passaram a ser endereçadas ao Poder Judiciário. Pouco a pouco, os tribunais brasileiros, e em especial o Supremo Tribunal Federal, passaram a ter maior protagonismo no cenário democrático, se firmando como instituições imprescindíveis à preservação e efetivação dos fundamentos democráticos garantidos aos cidadãos. Entende-se legítima esta atuação judicial, além de ser essencialmente compatível com os mais básicos e fundamentais princípios democráticos materiais.

iniciada pela provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional. Tal decisão, tomada em Plenário em 08/08/2013, altera o entendimento proferido pelo STF em dezembro de 2012, no âmbito do julgamento da AP 470. Nesta ocasião havia-se decidido que os três deputados ali condenados perderiam automaticamente seus mandatos pelo trânsito em julgado do acórdão condenador, cabendo à Mesa da Câmara dos Deputados apenas a declaração de tal perda. Aponta-se como causa da rápida mudança de entendimento a alteração na composição do Tribunal.

4. A Tensão Institucional e a Resposta do Poder Legislativo.

4.1 Considerações sobre a PEC 33/2011.

Dentro desse contexto descrito, afigura-se que tem aumentado a tensão institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário. De um lado, acusa-se este de ser muito ativo e estar ocupando terrenos institucionais que, pela repartição constitucional de competências entre os poderes, não lhe pertencem. Por outro, aqueles são tidos como morosos, omissos e enfrentam um antigo cenário de progressiva descrença e desconfiança em meio à população, passando por uma série crise de representatividade.

Nesse cenário, em junho de 2011, o Deputado Nazareno Fonteles (PT/PI) sugeriu no Congresso Nacional, por meio de uma Proposta de Emenda Constitucional (a PEC 33/2011), algumas alterações ao texto da Constituição Federal de 1988, especificamente nos artigos 97, 102 e 103-A da Carta. Tais modificações provocariam mudanças na atuação do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange a edição de Súmulas Vinculantes e o exercício do controle de constitucionalidade de normas que alterem a Constituição Federal; isto é, o controle de constitucionalidade das Emendas Constitucionais. Em síntese, sugere-se no texto da proposta¹²⁴ o aumento do quórum para a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais (passaria para quatro quintos), o condicionamento do caráter vinculante das súmulas aprovadas pelo STF à prévia aprovação pelo Poder Legislativo, além a submissão das decisões que afirmem a inconstitucionalidade de Emenda Constitucional à análise do Congresso Nacional.

Pois bem, na justificção constante do texto da proposta, afirma-se o protagonismo que o Poder Judiciário tem tido atualmente no cenário nacional, sendo bastante ativo por meio de “um modo proativo de interpretar a Constituição [...] além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”. É o conhecido *ativismo judicial* considerado distinto da judicialização dos conflitos sociais¹²⁵, o qual, prossegue

¹²⁴

Texto

disponível

em

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=498A726EB77AAC6A4FC9546E7EA1D989.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011

¹²⁵ A judicialização dos conflitos é tida, pela proposta, como uma consequência do modelo constitucional adotado por nosso texto magno; é um fato, é a submissão de diversas questões

a Proposta, estaria gerando quadros de insegurança jurídica e um cenário dito prejudicial à democracia, no qual o agigantamento do Judiciário estaria atraindo questões relevantes do Poder Legislativo, usurpando, portanto, a competência deste último poder.

As justificativas continuam, e afirmam que o Judiciário, e em especial, é claro, o STF, deixou de ser um *legislador negativo*, nos termos da figura idealizada por Kelsen¹²⁶, passando a legislar de forma positiva, sem ter, no entanto, legitimidade democrática e eleitoral para tanto. Tendo em vista a contenção de todo esse ativismo do STF é que se propõem as mudanças no texto constitucional¹²⁷, e chega-se a fazer críticas contundentes à atuação do Judiciário:

O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do *panprincipiologismo*.¹²⁸

Pois bem, não obstante as críticas que se possa fazer à PEC sob análise, ela é fruto de um forte movimento, aqui já perpassado, que se coloca dentro de um quadro maior de críticas incisivas ao modo pelo qual tem agido

controvertidas ao crivo do Judiciário. Já o ativismo judicial seria uma postura do Judiciário, uma conduta de proeminência, causada, segundo defende o texto da PEC, pelo modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil.

