

ÚLTIMA PALAVRA OU PRIMEIRA INCOMPREENSÃO? NOTAS SOBRE IMPARCIALIDADE JUDICIAL A PARTIR DE UM JULGADO DO STF

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho

Resumo: A partir da análise de um relevante julgado em matéria eleitoral, o artigo levanta algumas hipóteses sobre o modo como o Supremo Tribunal Federal autocompreende sua função institucional e descreve o exercício de sua jurisdição frente ao sistema político e ao poder legislativo. Através do resgate da noção de imparcialidade que ajudou a fundar a ideia de *checks and balances* e *judicial review* no constitucionalismo norte-americano, o trabalho evidencia que a insistência discursiva da Corte no uso da expressão "última palavra", em referência a sua própria competência, não se ajusta à contingência dos sentidos do direito e da política na construção democrática brasileira.

Palavras-chave: Última Palavra; Decisão Judicial; Imparcialidade.

Abstract: From the analysis of an important trial in electoral matter, the article raises some hypotheses about how the Supreme Court autocompreende their institutional functions and describes the exercise of its jurisdiction against the political system and the legislative branch. Through the rescue of the notion of impartiality that helped establish the idea of checks and balances and judicial review in american constitutionalism, the study shows that the Court's insistence on the discursive use of the term "last word" in reference to his own jurisdiction, does not adjust to the contingency of law and politics senses in

brazilian democratic construction.

Keywords: Last Word; Judicial Decision; Impartiality

INTRODUÇÃO



quanto de mistificação sobre relação entre a política e o direito pode existir implicitamente nas afirmações¹ de que ao Supremo Tribunal Federal cabe o “monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental” e de que “no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder”.

A partir de que parâmetros de racionalização da atividade judicial seria possível ao Tribunal definir qual é a “última palavra” em matéria constitucional ou um essencialismo tal que contenha o significado da natureza do “poder” no regime democrático?

Talvez questões como essas não surjam de modo evidente ou com frequência na rotina discursiva presente nos julgamentos da Corte, cujas funções têm sido objeto da crescente atenção não só dos operadores do direito e demais instituições do sistema judiciário, mas também da imprensa, dos cidadãos e dos movimentos sociais, que, de certa forma, representam intuitivamente a estrutura argumentativa das decisões com a dinâmica de funcionamento do Tribunal e das suas relações com os órgãos de poder cuja legitimação decorre diretamente do sufrágio, como o Legislativo e o Executivo.

Este artigo tem como objeto investigar o uso do argumento da “última palavra” na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais e organização dos poderes, buscando problematizá-lo a partir de

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n° 3.345, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 20.08.2010.

uma perspectiva da relação paradoxal entre constitucionalismo e democracia no Brasil, cuja construção histórica pode mostrar mais ônus do que vantagens na adoção de posturas totalizantes sobre o significado do direito ou da política.

O propósito é levantar algumas hipóteses em torno da autocompreensão que a Corte tem de sua função diante da tensão constitutiva própria dos regimes democráticos regidos por uma Constituição, procurando verificar em que medida o discurso judicial desenvolvido pelo STF aproxima-se de uma visão teórica de certeza do direito, que seria capaz de regular linguisticamente comportamentos socialmente incertos, ou ajustar-se a uma racionalidade compreensiva de seus limites, que sujeita o processo decisório às contingências do caso concreto e das condições institucionais mais propícias ao diálogo do que ao isolamento.

1. O CASO MIRA ESTRELA E O USO DA ÚLTIMA PALAVRA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

Em 25 de agosto de 2005, o plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.345/DF e nº 3.365/DF, ambas com o objetivo de impugnar a Resolução nº 21.702/2004, do Tribunal Superior Eleitoral, que definia os critérios a serem observados pelas câmaras municipais de todo o país quanto à fixação do número de vereadores.

A resolução do TSE impugnada, por sua vez, era decorrência de deliberação tomada pelo próprio STF no julgamento do recurso extraordinário nº 197.917/SP², que mudou a jurisprudência do Supremo acerca da autonomia municipal na defi-

² A decisão declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, sob o fundamento de que o número de vereadores ali previsto era incompatível com o sentido de proporcionalidade inscrito no inciso IV, art. 29, da Constituição Federal, ficando vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello. *DJ* 07.05.2004.

nição do número de edis e estabeleceu de forma aritmética, segundo a proposta do relator acolhida em plenário, a quantidade exata de membros das câmaras, a partir do juízo de isonomia quanto ao critério constitucional de proporcionalidade do número de vereadores em relação ao número de habitantes, além da observação de algumas situações em que cidades menos populosas tinham mais vereadores que municípios maiores, o que se mostrava antieconômico aos cofres municipais, embora ambos estivessem entre os limites mínimo e máximo do inciso IV, do art. 29 da Constituição.

