

SUPREMACIA OU DIÁLOGOS JUDICIAIS? O DESENVOLVIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL VERDADEIRAMENTE DEMOCRÁTICA A PARTIR DA LEITURA INSTITUCIONAL

Luis Cláudio Martins de Araújo[†]

Resumo: É notável a atuação expansiva do Poder Judiciário no cenário institucional mundial, protagonizado pelo modelo de constitucionalismo norte-americano. No entanto, nos procedimentos travados nas sociedades democráticas, a legitimidade das decisões judiciais deve operar a partir da construção de um processo deliberativo para a viabilidade do diálogo entre instituições. Dentro desta perspectiva, a Teoria das Instituições se apresenta como uma opção para apontar como, em um Estado Democrático de Direito, deve-se realizar a atividade institucional do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, seja na relação sistêmica dialógica entre instituições. Neste diapasão, propõe-se analisar a jurisdição constitucional e a supremacia judicial por meio de mecanismos institucionais que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

[†] Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-graduado em International Environmental Law pelas Nações Unidas (United Nations Institute for Training and Research-UNITAR) com extensão em International Law pela Hague Academy of International Law e pela Inter-American Juridical Committee/Organization of American States (IAJC/OAS). Visiting Researcher pela Fordham University School of Law. Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Professor Assistente da Graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). É membro da Advocacia-Geral da União (Advogado da União).

DIALOGUES OR JUDICIAL SUPREMACY? THE DEVELOPMENT OF A REAL DEMOCRATIC JUDICIAL REVIEW FROM THE INSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Abstract: It is remarkable the activist posture of the Judiciary Branch setting worldwide, especially by the outcome of the American constitutionalism. However, in the procedures stared in democratic societies, it is necessary to understand that the legitimacy of a judicial decision must operate from a deliberative perspective for the viability of the dialogue among institutions. In this perspective, the institutional theory is a strong alternative to point out, from the legal-political standpoint, how should be performed the institutional activity in a democratic State, in the performance of its duties and competencies or in a systemic-dialogical relation between institutions. Thus, the goal of this article is the study of the judicial review and the Judicial Supremacy from a institutional-dialogical perspective, taking into consideration some mechanisms developed in recent years, which brought juridical strength and institutional stability to the Brazilian legal system.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Supremacia Judicial. Teoria Institucional. Capacidades Constitucionais. Efeitos Sistêmicos. Diálogos-Democráticos.

Keywords: Judicial Review. Judicial Supremacy. Institutional Theory. Constitutional Capacities. System Effect. Democratic-Dialogue.

Sumário: 1. A expansão do *judicial review* e a supremacia judicial; 2. A Teoria Institucional e os Diálogos Institucionais; 3. Os Efeitos Sistêmicos e as Capacidades Institucionais; 4. Conclusão.

INTRODUÇÃO



debate sobre as Teorias Institucionais tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-político norte-americana e, mais recentemente, brasileira. Este debate, pautado, sobretudo, na Teoria Dialógica Institucional, parte da premissa que as instituições devem ser investigadas em suas atividades e situações estruturais. Neste sentido, deve-se partir da premissa de que, no âmbito das atividades institucionais, as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, problematizando o tradicional comportamento isolacionista das instituições brasileiras, dentro do parâmetro central de cooperação entre as instituições em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade, através da produção dos efeitos sistêmicos. Ou seja, a partir da preocupação doutrinária exposta principalmente por parte dos teóricos norte-americanos, iniciada na última década, dedica-se ao tema das instituições, num plano jurídico-político e a necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional. Neste sentido, a partir desta leitura, devem ser encontrados parâmetros que compreendam mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre os Poderes instituídos e as demais instituições, pela via sistêmico-dialógica, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes, a partir da conciliação das instituições, em uma comunidade cooperativa jurídico-política, responsáveis pela atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais. Assim, o comportamento das instituições deverá ser analisado, tendo em conta critérios de interpretação, decisão, atuação e cooperação, no que tange suas capacidades deliberativas e dialógicas, recorrendo aos fundamentos dos valores constitucionais e da razão pública. Em um plano mais específico, também será estudado

se tais mecanismos configuram um crescimento para o diálogo entre instituições, apto a produzir efeitos sistêmicos positivos na ordem jurídica, verificando a existência ou não de uniformidade na capacidade de interpretação do texto constitucional e de uniformidade nos procedimentos decisórios.

1. A EXPANSÃO DO *JUDICIAL REVIEW* E A SUPREMACIA JUDICIAL

Ao se analisar a história recente do constitucionalismo moderno¹, observa-se que, por um longo período de tempo, na

¹ Segundo CANOTILHO, 2001: “O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno, tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimento constitucionais do que de vários constitucionalismos, porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indisponível à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Numa outra acepção - histórico-descritiva - fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico, os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários, alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo - desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

(...)