¹²⁶ O conceito de legislador negativo foi cunhado pro Hans Kelsen em meados do século passado, segundo o qual, comparado com o legislador (positivo) que formula leis e as coloca com vigência no ordenamento jurídico, o Judiciário, enquanto Guardião da Constituição, seria o responsável por tirá-las do ordenamento, retirando-as vigência, “legislando”, assim, de forma negativa. Cf. KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298

¹²⁷ A proposta chega a sugerir a criação de um mecanismo institucional curioso: no caso de a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional feita pelo STF ser rejeitada pelo Congresso Nacional, convocar-se-ia a população para que diretamente votasse e decidisse a controvérsia entre os Poderes. Como aqui já explicitado, entende-se inadequada esta alteração, visto que não cabe à população decidir, por meio de uma expressão majoritária, questões relacionadas a direitos fundamentais e a própria constitucionalidade de diplomas normativos.

¹²⁸ Cf. Justificativa da PEC 33/2011, p. 13, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=498A726EB77AAC6A4FC9546E7EA1D989.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011.

Poder Judiciário, especialmente em seus órgãos de cúpula. Embora não oficialmente já se afirme a tendência de rejeição das alterações, a PEC, em sua tramitação, contou com a assinatura de 216 integrantes do Congresso Nacional, bem como com um parecer favorável, com poucas alterações apenas¹²⁹, do relator da Proposta na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. Importantes teóricos se colocariam em linha semelhante, ao defender um modelo mais fraco de *judicial review*, fortalecendo e melhorando a atuação do Legislativo.

Trata-se de uma representação prática e institucional do fio condutor de todo esse debate entre atuação do Judiciário e a reação do Legislativo, representando um exemplo prático de como o Parlamento brasileiro reagiu a esse contexto. Essas discussões sobre a legitimidade do Poder Judiciário para proferir tais decisões resultam, em última instância, de um verdadeiro paradoxo democrático, do qual aqui também já se tratou, de como conciliar a ideia de que o povo é soberano, que todo poder deste emana e que seu exercício se dá por meio de representantes democraticamente eleitos, com a existência de um Tribunal não eleitoralmente constituído, mas com poderes para sustar decisões daqueles representantes.

4.2 Da Inconstitucionalidade da PEC 33/2011.

Pois bem, diante de todo o exposto, cabe, no presente tópico, tecer alguns comentários mais específicos sobre a PEC 33/2011 e sobre sua justificativa, concluindo, ao final, pela sua inconstitucionalidade.

O texto da proposta, em meio a sua justificação, se reporta aos argumentos aqui já mencionados de que o Judiciário, ao decidir as demandas que lhe são apresentadas, estaria agindo de maneira proativa, indo além do que o caso concreto exige; e que tal poder estaria se apropriando de competências do Poder Legislativo, o que seria um prejuízo à democracia. Ademais, aduz-se que seriam decisões ilegítimas, uma vez que não passaram pelo crivo do Congresso Nacional, acusando o STF de ser um *superlegislativo*.

¹²⁹ No parecer do relator são mantidas as disposições a respeito do condicionamento de caráter vinculante das súmulas do STF à apreciação do Legislativo e acerca do aumento do quórum necessário à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pelos Tribunais. Foi suprimida, no entanto, a disposição que versava sobre a submissão da declaração de inconstitucionalidade de ementas à Constituição à apreciação do Congresso Nacional.

Ora, são justamente esses os argumentos que se tem aqui rebatido desde o princípio.

Além disso, a justificação da proposta invoca como motivação para a suposta ilegitimidade da atuação do Judiciário a representação política, a soberania popular e a “dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo”¹³⁰, e que caberia ao povo proferir a última palavra sobre a Constituição. Como se viu, a atribuição de legitimidade democrática formal a um órgão por sua mera constituição representativa não necessariamente corresponde ao atendimento dos princípios substantivos da democracia. Ademais, o mesmo vale para a mitigação da importância da soberania popular em regimes democráticos, uma vez que estes não se resumem ao princípio majoritário, nem se reduzem à vontade das maiorias, não sendo possível que a população, por mais que seja o titular do poder exercido, decida questões concernentes à constitucionalidade de leis e aos direitos fundamentais. Em nome da supremacia da constituição, até a soberania popular é relativizada; não cabendo ao povo, que se expressa majoritariamente, interpretar a Constituição e sobre ela proferir a última palavra. Como já exaustivamente demonstrado, a atuação do Judiciário brasileiro pode até ser considerada antimajoritária, mas jamais antidemocrática.