Os ministros vencidos ressaltaram em seus votos que o Congresso já tinha se ocupado de tal assunto ao promulgar a Emenda Constitucional nº 25/2000, acrescentando o art. 29-A, que limitou o total da despesa com os legislativos locais de acordo com percentuais relacionados à receita tributária e ao número de habitantes de cada municipalidade, além do que as únicas restrições à autonomia municipal só decorreriam diretamente da Constituição, inviabilizando uma “inspiração mítica do princípio universal da simetria” para limitar a autoorganização dos municípios em nome do centralismo, como destacou o ministro Sepúlveda Pertence.

Seguindo determinação do Supremo naquele julgado, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 21.702, com a seguinte disposição: “*Art. 1º Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, conforme as tabelas anexas*”, reproduzindo, na íntegra, as tabelas constantes do voto do ministro Maurício Corrêa, relator do recurso extraordinário no STF.

Com o caso de volta ao Supremo, pela via das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.345 e 3.365, criou-se uma situação no mínimo curiosa. Encontrava-se o Tribunal a julgar as impugnações a um ato normativo editado em função de sua própria determinação, e que tinha por conteúdo sua própria

decisão, que definia o número de representantes das câmaras municipais em todo o Brasil, assunto, em tese, destinado à outra esfera federativa e distinta função de poder.

O julgamento das ações diretas pode ser tomado como uma mostra do comportamento do STF diante do paradoxo da dinâmica das relações institucionalizadas pelo constitucionalismo: como compatibilizar a resposta judicial com a exigência de abertura ao diálogo em questões de poder e direitos num ambiente que se pretende democrático.

Se focarmos nos pontos de vista processuais em jogo, várias alternativas seriam possíveis, mas para a análise aqui proposta destacam-se duas: 1) o Tribunal não admitiria a impugnação ao alegar a ausência de caráter abstrato à resolução do TSE, adotando um mecanismo de defesa que evitaria uma autoavaliação de sua atividade normativa exercida no recurso extraordinário; 2) reafirmaria seu juízo de competência para, julgando em causa própria, afastar as possibilidades de posterior exame da matéria pelas câmaras municipais e assumir-se-ia como autoridade investida da última palavra no tema.

A opção do relator, ministro Celso de Mello, manteve-se na segunda alternativa e expôs relevantes características para a análise sobre o modo com que Tribunal autocompreende sua função institucional a partir da crença numa autêntica interpretação constitucional. Compreensão corroborada pela autodescrição da Corte como instância encarregada do "monopólio da última palavra sobre o real significado das cláusulas que compõem a Lei Fundamental da República"³.

O voto começa por afastar o impedimento da participação dos ministros que, atuando também no TSE, assinaram o ato impugnado, sob o fundamento de que o processo objetivo instaurado com a ação direta presta-se ao exame, em tese, de espécie normativa autônoma, razão pela qual não seriam oponíveis as regras ordinárias de impedimento e suspeição.

³ Trecho do voto do Min. Celso de Mello na ADI nº 3.345/DF, DJ 20.08.2010.

A passagem do voto evidencia a suposição de clara distinção entre as posições pessoais dos julgadores e a conscienciosidade da imparcialidade de seus papéis na apreciação da impugnação dirigida contra ato normativo de que participaram.

Por outro lado, da manifestação de Celso de Mello deixa-se perceber ainda um importante detalhe de sua visão sobre a política partidária. Ao sustentar que a resolução do TSE não ofendia o princípio da anterioridade⁴ da lei eleitoral, o relator afirmou:

Cabe observar, neste ponto, que o legislador constituinte, atento à necessidade de coibir abusos e casuísmos descaracterizadores da normalidade ou da própria legitimidade do processo eleitoral e sensível às inquietações da sociedade civil, preocupada e indignada com a deformante manipulação legislativa das regras eleitorais, operada, arbitrariamente, em favor de correntes político-governamentais detentoras do poder, fez inscrever, no texto constante do art. 16 de nossa Carta Política, um postulado de irrecusável importância ético-jurídica, tal como reconhecido e proclamado por esta Suprema Corte.⁵

Em seguida, o voto faz considerações sobre a eficácia irradiante dos motivos determinantes das decisões como exigência da força normativa da Constituição, o que sujeitaria o TSE à *ratio decidendi* emergente do julgamento do recurso extraordinário nº 197.917; ressalta o caráter indiscutível da supremacia formal e material do texto constitucional e ainda, citando Francisco Campos, destaca que "*o poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. (...) Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte*"⁶, concluindo com a lição de Teori Zavascki de que "*A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é*", razão pela qual a interpretação defini-

⁴ BRASIL. Constituição Federal. Art. 16. *A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.*

⁵ Trecho do voto do Min. Celso de Mello na ADI nº 3.345/DF, DJ 20.08.2010.

⁶ Idem.

tiva do art. 29, IV, deveria ser preservada como garantia efetiva da autoridade da última palavra do tribunal.

No ponto, pronunciou-se no mesmo sentido, Carlos Ayres Britto fazendo referência à afirmação do juiz norte-americano Charles Evans Hughes de que "*A Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que é*", e Joaquim Barbosa para quem "*A interpretação da Constituição é atribuição magna desta Corte e não pode ficar ao alvitre de cada uma das milhares de Câmaras Municipais do país*".

