

DESAFIOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE: PARA UM “DHARMA” DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Cibele Fernandes Dias¹



Dharma significa para os hindus dever. É o que melhor corresponde à noção ocidental de direito. Assim, “o *dharma* é o conjunto das regras que o homem deve seguir em razão de sua condição na sociedade, isto é, o conjunto de obrigações que se impõem aos homens, por derivarem da ordem natural das coisas. O *dharma* compreende, portanto, regras que, segundo a nossa óptica, relevam umas da moral, outras do direito, outras ainda da religião, do ritual ou da civilidade.”²

O moderado exercício da jurisdição constitucional depende, sobretudo, embora não exclusivamente, da difusão e desenvolvimento de um “*dharma*”, ou seja, de um código de conduta, que contribua para evitar sua degeneração ou corrupção. É imperioso buscar um regime “reto” de jurisdição constitucional, “que conduzido pelo saber (*sofos*) realiza a virtude (*areté*)”, como a justiça, que é “a virtude política por definição”.³ Sem pretender esgotar o tema, cumpre elencar, de forma

¹ Cibele Fernandes Dias é mestre e doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professora concursada de Direito Constitucional da Fundação Universidade Regional de Blumenau. Professora da Escola da Magistratura Federal do Paraná, da Escola da Magistratura Estadual do Paraná, da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP) e da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Advogada.

² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 102.

³ JÚNIOR, Cezar Saldanha de Souza. Regimes políticos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 1. p. 637.

exemplificativa, sete⁴ regras básicas, extraídas da experiência e orientadas para uma prudência, destinadas à construção de um conjunto de boas práticas em matéria de jurisdição constitucional.⁵

Primeira é admitir que a Corte ou Tribunal Constitucional pode errar.

Como Lenio Luiz STRECK sustenta, a doutrina precisa assumir uma postura crítica em relação à jurisprudência de forma a efetivamente constatar e diagnosticar erros cometidos pelo Poder Judiciário e, notadamente, pela mais alta Corte.⁶

Admitir que até o Tribunal Constitucional ou a mais alta Corte do país, como no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, pode errar é um gesto republicano. Do contrário, estar-se-á retrocedendo ao princípio monárquico da irresponsabilidade do Rei. Implicaria substituir o “*the king can do not wrong*” pelo “*the supreme court can do not wrong*”. Daí os magistrados não serão mais juízes e sim reis.

A possibilidade da superação dos precedentes mostra que a justiça constitucional pode errar e deve corrigir seus erros. No caso *Loving versus Virginia* (1967), superando *Pace versus Alabama* (1883), a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade da lei da Virginia de 1924 que vedava o casamento inter-racial por ofensa ao princípio do *equal protection of law*. Reconheceu uma ofensa velada ao princípio da

⁴ Para Pitágoras, o número sete é o símbolo da perfeição. O mundo foi criado em sete dias, são sete cores do arco-íris. Simbolicamente, usa-se aqui o sete para quantificar as sete qualidades de uma boa jurisdição constitucional.

⁵ São colocações que miram a razão prática (*phronesis* ou prudência) que, nos termos de Aristóteles, “busca a *excelência*, o que se deve fazer aqui e agora, ou seja, o bem agir, a decisão melhor, ocupando-se dos particulares e do contingente, e é própria dos juízos éticos e políticos.” JÚNIOR, op. cit., p. 639.

⁶ STRECK, Lenio Luis. O fator Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra. *Consultor Jurídico*, p. 1, out. 2012. In: <http://www.conjur.com.br>.

igualdade, pois o objetivo do legislador, ao proibir a miscigenação racial, era fomentar a superioridade da raça branca.

O mesmo erro histórico se pode dizer em relação ao precedente *Dred SCOTT versus SANFORD* julgado em 1857. Dred SCOTT ajuizou uma ação declaratória de reconhecimento de homem livre fundamentando seu pedido numa Lei Federal (*Missoure Compromise Act*) que assegurava a liberdade dos negros nascidos naquele território federal em situações específicas e também na Declaração de Independência segundo a qual “todos os homens nascem livres e iguais”. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da lei federal abolicionista, sob o fundamento que o Congresso Nacional não tinha poderes para banir a escravidão mesmo em território federal tendo em vista o direito fundamental de propriedade dos donos de escravos. A Suprema Corte também decidiu que Dred SCOTT não poderia ser considerado cidadão americano, pois os negros não faziam parte do povo americano.