O curioso é que, entre os exemplos citados pelo texto da proposta para comprovar a alegada atuação abusiva do STF, remonta-se a casos que limitaram os interesses meramente egoísticos do Legislativo. Exemplo do que se fala é a expressa menção que se faz, por exemplo, à extensão da vedação ao nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo (fato que se consumou pela edição da Súmula Vinculante nº 13¹³¹), além de outros casos como o da fidelidade partidária, redução de número de vereadores, além de casos como os que envolvem a edição de Resoluções pelo TSE regulando a formação de

¹³⁰ Cf. Justificativa da PEC 33/2011, p. 6, texto disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=498A726EB77AAC6A4FC9546E7EA1D989.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011

¹³¹ Assim diz a referida Súmula: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

coligações. Ora, dizer que uma decisão que veda o nepotismo nos órgãos da República é abusiva e ilegítima beira a imoralidade; tal posição não se coaduna, nem de longe, com os princípios constitucionais regentes da atuação estatal. Ademais, parece que a motivação da reação legislativa se baliza apenas por algumas decisões judiciais que confrontaram interesses diretos dos parlamentares, como, por exemplo, os casos descritos no tópico 2.3 do presente trabalho.

Entende-se que a referida PEC 33/2011, ao condicionar os efeitos de decisão que proclame a inconstitucionalidade material de emenda constitucional, é flagrantemente contrária ao princípio da separação dos poderes, por esvaziar em muito a função do Poder Judiciário, principalmente de seu órgão de cúpula, retirando a autonomia de algumas de suas decisões ao querer submeter as decisões que declaram a inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais à análise do Congresso Nacional. Ressalte-se que tal princípio é cláusula pétrea expressamente prevista no art. 60, § 4º, III da CF/88, pelo que, em tese, caberia inclusive a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade sobre a PEC.

Igualmente, a atuação dos tribunais se deu sempre dentro dos limites constitucionais e legais, exercendo poderes estabelecidos pelo próprio Legislativo. Cita-se como exemplo a EC nº 45/2004, conhecida pela reforma no Judiciário; a Lei nº 9.868/99 e suas posteriores alterações, a qual regula os procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade e da direta de constitucionalidade; a Lei nº 11.417/2006, a qual regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal; entre outros.

A alteração do art. 97 do texto constitucional para que a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis passe para quatro quintos é medida irrazoável, visto que exigiria, no caso do Supremo Tribunal Federal, o voto de nove dos onze ministros membros da Corte¹³². Além disso, condicionar o efeito

¹³² A exigência de nove votos, no caso do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, resultaria em número maior que o próprio quórum mínimo de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade, o qual é de 8 (oito) ministros, nos termos do art. 22 da Lei 9.868/99 ("A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão

vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo, além da estipulação do mesmo quórum de quatro quintos, esvaziaria todo sentido do instituto previsto no art. 103-A da CF/88 (introduzido pela EC 45/2004). E ressalte-se que as Súmulas Vinculantes, em regra, nem se aplicam ao Poder Legislativo em sua função legiferante, e não obsta, a princípio, a edição de lei que se coloque em sentido diametralmente oposto às Súmulas ou a decisões do STF, como efetivamente se fez em alguns casos já exemplificados¹³³. Seus efeitos vinculantes, nos termos do art. 103-A da CF/88 e do art. 2º da Lei nº 11.417/2006, se aplicam somente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Entende-se que os atuais quóruns de maioria do art. 97 e de dois terços do art. 103-A são razoáveis e não necessitam de alterações, sendo este último maior que o quórum de três quintos estabelecido pelo art. 60, § 2º para a aprovação de emendas constitucionais.

Por fim, a PEC invoca ainda o modelo canadense de controle de constitucionalidade, do qual aqui já se tratou, e da importância do cultivo do diálogo institucional, o qual nunca foi esquecido pelo Judiciário brasileiro, embora dificilmente seja observado pelo Legislativo. Mas como a própria justificação das alterações cita, não cabe simplesmente importar acriticamente modelos que funcionam em outros países, uma vez que, como também já dito, o modelo de controle de constitucionalidade construído por um país é fruto de uma evolução histórica e institucional única de cada povo.

Não obstante, apesar do que se alega, subsistem sim mecanismos de controle da atuação do Supremo Tribunal Federal pelos Poderes Legislativo e Executivo, a começar pela indicação dos membros que o compõem, a qual compete exclusivamente ao chefe do Executivo federal. Outro mecanismo que se entende extremamente contundente, embora a ele não se dê a devida importância¹³⁴, é a sabatina, perante o Senado Federal, daquele que foi

pelo menos oito Ministros”).