A única divergência foi suscitada no voto do ministro Marco Aurélio, que, queixando-se ironicamente de ser o "*órfão abandonado pela paternidade intelectual do ministro Celso de Mello*", criticou tanto a "*tabela pretensiosa*" elaborada no voto condutor do caso Mira Estrela, quanto a extensão da atividade normativa desempenhada tanto pelo STF quanto pelo TSE, a quem não caberia "*regulamentar a Lei Fundamental por melhor que seja a intenção*"⁷.

O voto vencido registrou que essa ampla regulamentação judicial significaria a substituição do legislador, sob a alegação da busca de economia aos cofres municipais, atividade alheia à competência do judiciário, ofendendo a um só tempo a separação de poderes e o regime federativo.

O caso apresenta-se muito rico em questões constitucionais, mas uma merece especial destaque: a autoafirmação da Corte como o foro exclusivo da última palavra sobre o sentido da Constituição.

O recurso à expressão "última palavra", no contexto de observação do juízo de competência da Corte sobre si mesma, já tinha sido registrado antes⁸ do julgamento da ADI 3.345,

⁷ Trecho do voto do Min. Marco Aurélio na ADI nº 3.345/DF, DJ 20.08.2010.

⁸ AI(Agr) nº 258.049/MG, rel. Celso de Mello, DJ 04.05.2001 (correção monetária de FGTS); MS nº 23.452/RJ, rel. Celso de Mello, DJ 12.05.2000 (poderes de comissão parlamentar de inquérito para quebrar sigilos fiscal, bancário e telefônico).

assim como se repetiu posteriormente⁹. Porém, parece ter sido na apreciação daquela ação direta que o termo foi usado com maior grau de intensidade, e em relação a um ato normativo resultante da jurisdição do tribunal. Tal fator denota um significado peculiar em torno da pretensão do afastamento de posterior apreciação legislativa, de onde se procura levantar algumas questões.

2. JUDICIAL REVIEW, IMPARCIALIDADE E ÚLTIMA PALAVRA.

A ideia de que a um tribunal é destinada a missão de dar a resposta definitiva em temas que relacionem direito e política possui uma longa tradição e remonta a um agrupamento de razões que tiveram acolhimento singular na organização institucional promovida pelo constitucionalismo norte-americano.

É comum atribuir-se esse tipo de desenho constitucional acerca da composição e relacionamento entre as funções de poder à distinta compreensão com que *os federalistas*¹⁰ receberam a clássica doutrina da separação de poderes, menos como uma rígida divisão do que como harmonização entre as suas funções, dando origem ao que se convencionou chamar de *checks and balances*.

Por trás do modelo que designa à função judicial a atribuição de assegurar direitos como limitação ao exercício do governo, entre outros argumentos, estava o de que a Constituição inaugura uma forma específica de legitimação política.

⁹ MI n° 708/DF, rel. Gilmar Mendes, DJ 31.10.2008 (direito de greve dos servidores públicos civis); MS n° 26.603/DF, rel. Celso de Mello, DJ 19.12.2008 (fidelidade partidária e direito do parlamentar à vaga no legislativo); RE n° 477.554/MG, rel. Celso de Mello, DJ 25.08.2011 (união civil entre pessoas do mesmo sexo).

¹⁰ A preocupação com a possibilidade de facções se converterem em maioria e, movidos por paixões ou interesses particularistas, pudessem atuar contra a comunidade e os direitos dos cidadãos, encontra-se especialmente no artigo federalista n° 10, escrito por Madison (2006, p. 94). Também nesse sentido: GARGARELLA, 2006, p. 175.

A legitimidade da atuação política passava a depender da articulação entre a vontade majoritária e o respeito às restrições inscritas na carta de direitos, sobre a qual a ação dos representantes do povo não poderia ir de encontro, dado que naquele instrumento se encerrava a própria fonte do exercício do poder.

Esse tipo de limitação correspondia à ideia madisoniana de que o legislativo, o mais forte entre os poderes (MADISON *et al*, 2006, p. 346 ss), não deveria prevalecer soberano. Logo a necessidade de dividi-lo em formato bicameral, preservando a participação dos estados-membros na formação da vontade federal, além de conferir ao poder executivo a prerrogativa de veto absoluto, a “arma mais natural” contra a tirania da maioria.

A prevalência dessa concepção se estendeu à configuração federalista do Poder Judiciário, objeto de controvérsia durante os debates da Convenção que deu origem à Constituição norte-americana de 1787.

O pensamento dos vencidos republicanos, defensores de um sistema político espelhado nas relações entre eleitores e representantes, por sua vez, afastava a ideia de interferência dos juízes nas decisões do parlamento, pois sendo este o foro do poder do povo, não seria justificável a sua diluição em tantos filtros que acabassem por esvaziá-lo. A crítica dos republicanos ao sistema de freios e contrapesos ajustava-se à defesa do pensamento majoritário como método democrático por excelência.