A decisão da Suprema Corte no caso Dred SCOTT foi um dos estopins para a Guerra da Secessão de 1861 a 1865. Em 1865, a 13ª Emenda à Constituição norte-americana corrigiu o erro histórico abolindo a escravidão e reconhecendo a cidadania americana aos negros nascidos nos Estados Unidos. O que teria sido da história americana sem Dred SCOTT? Teria ocorrido a Guerra da Secessão? Se não é possível responder a essas perguntas, cabe sim perceber que as respostas constitucionais proferidas no *judicial review* não são neutras. Revelam o conteúdo de decisões políticas (a escravidão é permitida ou não pela Constituição?), como também no *modus operandi* da decisão em si (a abolição poderá ser realizada por lei, emenda, revolução?). Se a história política também é escrita pela jurisdição constitucional, os seus erros e acertos interferem na trajetória de uma nação.

Admitir a possibilidade do erro pressupõe a consciência da humanidade dos juízes, da realidade de que não são heróis

míticos (Hércules). Como todos os seres demasiadamente humanos, podem errar. E mais do que isso, a doutrina deve poder dizer que o Supremo Tribunal Federal erra. Aliás, tem o dever de dizer.

Deve-se, para tanto, absorver uma cultura de responsabilidade política dos juízes constitucionais. Como sustenta Ronald DWORKIN, embora juízes estejam em posição menos adequada para elaborar argumentos de política do que representantes eleitos, há um espaço de garantias constitucionais a ser decidido a partir de argumentos de princípio. Estes são capazes de fazer o juiz responsável por sua decisão, contornando assim sua suposta falta de legitimidade democrática.⁷

Segunda é aceitar que os juízes constitucionais devem ser coerentes e suas decisões são legitimadas pela racionalidade argumentativa, que deve ser sensível às tradições e cultura política de uma nação.⁸

“A ‘justeza’ ou ‘correção’ (*richtigkeit*) da decisão depende da sua ‘aceitabilidade racional’. Esta, por sua vez, pressupõe um conceito ‘forte’ de racionalidade procedimental (*Verfahrenrationalität*).”⁹ Sem a fundamentação, a justificação, não há uma verdadeira interpretação jurídica, mas uma “invenção”.

Por essa razão, desconfia-se da tese de que a Constituição, a lei os precedentes fornecem limites fortes e suficientes para determinar a decisão judicial, deixando de lado as considerações extranormativas (a pré-compreensão do intérprete,

⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978. p. 81-149.

⁸ “O direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 452.

⁹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 171.

seus valores, crenças, cultura e tradições).¹⁰

É certo que, muitas vezes, os juízes tentam ocultar nas suas decisões as suas convicções sobre justiça e políticas sociais. Como adverte Richard POSNER, é confortável ao julgador pensar que suas decisões são obrigadas pela "lei", algo externo às suas próprias preferências e valores pessoais. Paradoxalmente, a tendência de escamotear a natureza política da função de outorgar sentidos aos enunciados normativos constitucionais é mais acentuada na Suprema Corte. Precisamente por ser um tribunal político, seus membros estão inclinados a negar o que, verdadeiramente, são.¹¹

Contudo, a decisão judicial não pode sugerir. Pelo contrário, deve explicitar todo o caminho percorrido para a solução encontrada. Não pode haver atalhos. Os juízes constitucionais têm o dever de coerência. Como representantes do povo, a sua representatividade é “argumentativa”, o que exige não só a fundamentação racional, a objetividade na argumentação jurídico-constitucional e a existência de argumentos válidos ou corretos como também a aceitação da decisão por um número

¹⁰ Como salienta Lenio Luiz STRECK, “quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados, procuradores, promotores, juízes etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: artigos, incisos, alíneas, etc., mas sim, a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um modelo de sociedade. STRECK, Lenio Luiz. *Posfácio: diálogos (neo)constitucionais*. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 186.

¹¹ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard: Harvard University Press, 2008. p. 25.

suficiente de cidadãos.¹²

Em muitas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro não se consegue encontrar a *ratio decidendi*. E isto ocorre por uma falha de nossa própria legislação, que exige, para a formação do veredito, a maioria absoluta em relação ao dispositivo, e não em relação à fundamentação. Na decisão a respeito da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o direito à felicidade integra os motivos determinantes?¹³

Caso recente e polêmico a ser citado é aquele objeto do Mandado de Segurança 31816 Agr-MC/DF julgado em 27 de fevereiro de 2013. Trata-se de *writ* impetrado por deputado federal contra ato da Mesa Diretora do Congresso Nacional consubstanciado na aprovação de requerimento de urgência para exame do Veto Parcial 38/2012, aposto pela Presidente da República ao Projeto de Lei 2.565/2011, que dispõe sobre a distribuição entre os entes federados de royalties relativos à exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. O *writ* objetivava impedir a deliberação pelo Congresso Nacional do Veto Parcial nº 38/2012, sob o fundamento de que o art. 66, da CF exige a apreciação cronológica dos vetos presidenciais e, por essa razão, a deliberação do Veto Parcial n. 38/2012 somente seria possível após a análise dos 3060 vetos pendentes.