¹³³ Os casos referenciados foram abordados no tópico 2.3 deste trabalho.

¹³⁴ Não se tem, na história recente, qualquer caso de rejeição pelo Senado Federal de nome indicado pelo Presidente da República para integrar algum dos Tribunais Superiores. Nos Estados Unidos, há a previsão de procedimento semelhante e, em oposição, a ocorrência da referida rejeição é relativamente frequente.

indicado pelo Presidente da República para compor o Tribunal, nos termos do art. 84, XIV da CF/88; medida que se aplica não só para a composição do STF, mas de todos os Tribunais Superiores.

Além do mais, há ainda a vigência de dispositivos como o art. 52, X da Constituição¹³⁵, o qual condiciona a atribuição de efeitos vinculantes e de eficácia *erga omnes* de decisões de inconstitucionalidade de lei proferidas pelo STF em sede de controle concreto a resolução a ser editada pelo Senado Federal. Ademais, tem-se, na história constitucional recente, a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle administrativo e financeiro do Judiciário, cuja composição, conforme o art. 103-B, envolve também membros indicados por cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Enfim, diante de tudo o que aqui se tem exposto, e dos argumentos especificamente neste tópico colocados, entende-se ser inconstitucional a PEC 33/2011, pelo que sua edição deve ser obstada. Quem conduziu o debate das questões do Legislativo para o Judiciário foi a própria população, cuja soberania aquele Poder invoca, pela provocação do Judiciário e a partir da inercia, insuficiência e não representatividade do Legislativo.

Ademais, ainda que se considerasse válida a alusão à soberania popular, a qual somente faz sentido em países de tradição parlamentar, nos quais subsistem partidos estáveis e ligados a programas assentes e distintos, espera-se do Legislativo uma maior responsabilidade e compatibilidade com a vontade popular expressa eleitoralmente. Desse modo, as próprias instituições democráticas, dentre as quais se encontram os órgãos do Judiciário, admitem uma maior confiabilidade de atribuições ao Legislativo, inclusive no tocante ao desenvolvimento de um modelo de controle de constitucionalidade judicial menos incisivo. Não é esse, como se sabe, o caso do Brasil, pelo que a atuação do STF tem se mostrado legítima, com extrema importância e relevância na própria confirmação dos ideais democráticos.

¹³⁵ O âmbito de aplicação do dispositivo encontra-se em discussão no STF na Rcl 4.335, de relatoria do Min. Gilmar Mendes. Discute-se se persiste a necessidade da edição de resolução Senado Federal para que se deem os mencionados efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* à decisão proferida pela Corte; ou se, por mutação constitucional, a *ratio* do dispositivo é de tão somente dar publicidade a essas decisões. O processo ainda está pendente de julgamento, e encontra-se em vistas ao Min. Teori Zavascki.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se nega aqui a ascensão institucional do Poder Judiciário no cenário democrático da República brasileira. Como visto, os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, têm ocupado cada vez mais posto central em nossa democracia, tendo estado mais presente na vida da população. Suas decisões passaram, muitas vezes, a envolver questões de difícil solução, e que dividem fortemente a opinião não só dos nossos representantes políticos, mas da própria população em geral. No momento em que o Judiciário começa a ingressar em campos temáticos que envolvem tensas e complicadas discussões de ordem política, moral, ideológica e religiosa, nascem os questionamentos sobre a legitimidade dessas decisões, e até que ponto elas podem chegar.

Não se pode perder de vista, porém, que esse crescimento da importância do Judiciário no cenário democrático nacional não se deu por uma conduta voluntária ou invasiva desse poder. Tal ascendência se deu ante a inobservância das atribuições legais e constitucionais dos outros Poderes, principalmente o Legislativo, os quais, junto com o contexto mais amplo de crise de representatividade enfrentado pela política em geral, começaram a perder a credibilidade e confiança de parte da população, que não via o esforço pela concretização de seus direitos assegurados pelo texto constitucional.