A prevalência da concepção dos federalistas repercutiu na construção da imagem das cortes de justiça como órgãos intermediários entre o povo e o legislativo, sob a suposição de que não seria adequado deixar aos congressistas a condição de “juízes constitucionais de seus próprios poderes” (MADISON *et al*, 2006, p. 500), pois nem a Constituição teria habilitado os representantes do povo a sobrepor sua vontade à dos consti-

tuíntes. Uma formulação tão paradoxal quanto paradigmática para a construção da teoria constitucional norte-americana.

É justamente aqui que se sobressai uma característica sutil dos paradoxos entre o direito e a política na organização estatal dos Estados Unidos. Ao formatar a ideia de Constituição como mecanismo jurídico de limitação do poder, os federalistas delegaram ao discurso jurídico a competência de avaliar a compatibilidade da atividade parlamentar com a manifestação do poder constituinte.

Mas dizer que ao direito cabe a função de definir os limites da política não significava, como consecutório lógico, que esse controle necessariamente seria por uma específica elite institucional, o poder judiciário.

Nesse ponto, os artigos federalistas apresentam dois argumentos que interessam mais particularmente à análise sobre o significado da expressão "última palavra" nos julgados do STF, proposta no trabalho.

Os dois argumentos são explorados por Hamilton no *paper* nº 78 (MADISON *et al*, 2006, p. 498ss). O primeiro é o de que seria muito mais racional pressupor que às cortes foi destinado desempenhar esse papel porque é próprio da tarefa dos juízes e tribunais inclinar-se sobre um ordenamento jurídico complexo e, a partir dele, identificar o direito aplicável segundo técnicas interpretativas como hierarquia e vigência, além da função de extrair dos textos legislativos o sentido prático para a solução de casos concretos.

A segunda motivação é a de que não dispendo da bolsa nem da espada, competindo-lhe apenas o juízo, o Judiciário seria sem dúvida o mais fraco dos poderes, não podendo "atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resultado". Diante dessa "fraqueza natural", Hamilton via na independência e inamovibilidade dos juízes os únicos meios de defender-se dos demais poderes.

Foi justamente o argumento da imparcialidade judicial

que serviu à justificativa de Hamilton¹¹ contra o risco da substituição da vontade do legislador pela vontade dos tribunais, que têm o dever de declarar o sentido da lei. Logo, admitir tal situação seria reconhecer que "não deve haver juízes separados do corpo legislativo", e muito menos independência judicial como garantia da Constituição e dos direitos individuais.

Essa compreensão de imparcialidade como opção do poder constituinte pelo discurso judicial como instrumento de controle do parlamento, na prática, significava dar aos juízes o exercício de um típico poder moderador¹².

Tal característica aparece no voto do juiz Marshall em *Marbury v. Madison*, como argumento de que se a distribuição de competências da Suprema Corte ficasse ao exclusivo talante do Legislativo, a distinção entre jurisdição ordinária e recursal feita no texto constitucional norte-americano seria "forma vazia de substância". Tal distinção viabilizou a questionável interpretação¹³, politicamente motivada (WOLFE, 1994, p. 86),

¹¹ A imparcialidade também é defendida por Hamilton como um recurso reservado à jurisdição federal para a resolução de questões entre estados e a União no *Federalist paper* nº 80 (MADISON *et al.*, 2006, p. 503ss) do que como prerrogativa dos juízes derivada do uso da razão na solução de conflitos.

¹² Talvez esta seja uma das principais distinções entre a ideia de *checks and balances* dos federalistas e a vertente mais conhecida da separação de poderes, pois a defesa de um poder moderador que pudesse regular a atividade do Executivo e Legislativo, nas palavras de Montesquieu, não poderia ser institucionalizada no Judiciário, considerado um poder relativamente nulo: "*Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois, e como esses poderes, e como esses dois têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz para esse efeito. (...) Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor*" (MONTESQUIEU, 1993, pp. 151-152).

¹³ "A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira,

que fixava na Corte o foro do controle da supremacia constitucional.

Esse modelo de controle judicial, que intercalou momentos de autocontenção e ativismo na Suprema Corte¹⁴, constantemente tem se deparado com as fronteiras delineadas pelo sistema das competências de cada poder, assim como os limites do discurso judicial quando a decisão envolve questões políticas, econômicas e sociais, cuja esfera de avaliação extrapola a linguagem do direito. Aqui reside a dificuldade da ideia de permanente imparcialidade da Corte como foro natural da “última palavra” em matéria de jurisdição constitucional.

É possível notar a influência do antigo brocardo *nemo iudex in sua causa*¹⁵ tanto no modelo de *checks and balances* quanto na ideia de *judicial review*, o que ajudou a popularizar a típica percepção de que o julgamento de temas morais politicamente controvertidos deveriam ser atribuídos a um terceiro, não pertencente à minoria afetada pelas decisões majoritárias,

então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.” (MARSHALL, 1997, p. 24).