A liminar foi concedida monocraticamente pelo Ministro

¹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 163-165.

¹³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277-DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator: Ministro Carlos BRITTO. Julgamento: 05.05.2011. Tribunal Pleno. DJe 198, divulgado em 13.10.2011, publicado em 14.10.2011, ementário volume 02607-03, p. 00341. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132-RJ. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento: 05.05.2011. Tribunal Pleno. DJe 198, divulgado em 13.10.2011, publicado em 14.10.2011, ementário volume 02607-01, p. 00001.

Luis Fux em 17 de dezembro de 2012 determinando a impossibilidade de apreciação e deliberação do Veto Parcial n. 38/2012 em face da existência de 3.060 vetos pendentes, adotando-se a interpretação segundo a qual o art. 66, §§ 4º e 6º, da CF exige a observância da ordem cronológica de comunicação dos vetos para fins de deliberação, como se constata *in verbis*:

1. O parlamentar no pleno exercício do mandato eletivo ostenta legitimidade ativa ad causam para impetrar mandado de segurança com a finalidade de prevenir atos no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizem com o processo legislativo constitucional. Precedentes do STF: MS nº 20.257, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 08/10/1980, DJ de 27.02.1981; MS nº 21.642, rel. Min. Celso de Mello, RDA 191/200; MS nº 21.303, Min. Octavio Galloti; MS nº 24.356, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 13/02/2003, DJ 12.09.2003; e MS nº 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 18/02/2004, DJ 18.06.2004. 2. O veto aposto pelo Presidente da República, na dinâmica da sua rejeição pelo Poder Legislativo, se sujeita aos limites jurídicos delineados no art. 66, §§ 4º e 6º, da Constituição Federal; vale dizer, a deliberação legislativa acerca do agir presidencial deve ser imediata, competindo ao Poder Judiciário a sindicabilidade do comando constitucional acaso violado. 3. É inconstitucional a deliberação aleatória dos vetos presidenciais pendentes de análise legislativa, cuja simples existência subtrai do Poder Legislativo a autonomia para definição da respectiva pauta política, ex vi do 66, §6º, da CF/88. 4. É que resta necessária a deliberação dos vetos presidenciais na sua ordem cronológica de comunicação ao Con-

gresso Nacional, o que importa na apreciação do veto parcial nº 38/2012, aposto pela Presidente da República ao Projeto de Lei nº 2.565/2011, somente após a análise de todos aqueles cujo prazo constitucional de apreciação já tenha expirado. 5. São cognoscíveis em sede mandamental as alegações de ofensa à disciplina das regras dos regimentos das Casas Legislativas, sendo certo que pela sua qualidade de normas jurídicas reclamam instrumentos jurisdicionais idôneos a resguardar-lhes a efetividade. Rejeição da doutrina das questões interna corporis ante sua manifesta contrariedade ao Estado de Direito (art. 1º, caput, CF/88) e à proteção das minorias parlamentares. 6. A leitura do veto parcial nº 38/2012, em regime de urgência, na sessão legislativa de 12.12.2012, violou as disposições regimentais que impedem (a) a discussão de matéria estranha à ordem do dia e (b) a deliberação do veto sem prévio relatório da comissão mista. 7. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* configurados. Medida liminar deferida.

A Mesa do Congresso Nacional interpôs agravo regimental, que por maioria, foi concedido em 27 de fevereiro de 2013 para possibilitar a apreciação do Veto Parcial 38/2012.

Os quatro votos vencidos do Ministro Lux Fux, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa, que mantinham a liminar concedida, foram pautados no mesmo sentido: (i) no que diz respeito ao dispositivo em si da decisão – a impossibilidade de apreciação do Veto Parcial 38/2012 enquanto houvesse vetos pendentes com prazo constitucional expirado e (ii) nos seus motivos determinantes: a violação do devido processo legislativo e correlata inconstitucionalidade da deliberação aleatória dos vetos presidenciais pendentes de análise legislativa, cuja simples existência subtrairia do Poder Legislativo a auto-

nomia para definição da respectiva pauta política (CF, art. 66, §6º), dada a obrigatória deliberação dos vetos presidenciais em ordem cronológica de comunicação ao Congresso Nacional.