Desse modo, instaurou-se um plexo de poder não exercido, instituindo um quadro cuja persistência comprometeria a efetividade do texto constitucional e a própria subsistência do Estado Democrático de Direito. Iniciou-se, assim, uma maior judicialização dos conflitos enfrentados cotidianamente em razão de tal omissão, fenômeno pelo qual a própria população levava ao crivo do Judiciário as questões que julgava coerentes e os direitos que tinham por violados. O Judiciário, ante a impossibilidade de negar-se a decidir, e após frustradas tentativas de estabelecimento do diálogo entre os Poderes, como se demonstrou ao tratar da evolução jurisprudencial do STF no tratamento dos casos de inconstitucionalidade por omissão, começou a proferir decisões que afetavam esferas de poder que a priori seriam de competência de outros Poderes. Estes, cientes de suas condutas inconstitucionais e do descrédito cada vez maior frente à população,

começaram, então, a acusar o Judiciário por uma suposta adoção ilegítima e não democraticamente fundamentada de uma postura demasiado ativa; exercendo poderes e atribuições que não lhe cabiam e abusando de suas competências. Entendendo a democracia apenas em seu aspecto majoritário, acusa-se, assim, o Judiciário de agir antidemocraticamente. Entretanto, tal atuação, como se viu, não é antagônica aos princípios democráticos; mas antes é reforço de sua substancialidade.

Os Estados atuais somente são materialmente legítimos se garantem a seus cidadãos estabilidade e respeito aos direitos fundamentais, legitimidade esta que não necessariamente exsurge do procedimento democrático formal. Entretanto, costuma-se supor, e tal suposição é reforçada pelos exemplos que nos dá a História, que regimes democráticos seriam as melhores opções para a proteção e assecuração concreta dos direitos individuais da cidadania, criando-se, para isso, o conceito de representação. Durante muito tempo, tal conceito serviu à plena legitimação democrática para atuação de órgãos ditos democráticos.

Entretanto, passado o contexto histórico de afirmação desse regime de governo, principalmente após o fim da Guerra Fria, os novos desafios da democracia passam a surgir não de inimigos externos, como quando se rivalizava com o comunismo, por exemplo; mas de dentro dela mesma. Assim, a mera validade procedimental conferida pelo processo de representação, pautado essencialmente no princípio majoritário, não mais basta à legitimação democrática, visto que se criou a consciência de que é preciso proteger as minorias das vontades majoritárias, resguardando também os direitos daquelas pela atuação contramajoritária que se atribui ao Judiciário, cujos órgãos são de fundamental importância nesse novo e emergente conceito mais material de democracia.

Desse modo, a mera invocação de apoio da soberania popular, expressa por meio de uma vontade majoritária, não basta à legitimação de um órgão ou de sua atuação. Primeiro porque nem todos são representados pelo Parlamento, e esse fato de haver pessoas sem voz afeta a legitimidade substancial do procedimento democrático representativo. Depois, porque a simples aclamação da representação já não é mais suporte à alegação de que esta constitui modo eficaz de viabilizar o autogoverno, tendo em vista a grande

dimensão dos atuais corpos populacionais.

Assim, passa-se a falar em um conceito mais material e substancial de democracia, superando a representação como única fonte de legitimação. Separam-se os conceitos de democracia e representação como diferentes, sendo esta, junto ao seu inerente princípio majoritário, necessária àquela como forma de legitimação formal, embora não seja elemento suficiente. É preciso também que uma democracia produza resultados práticos, implicando em uma igual consideração entre os membros de uma comunidade, façam eles parte ou não da maioria. Surgiu, desse modo, a necessidade de formulação de novos mecanismos protetores dos direitos individuais e fundamentais, ante a insuficiência do procedimento majoritário de representação.

Como se tem dito, é preciso que se mantenha um significado mais substancial ao conceito de democracia, o qual ultrapassa a mera concepção de maioria. Seus aspectos mais formais, exemplificados pela representação e pelo princípio majoritário, não podem ser considerados suficientes, sendo de maior importância o seu núcleo principiológico e material principal, exemplificados pela inclusão de minorias e igual consideração entre os membros de uma comunidade. Estes são valores de extrema importância para a justificação da própria democracia e do Estado de Direito. Os aspectos formais do significado de uma democracia não podem se sobrepor à sua essência material; não basta a preocupação com a distribuição e divisão dos poderes, sendo importante também a preocupação com os resultados concretos e materiais obtidos.

É nesse sentido que se coloca a atuação das Cortes constitucionais, a qual muitas vezes se revela antimajoritária, mas nem por isso deixa de ser essencialmente democrática. Considerando essa visão mais material, os Tribunais constitucionais fortes se mostram, muitas vezes, mais democráticos que outros órgãos constituídos por meio de eleição. Uma concepção de uma democracia mais forte substancialmente é mais constitucionalmente satisfatória que uma visão mais restrita e formalmente limitada.