¹⁴ Mark Tushnet descreve como o comportamento da Suprema Corte gravita em torno da variação dos modelos de estado no governo norte-americano, constituindo pretensões de correção da ordem constitucional, primeiro seguindo aspirações de justiça da lógica do *new deal/great society* e, depois, adaptando-se às mudanças econômicas neoliberais e novas condições de mobilidade financeira do capital no contexto global. A análise evidencia que a narrativa do constitucionalismo pela Corte depende em grande parte dos acordos envolvendo presidente-congresso e a polarização partidária, além de suas influências nas nomeações dos *justices*, o que contribui para a autocompreensão do judiciário como ator institucional de um contexto maior, de que fazem parte o executivo e o legislativo, resultando em julgados especificamente cuidadosos em relação às opções políticas (TUSHNET, 1999, p. 74).

¹⁵ A prescrição contida no Código de Justiniano incorporava ao direito romano o princípio jusnaturalista de que ninguém poderia ser seu próprio juiz, com a seguinte formulação: "We direct by this general law that no one shall be his own judge or decide his own case. For to give anyone power to render a decision in his own case would be iniquitous", ganhando *status* de máxima invenerável nas raízes do constitucionalismo no *common law*, desde a decisão de Edward Coke no *Bonham's case* em 1610 (VERMEULE, 2012, p. 386), e dogma em defesa do *judicial review* (WALDRON, 2009, p. 128).

nem ao parlamento, sob a hipótese de que juízes estariam em melhores condições para tal.

Dois pontos problemáticos desse raciocínio são identificados por Jeremy Waldron: 1) ao reconhecer que o ponto da controvérsia é político, porque essa avaliação deveria ser feita por um colegiado de juízes, dado que eles decidirão pelo idêntico método da contagem de votos; 2) não havendo como distinguir entre a essência das atividades judicial e legislativa na apreciação dessas questões, destinar aos juízes a função de definir a disputa só seria aceitável caso se naturalize o argumento de que os legisladores são mais “corruptíveis” (no sentido de atuarem apenas servindo o próprio interesse) do que os magistrados. (WALDRON, 2009, p. 127).

O argumento de imparcialidade na atividade judicial tem o seu uso mais frequente enquanto regra¹⁶ de impedimento ou suspeição, mas em geral os juristas não problematizam o fato de que os discursos sobre a imparcialidade como função contramajoritária dos juízes significam uma apropriação de poder, cujos usos nem sempre correspondem à defesa de minorias que não tiveram chances de participação no processo de decisão política.

A crítica de Waldron considera que a vertente hegemônica da filosofia política interessada nas relações entre legislativo e judiciário, parte de uma interpretação equivocada das contribuições de Locke e Madison acerca do princípio *nemo iudex in sua causa*.

Para ele, o primeiro teria sustentado o reforço do governo civil e dos indivíduos, representados pela supremacia do legislativo, contra o monarca absoluto (WALDRON, 2009, p. 131), já a posição de Madison no *Federalist* nº 10, referia-se à possibilidade de facções constituídas por proprietários da indústria e

¹⁶ Os arts. 134 a 138 do Código de Processo Civil estabelecem as hipóteses em que ao juiz é *defeso* atuar no processo ou quando *reputa-se fundada a suspeição* de sua parcialidade.

manufatura, apropriarem-se do parlamento para corromper a Constituição, garantindo a permanência de privilégios tributários. Assim, restaria evidente a inadequação entre a motivação e exemplos madisonianos para justificar o exercício atual do *judicial review*.

Na raiz desses equívocos em torno do princípio de que ninguém deve ser juiz em causa própria, estariam as razões para a duvidosa alternativa de conferir a competência de decidir sobre o "sagrado" direito de resistência do povo a uma instituição não legitimada pelo próprio povo (WALDRON, 2009, p. 133), já que o próprio Locke não previu qualquer saída institucional para os casos de injusta atuação do legislativo, contra os quais seria oponível apenas o direito de resistência em casos extremos.

Se o controle judicial de constitucionalidade for mesmo uma espécie de arranjo que permita a defesa das minorias, sem corroer a estrutura da organização política, preenchendo a lacuna de Locke, para evitar que a renúncia dos vencidos à participação nos processos de decisão arruinem a democracia (KELSEN, 2003, p. 181), é preciso reconhecer, por outro lado, que essa alternativa não se adequa com a formação de um monopólio da última palavra, sob a oposição do binômio imparcialidade judicial *versus* desqualificação do legislativo.

Nesse sentido, quando se torna possível perceber que o Supremo Tribunal Federal, sem qualquer cerimônia, edita uma norma, determina a outro tribunal que a formalize e em seguida julga a sua constitucionalidade em ação direta, autoafirmando-se como o foro da última palavra em matéria constitucional, e da própria "substância do poder", nota-se a fragilidade do argumento da imparcialidade como justificativa racional para o ingresso em grau tão elevado do judiciário em disputas políticas, como foi o caso Mira Estrela.

3. A NATURALIZAÇÃO DO USO DA ÚLTIMA PALAVRA

E A AUTOCOMPREENSÃO DA CORTE.