O mesmo, todavia, não ocorreu com os votos vencedores. Se é certo que a maioria dos seis Ministros convergiram no tocante ao dispositivo da decisão: provimento do agravo regimental para possibilitar a apreciação do Veto Parcial 38/2012 mesmo havendo 3060 vetos pendentes de apreciação, o mesmo não se pode dizer em relação aos motivos determinantes.

Não há maioria na definição dos fundamentos da decisão majoritária: (1) o Ministro Teori Zavaski votou no sentido da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* da prática até agora adotada pelo Congresso Nacional no processo legislativo de apreciação de vetos, com exclusão das deliberações tomadas, os vetos presidenciais apreciados e os que já tivessem sido apresentados, mas pendentes de exame; (2) a Ministra Rosa Maria Weber votou no sentido da impossibilidade do controle judicial da legitimidade da prática adotada pelo Congresso, tratando-se de tema cujo exame encontra-se vedado ao Poder Judiciário por se tratar de matéria *interna corporis*; (3) os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Ferreira Mendes votaram no sentido da constitucionalidade da prática do Congresso diante da inexistência de imposição constitucional de ordem cronológica de votação dos vetos; (4) a Ministra Carmem Lúcia entendeu que a manutenção da liminar poderia gerar conjuntura mais gravosa ao Parlamento, à sociedade e ao Direito e não adentrou no mérito da constitucionalidade do ato impugnado.

Com efeito, com a derrubada da liminar em sede de provimento de agravo regimental e a apreciação posterior do veto presidencial, o mandado de segurança perdeu objeto e a sociedade atônita ficou sem saber se o Congresso pode ou não escolher os vetos presidenciais que quer apreciar ou se há uma ordem cronológica a ser observada. O Supremo Tribunal Federal

decidiu o caso concreto, mas eximiu-se de decidir o caso constitucional *sub judice*: afinal, o devido processo legislativo exige ou não a apreciação cronológica dos vetos presidenciais?

É necessário refutar veementemente o voluntarismo judicial para não ressuscitar-se o costume do Império Romano na época de decadência de que o que agrada ao príncipe tem força de lei - “*quod principi placuit, legis habet vigorem*”. Se o verdadeiro fundamento da legislação imperial era a *auctoritas principis*¹⁴, o real fundamento da jurisprudência constitucional não pode ser a simples autoridade de um Tribunal Constitucional.¹⁵

Quarta é investir na efetivação do postulado da separação de poderes. Separados e distribuídos, os poderes limitam-se reciprocamente num sistema engenhoso de freios e contrapesos. Trata-se de evitar o isolamento institucional, notadamente da jurisdição constitucional. Como já ensinava MONTES-QUIEU, “para instituir um governo moderado é preciso combinar poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir. Adicionar a um, por assim dizer, o lastro necessário para resistir ao outro.”¹⁶

E mais, repudiar o passivismo que está radicado nas teorias interpretativistas do textualismo e originalismo, que levam em consideração na interpretação apenas o texto da constituição ou intenção original dos seus fundadores.¹⁷ Os juízes pas-

¹⁴ GILISSEN, op. cit., p. 89.

¹⁵ Justa a advertência de Lenio Luiz STRECK: “Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

¹⁶ JÚNIOR, op. cit., p. 655.

¹⁷ RAMOS, *Ativismo judicial...*, op. cit., p. 129.

sivos mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, revelam um ceticismo exterior sobre a moral política, como se não houvesse uma resposta certa para as questões constitucionais, só respostas diferentes.¹⁸

Quinta é ter sempre em mente o argumento contramajoritário, ou seja, qual a razão para que num Estado baseado no princípio democrático a decisão de um reduzido conjunto de pessoas não eleitas pelo povo imponha-se diante da vontade dos legítimos representantes?