É preciso superar a aceção padrão e tradicional de democracia, pela qual se entenderia que esta se define por um conjunto de regras do jogo eleitoral e político anteriormente definidas e pela representação, que fundamenta a atuação de partidos políticos e seus candidatos. Nesta visão, o jogo político assim se resume: se as políticas realizadas tiverem repercussão

positiva, os políticos, e seus partidos, serão reeleitos dando continuidade ao que se vinha fazendo; se não, estes provavelmente não terão bons resultados nas eleições seguintes, abrindo uma chance para os opositoristas. Além disso, somente nos casos em que os políticos violem as regras do jogo ou excedam os poderes iminentes aos seus mandatos, abrir-se-ia a possibilidade do *judicial review*, realizado por juízes e tribunais, os quais exigiriam que se desse um passo atrás, atendendo às formatações constitucionais.

Entretanto, os juízes e membros dos Tribunais não são democraticamente eleitos, e devem lidar com a dificuldade contramajoritária em sua atuação, pela qual os políticos, com seus mandatos representativos e majoritários, devem ser contidos por julgamentos antimajoritários, com vistas à garantia dos direitos de minorias e das próprias instituições democráticas, protegendo-os dos excessos da representação e das puras vontades das maiorias. E, como visto, daqui exsurge a preocupação de que juízes não eleitos estariam usurpando o poder político ao exercer atribuições que, em tese, foram reservadas a instituições formalmente democráticas, ou melhor, representativas e majoritárias; hipótese que aqui se refuta.

Em comparação a esse modelo padrão e mais tradicional de democracia, regimes nos quais o Judiciário possui uma função mais ativa podem parecer antidemocráticos, uma vez que definições políticas estariam advindo de um órgão com restrita *accountability* eleitoral e constantemente fazendo com que os órgãos eletivos e detentores dessa legitimidade formal mudem suas condutas de acordo com a interpretação que se dê à Constituição. Entretanto, uma vez mais se afirma, tem-se, em verdade, um verdadeiro reforço dos princípios materiais de sustentação de uma democracia.

A realidade brasileira, como se mostrou, não se identifica com tal padrão tradicional de democracia, dado seu peculiar contexto de crise de representatividade e de não identificabilidade entre eleitores e partidos/candidatos, fenômenos aqui discutidos. Esse modelo padrão parece mais compatível em sistemas nos quais se tem partidos com ideologias e propostas distintas e identificáveis, os quais, se eleitos, realmente as implementarão em seus governos. Ou então em países nos quais os valores e direitos e fundamentais constitucionalmente protegidos já estejam de fato arraigados na realidade política daquele país, o que não corresponde ao caso

brasileiro. Diante dos riscos decorrentes dessas características e da instabilidade do jogo político, as Cortes Constitucionais entram em ação. Trata-se de uma forma diferente de se ver a democracia, valorizando os compromissos substanciais que esta deve ter com as políticas concretamente realizadas, e não apenas com a preocupação formal de legitimidade procedimental. Acertadamente o STF, por exemplo, tem tomado decisões que não podem ser adiadas, visto que intencionam garantir e concretizar os princípios norteadores da Constituição Federal, e muitas vezes ampliá-los, estendendo o alcance da sempre aberta figura do sujeito constitucional, promovendo inclusão e atendendo os substratos materiais do regime democrático vigente.

É claro que com tamanhos poderes e atribuições, deve ser também presente uma maior responsabilidade no exercício destes; necessitando também o Judiciário de uma *accountability* judicial¹³⁶, não estando tal Poder fora do dever de prestar contas e de se sujeitar a controle administrativo, financeiro e disciplinar. Nesse sentido é que se tem feito importante a atuação de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça, que imponham ao Judiciário mecanismos de controle e *accountability*¹³⁷. Entretanto, tal necessidade de controle não justifica a submissão de parte considerável das atribuições de tal Poder ao Legislativo, como propõe a PEC 33/2011.

A PEC 33/2011, tal como se mostrou, é apenas um exemplo desse movimento que se coloca em oposição a esse modelo de atuação judicial, proposta contra a qual aqui se tem argumentado. Entende-se, inclusive, ser inconstitucional tal proposição legislativa, visto que não é compatível com a ordem constitucional vigente, constituindo ofensa direta ao princípio da separação de poderes, como já consignado. E, por ofender cláusula pétrea expressamente prevista como inalterável mesmo que por emenda constitucional, caberia, inclusive, o controle de constitucionalidade preventivo a

¹³⁶ O termo *accountability* é de difícil tradução ao português, mas remonta à ideia de responsabilidade pelos modos de exercício do poder, bem como ao dever de prestação de contas daquele que exerce determinado poder perante aqueles sobre os quais tal poder é exercido.