Admitir que juízes também levam em conta sua própria condição ao julgar, agindo como parte integrante da sociedade, com suas qualidades e defeitos, pode ser um ponto de partida mais interessante para observar as relações entre judiciário e legislativo. Essa, inclusive, é uma perspectiva que reduz os efeitos do desequilíbrio provocado ao se naturalizar uma visão caricatural de que temos um guardião da constituição, de um lado, e um balcão de negócios onde impera o interesse próprio, de outro.

Pensar a democracia como um amplo projeto de autogestão, capaz de contemplar a participação como meio de construir a identidade entre governantes e governados, ou seja, de viabilizar condições para que os destinatários das normas jurídicas reconheçam-se, ao mesmo tempo, como legisladores, constitui uma dimensão normativa talvez idealizada das dinâmicas do processo político, mas que ainda desempenha relevante papel na forma pela qual as instituições se apresentam à sociedade.

Um formato de organização estatal com esse perfil demonstra-se, contudo, radicalmente contrário à ideia de que um órgão judicial não eleito possa ter a exclusiva competência de conformar o sentido dos direitos, especialmente quando à minoria devem ser garantidos os canais de participação política para a defesa de seus propósitos.

Logo, que possibilidades teria a crença num intérprete autêntico do texto constitucional em dar respostas definitivas sobre contraditórias relações de poder, cada vez mais inseridas num contexto complexo e contingente como o brasileiro.

As formas de enfrentamento do paradoxo em que se acham os juízes, quando chamados a julgar um caso limite entre o direito e a política, pode dizer muito sobre como a Corte autocompreende a sua função na composição das instituições democráticas, variando entre comportamentos que Mark

Tushnet classifica como controle judicial fraco ou forte, a depender de como o constitucionalismo compromete-se com o autogoverno do povo (TUSHNET, 2008, p. 18ss).

O regime constitucional canadense, por exemplo, a despeito de filiar-se à tradição jurídica do *common law*, que em geral atribui maior força às decisões judiciais, pode ser tomado como um tipo de arranjo institucional contrário à ideia de “última palavra” como prerrogativa da Corte.

A previsão da chamada cláusula não obstante (*notwithstanding clause* ou *override power*), na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá¹⁷, de 1982, estabelece a permissão para que o parlamento delibere pela excepcional produção de efeitos por cinco anos, ou ainda reedite a lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, em matéria que ver-se sobre direitos fundamentais à liberdade de consciência, de expressão, de associação e de reunião, além de normas relativas ao direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, liberdade de não vir a ser injustamente investigado, confiscado, preso ou detido, assim como o direito à igualdade.

É possível tomar a cláusula não obstante no regime constitucional canadense¹⁸ como exemplo de composição que confere maior relevância à deliberação parlamentar, sem desconsiderar a garantia de direitos ou o prestígio que a corte venha a

¹⁷ Texto integral disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html#h-38>.

¹⁸ Disposições semelhantes à *notwithstanding clause* estão previstas nas leis fundamentais de Israel: *human dignity and liberty*, de 1992, funcionando na verdade como cláusula de exceção (http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm) e *freedom of occupation*, de 1994 (http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm). Vale o registro de que a formação constitucional israelense recebeu forte influência canadense (SEGAL, 1997, pp. 53-58). Além disso, a Seção 31 da Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities, n. 43/2006, do estado de Victória na Austrália, também estabelece a prevalência da manifestação do parlamento, desde que por iniciativa de um de seus membros que exponha a situação excepcional e os motivos para a *override*, mantendo o ato por até 5 anos da declaração (http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/cohrara2006433/).

ter como órgão funcionalmente encarregado de apreciar questões constitucionais, inclusive de natureza política, sem prejuízo da compreensão de que a concretização daqueles direitos se insere em um dinâmico projeto político da realização democrática, cujo procedimento é incompatível com a cristalização do sentido dos direitos em uma última palavra a cargo da Corte.

O estabelecimento formal da *nowwithstanding clause* não garante por si só o desejável diálogo entre o parlamento e a corte, não se pode desprezar aqui o fato de que ambas as instituições se inserem na disputa sobre quem deve ter a resposta definitiva para o caso, ou seja, o prestígio político da ocupação de um vértice do poder: aquele de dizer o direito.

As possibilidades conferidas pela cláusula não obstante podem representar, por outro lado, um pesado ônus político, tanto para o legislativo, que ao suspender os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade arrisca-se a perder autoridade pela ofensa a direitos, quanto para a corte, ao enxergar no demasiado ingresso na arena política a exposição de sua decisão à desobediência generalizada.

Essa ideia de um sistema que aparentemente contribui para a recíproca deferência entre parlamento e judiciário, pode se apresentar positiva apenas diante de uma esfera pública que se integre como partícipe de uma cidadania ativa, ao tempo em que se veja como intérprete da constituição, pressionando ambas as funções de poder a posicionarem-se com mais transparência em suas deliberações.

Levanta-se como particularmente interessante no exemplo canadense a percepção de que, se levada a sério, a cláusula evita um tipo de autocompreensão judicial ou legislativa que seja totalizante dos sentidos da política e do direito, adaptando-se à noção de uma supremacia constitucional sem intérprete último e rejeitando a necessidade de um tutor da ordem democrática.