É necessário não se deixar seduzir pelo ativismo judicial, entendido, como explica Elival da SILVA RAMOS como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes.”¹⁹ Contrariando

¹⁸ DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 446. Como sustenta DWORKIN, “Os passivistas citam o caso *Lochner* e outros, nos quais a Suprema Corte – erradamente, como hoje se pensa -, recorreu aos direitos individuais para impedir ou frustrar programas legislativos justos e desejáveis. Mas teríamos mais a lamentar se a Corte tivesse aceitado irrestritamente o passivismo: as escolas do Sul poderiam ainda estar segregadas, por exemplo. Na verdade, se fôssemos reunir as decisões mais lamentadas da Corte ao longo da história constitucional, acharíamos muitas outras nas quais o erro esteve na falta de intervenção em momentos nos quais, como hoje pensamos, os princípios constitucionais de justiça exigiam uma intervenção. Os norte-americanos sentiriam mais orgulho de sua história política se esta não incluísse, por exemplo, os casos *Plessy* ou *Korematsu*. Nesses dois casos, a decisão majoritária do legislativo foi profundamente injusta, e também, como muitos juristas hoje acreditam, inconstitucional; lamentamos que a Suprema Corte não tenha intervindo para fazer justiça em nome da Constituição.” DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 449.

¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 129.

os federalistas, a história demonstra que há um perigo real de usurpação do Poder Judiciário sobre o Legislativo.²⁰

Uma postura antiativista evita atos de arrogância, de juízes constitucionais que acreditem “integrar, como os super-heróis das estórias em quadrinhos, uma Liga da Justiça, intérpretes de aço, que descubrem o sentido da lei, sem a influência de seus sentimentos”²¹. Como adverte Ronald DWORKIN, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.”²²

De outro lado, em casos difíceis, que envolvem dilemas morais, não se pode dispensar um amplo debate público prévio à decisão judicial. O Tribunal Constitucional não deve antecipar a decisão e sufocar o debate. Não só existe um *timing* a ser respeitado como escolhas que vão além de uma pura interpretação da Constituição porque dizem respeito a formas diferentes de viver, agir e acreditar. Para tanto, os juízes constitucionais precisam desenvolver sensibilidade política.

Duvida-se da tese de que a Constituição endossa o lema de “*policy-making by judges*”. Por que o povo iria preferir que as decisões políticas e sociais fossem tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e não através de um processo democrático

²⁰ “Finalmente, é preciso observar que o perigo tão receado das usurpações do Poder Judiciário sobre o Legislativo é puramente imaginário.” HAMILTON, Alexander *et al.* *O federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 476.

²¹ WARAT, Luis Alberto; CABRIADA, Gustavo Perez. *Os quadrinhos puros do direito*. Buenos Aires: Almed.

²² DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 452.

descentralizado?²³

Na realidade, o juiz constitucional precisa achar o delicado meio-termo entre suas faltas e excessos.²⁴ Como adverte José ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, “talvez a vida real e a experiência histórica tenham ensinado a esse juiz que exceder-se, quando possível, é até preciso, mas recuar, quando necessário, é sinal de maturidade ou arma de sobrevivência”.²⁵

Sexta é sepultar o mito de que todas as respostas estão pré-determinadas na Constituição esperando para serem descobertas pelo juiz, o que dispensaria a atividade legislativa. Mesmo não concordando com a tese radical de Jeremy WALDRON, a respeito da defesa da abolição do controle judicial de constitucionalidade, é prudente levar em consideração a sua advertência de que o deslocamento do centro de decisões para o Judiciário, com a demissão consciente e deliberada do Legislativo, significa abrir mão do compromisso fundamental com a

²³ SIFFERT, Paulo de Abreu. Breves notas sobre o constitucionalismo americano. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 83.

²⁴ Exemplo desta postura ponderada é o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento das leis federal e estadual a respeito da regulação da exploração de amianto: “Considerou que, em questões a envolver política pública de alta complexidade e com elevada repercussão social, a Corte deveria adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores. Não haveria excepcionalidade a justificar a atuação do STF, que teria conhecimento limitado acerca dos efeitos e das políticas públicas a envolver o uso controlado do amianto, bem como das consequências práticas de eventual decisão pelo banimento, a exigir o predicado da autocontenção. Aquilatou que nem mesmo os órgãos da União seriam uníssonos quanto à continuidade da exploração de amianto no Brasil.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3937/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 31.10.2012. Informativo 686 do STF, de 29 a 31 de outubro de 2012.

²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 190.

ideia de que a solução final das nossas discordâncias é um assunto nosso.²⁶

Sétima é levar a Constituição a sério.