¹³⁷ Sobre o assunto, conferir: ARABI, Abhner Youssif Mota. **A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do poder judiciário**. Caderno Virtual – IDP, vol. 1/2012, nº 01; texto disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/697/475>

ser exercido sobre a tramitação inconstitucional da referida proposta.

Ademais, apesar de os juízes de Tribunais Superiores não serem diretamente eleitos, estes são, antes de serem efetivamente nomeados, sabatinados perante o Senado Federal por aqueles que foram escolhidos diretamente pelo povo e dotados da legitimidade formal representativa. O Executivo, quando da indicação, e o Legislativo, quando da sabatina e aprovação/rejeição, possuem importante papel de intervenção no processo de escolha dos ministros que comporão as cortes superiores brasileiras. Parece, assim, descabida eventual alegação de ilegitimidade do modo de provimento dos cargos nas cortes superiores no Brasil, não sendo necessária a reforma de tal modelo. O que talvez precisasse mudar é a forma como o próprio Legislativo enxerga tal sabatina, deixando de vê-la apenas como uma etapa formal a ser cumprida e passando a exercer o controle que tal procedimento torna possível¹³⁸.

Retomando, toda essa situação reflete uma constante e inerente tensão entre constitucionalismo e democracia. Esta, por dar grande importância a posicionamentos de maioria, acaba conflitando com aquele, o qual se pauta em princípios e regras que se pretendem universais, não apenas majoritários, mas garantidos a todo e qualquer cidadão. Nesse sentido é que se faz preciso uma postura contramajoritária das cortes constitucionais, e não antidemocrática, pois tal conduta é fundamental para a promoção e concretização dos direitos, buscando sempre a inclusão e o reconhecimento de maiorias, minorias, singularidades; enfim, dos direitos dos cidadãos.

Nesse ambiente de tensão e irritação mútua, as condutas antimajoritárias de órgãos judiciais podem ser tidas inicialmente como antidemocráticas. Entretanto, mais do que garantir a prevalência da opinião da maioria, é importante que numa democracia todos, e não só a maioria, possam participar do jogo democrático, e, nesse sentido, ao garantir direitos também a minorias, não age o Judiciário de forma antidemocrática. Entretanto, a atividade

¹³⁸ Desde a primeira Constituição republicana brasileira, tem-se notícia de apenas um caso em que um nome indicado pelo Presidente foi rejeitado pelo Senado. Trata-se do caso de Barata Ribeiro, indicado pelo então Presidente Floriano Peixoto, o qual foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal em decreto de 23 de outubro de 1893. Entretanto, submetida a nomeação ao Senado, esta foi negada em sessão secreta de 24 de setembro de 1894, visto que era médico e, desse modo, ausente o requisito de “notável saber” jurídico, presente no art. 56 da então vigente Constituição de 1891.

jurisdicional não é ilimitada e se legitima também pelo seu dever de fundamentação, de modo que esta não se exerça além dos limites da lei e, principalmente, da Constituição Federal. Não obstante tudo isso, acredita-se que mesmo com todas as peculiaridades que o forte modelo brasileiro de constitucionalidade carrega resta espaço à atuação legislativa pós-STF. Embora a *última* palavra sobre a interpretação constitucional de fato pertença a este tribunal, seu entendimento não é absolutamente definitivo, não sendo de todo insuperável. Nos casos em que o Legislativo brasileiro se interessou em oferecer novas possibilidades de soluções democráticas a problemas constitucionais e institucionais que se evidenciam, houve espaço para isso e, muitas vezes, prevaleceu, ao final, a posição estabelecida por este Poder.