4. ÚLTIMA PALAVRA E O RISCO DO DECISIONISMO AUTORITÁRIO.

Uma observação cuidadosa sobre mais um caso recente em matéria eleitoral na jurisprudência do Supremo pode mostrar o quão falaciosa é a afirmação de que ao Tribunal está reservado o monopólio da palavra definitiva, e como o reiterado uso do vocábulo "última palavra", tenta ocultar as aporias da política capazes de mostrar que "o rei está nu", embora se queira fantasiá-lo com a naturalização da opinião de que "a constituição é o que o Supremo diz que ela é".

Como vimos, ao julgar a ADI derivada do caso Mira Estrela, a Corte entendeu que a tabela criada no voto do relator e acolhida na resolução do TSE teria validade para as eleições realizadas no mesmo ano do julgado, embora a Constituição disponha de regra vedando a aplicação de norma que altere o processo eleitoral até um ano da data de sua vigência.

Na prática, o STF afirmou que a Resolução/TSE nº 21.702, editada em 02/04/2004, que reduziu o número de cadeiras em inúmeras câmaras de vereadores e modificou quadros de disputa eleitoral em dezenas de municípios, seria aplicável às eleições de outubro do mesmo ano, excepcionando a si mesmo e a resolução criada a partir do seu julgamento no RE 197.917 ao interregno expressamente exigido pelo texto constitucional.

Contudo o entendimento mudou dois anos depois, ao apreciar a ADI nº 3.685¹⁹ ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra a redação da emenda constitucional nº 52/2006²⁰,

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.685/DF, rel(a). Min(a). Ellen Gracie, DJ 10.08.2006.

²⁰ "§1º 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." EC nº 52/06, publicada no DOU em 09/03/2006.

que alterou a disciplina da verticalização das coligações partidárias²¹, concedendo autonomia aos partidos políticos na escolha dos critérios para a alianças nos níveis municipal, estadual e nacional, e estabelecendo também expressamente que sua aplicação se daria já nas eleições daquele ano.

A situação colocou o Supremo diante de manifestação do poder reformador, cumpridas as formalidades constitucionais para a emenda do texto, no sentido de excepcionar a exigência do art. 16 da Constituição ao regime de coligações entre os partidos, regra que o Tribunal já tinha admitido relativizar em relação a si e ao TSE.

O julgamento revelou, entretanto, que o STF estava disposto a fazer um esforço hermenêutico incomum e incompatível com o desenho constitucional das suas competências institucionais.

O argumento utilizado pela Corte para sobrepor-se ao Congresso foi o de que a anterioridade eleitoral representava uma garantia individual do cidadão-eleitor à segurança jurídica contra a arbitrária alteração do sistema eleitoral e, recorrendo a um precedente sobre anterioridade tributária²², afirmou que a alteração promovida pelo legislativo ofendia os arts. 5º, §2º e

²¹ A EC nº 52/06 modificou a regra de vinculação das coligações estaduais e municipais às firmadas em nível federal, cuja obrigatoriedade tinha sido determinada pela Resolução TSE nº 21.002/02, resultante da Consulta nº 175/02 feita pelo PDT, cujo teor era o seguinte: "*Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.*". A resolução modificou a interpretação corrente sobre as coligações a partir da Lei nº 9.504/97 e, por sua vez, foi publicada em 26/02/02, ou seja, a menos de oito meses da realização do primeiro turno das eleições daquele ano, prejudicando algumas candidaturas e beneficiando outras, ou seja, uma mudança das regras do jogo eleitoral pelo TSE em violação frontal ao art. 16 da CF/88, e à ideia de segurança jurídica contra o "casuismo inventado", exacerbado no regime militar que manteve um "parlamento aparente, mas sempre fiel", como lembrou Sepúlveda Pertence ao julgar idêntica matéria na ADI nº 2.626/DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 05.03.2004.

²² ADI nº 939/1994, rel. Min. Octávio Galloti, DJ 12.02.1993.

60, §4º, IV, da Constituição.

Prevaleceu então a alegação da limitação ao poder de reforma por uma cláusula pétrea implícita, que estaria em consonância com a intenção do poder constituinte originário, para criar a esdrúxula situação de vedar a autoregulação do sistema político, mesmo com o aval de dois terços em votação em dois turnos no Congresso, quando a resolução do TSE e uma decisão anterior do Supremo já tinham ofendido essa mesma "cláusula pétrea implícita".

O caráter "revelador", e de duvidosa imparcialidade do julgador, não mostrou apenas que a interpretação da Constituição pelo STF pode dizer mais do que a carta efetivamente diz, mas levanta alguns pontos importantes sobre como os pressupostos do controle de constitucionalidade demandam constante reflexão, sob o risco de se transformar a ideia de supremacia constitucional em uma espécie de supremacia judicial que sufoca a política.