Não pode haver trivialidade ou sensaboria no ato de interpretar, aplicar ou emendar a Constituição. O Poder Constituinte derivado estava distraído quando elaborou o art. 2º da Emenda 52/2006? Como, em ano de eleição, uma emenda que suprime a verticalização nas coligações partidárias prevê “essa emenda entra em vigor na data de sua publicação aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002”? Ano de 2002? Uma emenda de 2006 pode ser aplicada a uma eleição que ocorreu há quatro anos? A emenda foi aprovada por, no mínimo, três quintos de todos os parlamentares federais em quatro turnos de discussão e votação e ninguém viu o erro de digitação? Contrariando o poeta paranaense Paulo Leminski, “distraídos não venceremos”.

CONCLUSÕES

Ambientes como o brasileiro e o português, de um sistema misto²⁷ de controle judicial, que combinam a herança do

²⁶ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 105-106.

²⁷ Concorda-se com Elival da SILVA RAMOS para quem o sistema brasileiro é misto apenas no tocante ao aspecto modal, permanecendo difuso quanto ao aspecto subjetivo ou orgânico: “Em nada afetou a característica da difusão o fato de o controle em via principal, criado por emenda à Constituição de 46 (EC n. 16/65), haver sido atribuído, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, se tomada como parâmetro a Constituição Federal, ou aos Tribunais de Justiça dos Estados, se realizado em defesa das Constituições locais, porquanto ao se afirmar que a competência para a fiscalização permeia todo o aparato judiciário não se exclui, obviamente, a necessidade de se observarem as regras processuais disciplinadoras da competência dos juízos e tribunais. Em suma, considera-se a competência para o controle genericamente e não em uma ou outra de suas manifestações específicas.” RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de

judicial review com o controle abstrato concentrado, são propícios para a investigação dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional em face da interpretação e aplicação da Constituição.

Não se pode adiar a discussão sobre os parâmetros de legitimidade da atuação dos juízes constitucionais para tal empreendimento, notadamente num regime democrático de direito que pressupõe a existência do pluralismo político. Não se trata de uma questão meramente formal – de repartição de competências inerente à separação de poderes – mas de fundo, da compreensão do que é a Constituição, de como a sua identidade é concebida, da intensidade de sua força normativa. “Existe, na realidade, um segundo texto constitucional”²⁸, resultado da interpretação constitucional judicial?

Outorgar a guarda precípua de um documento supremo a um dos poderes do Estado (seja ele uma Suprema Corte ou uma Corte Constitucional) faz dele um poder supremo. Não se pode ignorar o risco constante de conflitos interinstitucionais, que afetam o delicado equilíbrio entre os poderes. O relacionamento pode se converter uma disputa pelo poder de dizer a última palavra, dirigida sob o manto da “vontade de poder”.²⁹

controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 141; 146.

²⁸ QUEIROZ, *Interpretação constitucional e poder judicial...*, op. cit., p. 165.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 268. Exemplo recente deste potencial conflito é a disputa pela “última palavra” concretizada na discussão e votação da PEC (Proposta de Emenda Constitucional) 33/2011, que condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição. Caso emblemático e histórico de conflito entre poderes, é a “vingança” do governo Roosevelt às decisões da Suprema Corte que persistia na declaração de inconstitucionalidade das leis do *New Deal* com a apresentação, em fevereiro de 1937, de um projeto de lei ao

Cumpra aproveitar a reflexão de DWORKIN acerca do que é uma vida boa a fim de tecer uma analogia a respeito do que é um bom Tribunal Constitucional ou uma boa jurisdição constitucional. Para o autor, vidas humanas bem vividas são valorizadas não pela narrativa completada, mas porque elas incorporam uma *performance*: uma ascensão para o desafio de ter uma vida a levar. O valor final de nossas vidas envolve uma questão de como nós realmente vivemos e não de uma etiqueta colada ao resultado final. “É o valor da *performance*, não de qualquer outra coisa deixada quando a *performance* é subtraída.”³⁰

A Constituição nunca é um produto acabado ou para usar a expressão de DWORKIN, uma narrativa completada. O valor de uma boa Constituição e de uma boa jurisdição constitucional se traduz no valor da *performance* dos atores constitucionais.



Congresso Nacional americano onde se prevê a reformulação na justiça federal norte-americana e, principalmente, na composição da Suprema Corte, o que conhecido como “*Court-Packing Plan*”. A base do plano democrata era acrescentar um novo *Justice* a cada um daqueles membros que estivessem acima de setenta anos. FILHO, Francisco Bilac Pinto. Traços da formação e da evolução do Estado Federal Norte-Americano. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 41.

³⁰ DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? *Revista DireitoGV*, v. 7, n. 2, São Paulo, p. 613, jul.dez. 2011.