Não há como dissociar um regime democrático do conjunto de direitos fundamentais que este exige, os quais devem ser tratados com respeito pelo Estado de Direito. É nesse sentido que a atuação de uma Corte, mesmo não sendo popular e eleitoralmente constituída, pode ser mais democraticamente responsável e consciente que a do o Legislativo, de modo que aquela tem se tornado uma das instituições mais materialmente democráticas do atual modelo de Estado. É preciso repensar a democracia, é preciso repensar a atuação do Legislativo brasileiro, reforçando tais ideias com o importante papel democrático que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado. Ainda que presentes mecanismos como eleições, representação e a ratificação de maiorias, sem uma igual consideração e respeito aos novos e emergentes participantes do jogo político e democrático, não pode haver legitimidade; não pode haver democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. São Paulo, Saraiva, 2013.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocracia_esupremaciajudicial.pdf , 2011; acesso em 8 de outubro de 2013.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 8 de outubro de 2013.

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

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**, traduzido por Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av., vol. 18, nº 51, São Paulo Maio/Aug, 2004. Disponível em www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BonavidesJC.pdf

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Experiências no Controle de Constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a Constituição brasileira de 1937**. In SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (coordenadores). **Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, pp. 317-325

CALSAMIGLIA, Alberto. **Constitutionalism and Democracy**. In: KOH, Harold

Hongju; SLYE Ronald C. (editores). *Deliberative democracy and human rights*. New Haven: Yale University Press, 1999, pp. 136-142.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

DAHL, Robert Alan. **Poliarquia: participação e oposição**, tradução de Celso Mauro Paciornick. São Paulo, EdUSP, 1997.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**, tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible? In Is democracy possible here? Principles for a New Political Debate**. Princeton University Press, 2006, pp. 127-159.

_____. **O império do direito**; tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo; Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**; tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (editores). **Constitutionalism and Democracy: studies in rationality and social change**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**. In 49 American Journal of Comparative Law 707 (2001), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401, acesso em 14/10/2013.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. **The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures: or perhaps the charter of rights isn't such a bad**

thing after all. Disponível em http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_hogg_bushell.pdf, acesso em 26/10/2013.

_____; WRIGHT, Wade K.. **Charter Dialogue Revisited – or “much ado about metaphors”**. Disponível em <http://ohlj.ca/english/documents/Hogg.pdf>, acesso em 27/10/2013.

HOLMES, Stephen. **Precommitment and the paradox of democracy**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 99. 195-240.

IACOBUCCI, Frank. **Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: the first ten years**. In BEATTY, David M. (editor) *Human Rights and Judicial Review: a comparative perspective*. Martinus NijHoff Publishers, 1994.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of ‘judicial activism’**, *California Law Review*, vol. 92: Issue 5, Article 4, pp. 1441-1458, disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>, acesso em 10/10/2013.

KOH, Harold Hongju; SLYE Ronald C. (editores). **Deliberative democracy and human rights**. New Haven: Yale University Press, 1999.

MANIN, Bernard. **As metamorfoses do governo representativo**, tradução de Vera Pereira. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 10, nº 29. São Paulo, outubro de 1995.

MENDES, Conrado Hübner Mendes. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2013.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

O'DONNELL, Guillermo. **Delegative democracy**. *Journal of Democracy*, vol. 5, nº 1, January 1994: 55-69.

RODOTÀ, Stefano. **The charter of fundamental rights and the debate on e-Governance**. Intervenção no 46º Encontro do grupo Europeu de Ética na Ciência e Tecnologia, disponível em <http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/pdf/s-rodota-pres.pdf>, acesso em 14/10/2013.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

_____. **A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito**, tradução e revisão de Fernando Gomes. *Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun, 2004.

SCHEPPELE, Kim Lane. **Democracy by judiciary (or why courts can sometimes be more democratic than parliaments)**, artigo apresentado na *Conference on Constitutional Courts*, 1-3 novembro de 2001, Washington University of Saint Louis, disponível em <http://law.wustl.edu/harris/conferences/constitutionalconf/ScheppelePaper.pdf>, acesso em 10/10/2013.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**, tradução de Geraldo de Carvalho. São Paulo: Del Rey, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional**. In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In *Revista de Direito Administrativo* nº

250 (2009), pp 197-227, disponível em http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf acesso em 14/10/2013.

STEPHANOPOULOS, Nicholas. **The Case for the Legislative Override**. In Yale Law School Legal Scholarship Repository, 03/06/2005, disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=student_papers, acesso em 14/10/2013.

TUSHNET, Mark V. **Alternative Forms of Judicial Review**. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, Paper 259, 2003. Disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>, acesso em 19/09/2013.

_____. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial and Social Welfare Rights in Comparative Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

_____. **Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties**. Disponível em http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol41_1/tushnet.pdf, acesso em 30/10/2013.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, **La Giustizia Costituzionale**, Bologna, Il Mulino, 1988.