Questiona-se, por exemplo, quais grupos minoritários teriam sido protegidos pela decisão do Supremo; qual seria o risco efetivo para o regime democrático se a autonomia dos partidos para fazer coligações valesse já nas eleições de 2006; qual o sentido da limitação do poder político por uma constituição escrita se o único dos poderes estatais não legitimado pelo voto, pode tomar decisões fundadas na suposição de cláusulas implícitas ou em princípios, sem se sujeitar a qualquer tipo de *accountability*.

A ADI 3.685/DF foi julgada procedente e apesar de vários ministros terem produzidos votos extensos, com muitas citações doutrinárias, as mencionadas dificuldades não chegaram a ser problematizadas com dados ou informações concretas que indicassem a violação aos direitos fundamentais dos eleitores em função do fim da verticalização das coligações, tal co-

mo previa a emenda²³, cuja vigência foi diferida para as eleições seguintes.

Por outro lado, deu-se como certa nas manifestações dos ministros a suposição de que o Congresso agira com parcialidade e oportunismo casuístico, com a finalidade de manipular as regras do direito eleitoral, "destruindo a Constituição" em detrimento da lisura das eleições e da força normativa²⁴ do preceito constitucional da segurança jurídica destinada ao eleitor.

Para além da discussão sobre a necessidade da reforma política e a crise do sistema partidário no Brasil, este trabalho busca chamar a atenção para o fato de que a complexidade intrínseca às relações entre política e direito não se esgotam com a previsão constitucional de papéis estanques no legislativo e no judiciário, e muito menos se deixam resumir numa única ou última palavra.

Numa perspectiva como essa, não colabora com as relações institucionais entre STF e Congresso a insistência discursiva de qualquer deles em se autoafirmar como o foro da derradeira palavra em questões constitucionais, persistir no uso do léxico "última palavra" mostra apenas uma incompreensão primeira: a de não perceber os conceitos de constitucionalismo e democracia como paradoxos auto-implicados e mutuamente influentes.

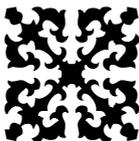
Logo, esse tipo de postura autoritária de fechamento ao diálogo mais se ajusta aos diversos decisionismos do que com comprometidas respostas para problemas concretos, contribuindo, todavia, para a difusão de uma visão negativa da política.

Uma metáfora poética bachelardiana, entretanto, pode sintetizar melhor a relevância de manter sob a consciência do

²³ Nos debates, o ministro Sepúlveda Pertence, vencido, lembrou que a emenda apenas constitucionalizou a disposição do art. 6º, da Lei nº 9.504/97 (lei das eleições), o que poderia significar uma reação do poder de reforma a um entendimento jurisprudencial. STF. ADI nº 3.685/DF, DJ 10.08.2006.

²⁴ Nesse sentido é peculiar o voto do ministro Celso de Mello. STF. ADI nº 3.685/DF, DJ 10.08.2006.

jugador a necessidade de visitar, com frequência, os porões da aporia sobre a qual ele exerce o seu poder, evitando que este assuma um caráter totalizante, focado no próprio isolamento posicional, quando o ambiente ao redor proporciona inúmeras outras variáveis, pois "*viver apenas num andar é viver bloqueado. Uma casa sem sótão é uma casa onde se sublima mal; uma casa sem porão é uma morada sem arquétipos.*" (BACHELARD, 2003, p. 76).



REFERÊNCIAS

- BACHELARD, Gaston (2003). *A poética do espaço*. São Paulo: Martins Fontes.
- GARGARELLA, Roberto (2006). "Em nome da constituição: o legado federalista dois séculos depois." *In*: Boron, Atílio (org). *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx*. Buenos Aires e São Paulo: CLACSO; USP, p.169-188.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James & JAY, John (2006) *The Federalist*. New York: Barnes & Noble.
- KELSEN, Hans (2003). *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes.
- MARSHALL, John, 1755-1835 (1997). *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça.
- MONTESQUIEU, Charles Louis (1993). *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes.
- SEGAL, Zeev (1997). "The Israeli Constitutional Revolution: the canadian impact in the midst of a formative period" *In*: *Constitutional Forum*. n. 8, vol.3, pp. 53-58.
- TUSHNET, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights: judicial*

review and social welfare rights in comparative constitutional law. New Jersey: Princeton University Press.

_____ (1999). "The Supreme Court 1998 Term Foreword: the new constitutional order and the chastening of constitutional aspiration" *In: Harvard Law Review*, n. 113, pp. 29-109.

VERMEULE, Adrian (2012). "Contra *Nemo Iudex in Sua Causa*: the limits of the impartiality" *In: Yale Law Journal*, n. 122, pp. 384-420.

WALDRON, Jeremy (2009). "Legislatures Judging in Their Own Cause" *In: Legsprudence*, vol. 3, issue 1, pp. 125-145.

WOLFE, Christopher (1994). *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks.

JULGADOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI nº 3.345, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 20.08.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da RE nº 197.917, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 07.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI nº 3.685/DF, rel(a). Min(a). Ellen Gracie, *DJ* 10.08.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI nº 2.626/DF, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 05.03.2004.