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna. Por constituição moderna, entende-se a ordenação sistemática e racional

da comunidade política através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. Este conceito de constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental, a ponto de se ter já chamado ‘conceito ocidental de constituição’ (Rogério Soares). Trata-se, porém, de um conceito ideal que não corresponde sequer - como a seguir se demonstrará - a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo. Assim, um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de ‘ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito’. Para ele a constituição - *The English Constitution* - será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos ‘ingleses’ e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a qualquer americano) não repugnar a ideia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com ‘freios’ e ‘contrapesos’ feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projetante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *citoyen* revolucionário ou de um ‘vintista exaltado’ português a constituição teria de transportar necessariamente um *momento de ruptura* e um *momento construtivista*. Momento de ruptura com a ordem histórica natural das coisas, que outra coisa não era senão os *privilèges* do *ancien regime*. Momento construtivista porque a constituição, feita por um novo poder - o poder constituinte -, teria de definir os esquemas ou projetos de ordenação de uma ordem racionalmente construída.

As considerações anteriores justificarão, ainda hoje, a indispensabilidade de um conceito histórico de Constituição. Por constituição em sentido histórico, entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social. Este conceito - utilizado sobretudo por historiadores - serve também para nos pôr de sobreaviso relativamente a interpretações retroativas de organizações políticas e sociais de outras épocas em que vigoravam instituições, regras, princípios e categorias jurídico-políticas radicalmente diferentes dos conceitos e das categorias da modernidade política. Mas não só isto: entre o ‘constitucionalismo antigo’ e o ‘constitucionalismo moderno’ vão-se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenómeno da modernidade constitucional. Mencionemos apenas alguns exemplos. É difícil compreender a ideia moderna de contrato social sem conhecermos o filão da politologia humanista neorristotélica centrado na ideia de bem comum. A progressiva aceitação de ‘pactos de domínio’ entre governantes e governados como forma de limitação do poder, ganha força política através da crença religiosa do calvinismo numa comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo. A ideia moderna de ‘República’ terá de associar-se à categoria de *res publica mista*, com separação da *majestas realis* e da *majestas persona-*

maior parte do mundo, as constituições eram vistas como meras proclamações políticas desprovidas de normatividade, cabendo ao Poder Legislativo legitimamente eleito, a edição de normas jurídicas imperativas que eram imunes à jurisdição constitucional². Esta visão, hegemônica principalmente na Europa, via a Constituição, com exceção das normas de organização dos poderes, como mera proclamação política despida de força jurídica³.

Neste quadro, a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolvia essencialmente em um plano infraconstitucional, cabendo às Constituições a mera função de definir a estrutura de governo, visto que o aspecto material da Constituição restaria integralmente sujeito à liberdade de con-

lis, que informou o modelo constitucional da Paz de Westfália. Quem quiser uma compreensão de algumas ‘palavras viajantes’ da modernidade política, como soberania, poder, unidade do Estado e lei não poderá ignorar o relevantíssimo papel de autores como Bodin e da sua obra *Les Six Livres de la Republique* (1576) ou Hobbes e o seu famoso livro *The Leviathan* (1651). Mesmo os *maitre-penseurs* do constitucionalismo moderno - Locke, Montesquieu e Rousseau - transportam, nalguns casos, ‘modos de pensar’ antigos e só compreenderemos as suas propostas no contexto do saber e das ‘estratégias do saber’ das escolas jurídicas seiscentistas e setecentistas - *jusnaturalismo*, *jusnacionalismo*, *individualismo* e *contratualismo* - e dos seus respectivos mestres (Francisco de Vitoria e Francisco Suarez, para o *jusnaturalismo* peninsular, Grócio, para o *jusnaturalismo* individualista, Hobbes para a teoria dos direitos subjetivos). Esta advertência serve também para salientar que o ‘conceito liberal de constituição’ agitado a partir dos séculos XVII e XVIII, pressupõe uma profunda transmutação semântica de alguns dos conceitos estruturantes da teoria clássica das formas de estado (doutrina aristotélica das formas de estado). É o caso, precisamente, do conceito grego de *politeia* que só nos fins do século XVIII e no século XIX, passou a entender-se como ‘constituição’ (*constitutio*) enquanto anteriormente ela era traduzida através de conceitos como ‘*policie*’, ‘*government*’ e ‘*Commonwealth*’ (também como ‘*commonwealth or government*’ ou ‘*policy or government*’). Por sua vez, *governo* (‘*government*’) significava a organização e exercício do poder político, de modo algum se identificando com o poder executivo, como veio a suceder nas doutrinas modernas da divisão de poderes.”

² Utilizaremos para os fins da presente dissertação as expressões jurisdição constitucional, *judicial review*, revisão judicial e controle de constitucionalidade como sinônimos.

³ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4, p. 9, 2006.

figuração do legislador, no que a Supremacia do Parlamento não admitia a possibilidade de um controle externo do legislador soberano, reduzindo a função judicial à condição de mero aplicador da lei, incompatível com o modelo do *judicial review*⁴.

Tal concepção essencialmente eurocêntrica, contudo, vem a sofrer uma mudança radical a partir do século XIX, com a introdução pelos Estados Unidos da América da ideia que as decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, podem ser submetidas à jurisdição constitucional⁵, iniciado com o julgamento de *Marbury v. Madison*⁶ em 1803 pela Suprema Corte norte-americana⁷.

Em *Marbury v. Madison*⁸, John Marshall que era o *Chief*

⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁵ É bem verdade que, é possível encontrar em instituições pré-modernas, antepassados da jurisdição constitucional. Na Grécia, era possível invalidar decretos de agentes designados pelas assembleias para conduzirem a administração. O procedimento dessa invalidação era chamado de *graphe paranomon*, e ocorria quando os agentes designados estabeleciam decretos que violavam as regras superiores elaboradas pelas assembleias. Talvez, este tenha sido o antecedente mais antigo da jurisdição constitucional. Na Inglaterra do século XVII pré-parlamentarista, se desenvolveu o início da jurisdição através da *common law*, como no *Bonham case* de 1610, em que uma lei que dava à corporação de ofício dos médicos a possibilidade de impor multas, julgá-las e ficar com a receita da multa caso correta sua aplicação, foi considerada violadora da *common law*, tendo em vista a imparcialidade no julgamento das multas, já que a instituição que julgava era beneficiada por um dos resultados.

⁶ Há, contudo, na jurisprudência norte-americana, decisões anteriores à *Marbury v. Madison*, nas quais cortes Estaduais declararam a constitucionalidade das leis. Da mesma forma, a Suprema Corte norte-americana, em algumas oportunidades, apesar de ter declarado a constitucionalidade da norma, sugeriu a possibilidade de invalidá-la.

⁷ O artigo III da Constituição norte-americana afirma que o "poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte, e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer."

⁸ É interessante esclarecer o panorama histórico e político envolvendo *Marbury v. Madison*, e, o simbolismo em torno do caso. Os Estados Unidos da América conquistaram sua independência em 1776, e, em 1787, a Constituição norte-americana foi aprovada durante a Convenção Constitucional da Filadélfia. À época, as instabilidades políticas eram múltiplas, com a tensão com a Inglaterra, e, as disputas inter-

of Justice, manejou o raciocínio, inovador à época, de que no conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior⁹, e neste sentido, Marshall origina o debate moderno

nas de poder entre federalistas e democrata-republicanos. Nas eleições de 1800, os democrata-republicanos obtiveram maioria nas duas casas do poder legislativo, e, Thomas Jefferson, um dos criadores do partido democrata-republicano, conseguiu derrotar o candidato do então presidente John Adams, Aaron Burr, na disputa pela presidência da República. Adams, ciente da derrota, e, de forma a se resguardar, tratou de aparelhar politicamente o Poder Judiciário. Assim, inicialmente, aprovou o *Judiciary act* em janeiro de 1801, criando dezoito cargos judiciais, com a suposta pretensão de consolidar o Poder Judiciário no país e desvincular os juízes da Suprema Corte da atuação simultânea como *circuit justices*. Em fevereiro do mesmo ano, e a menos de 15 dias do término de seu mandato, Adams aprovou o *The organic act of District of Columbia*, uma lei de organização por meio da qual foram criados quarenta e dois cargos de juiz de paz, que foram preenchidos por meio de um procedimento relâmpago. Por fim, Adams nomeou seu então Secretário de Estado, John Marshall, à presidência da Suprema Corte norte-americana. A estes futuros agentes públicos, os democrata-republicanos denominaram *midnight judges*, associando a nomeação dos mesmos aos momentos finais do governo de Adams. De toda sorte, com a nova composição do Congresso, de maioria democrata-republicana, o *Judiciary act* foi revogado pelo *Repeal Act* de 1802, levando à extinção dos cargos de *circuit judge* e à retirada dos respectivos juízes de seus postos. Não tardou para que os conflitos de interesses se judicializassem. Joseph Reed, *circuit judge* prejudicado pela revogação do *Judiciary act*, pediu a manutenção do pagamento de sua remuneração. Stuart, outro *circuit judge* prejudicado, requereu que a revogação do *Judiciary act* fosse declarada inválida pela Suprema Corte, com a retomada do cargo de *circuit judge*. Por fim, e certamente não menos importante, William Marbury impetrou *writ of madamus*, reuendo que lhe fosse dado a posse no cargo de juiz de paz, visto que, apesar de já nomeado com base no *The organic act of District of Columbia*, o Secretário de Estado do presidente Jefferson, John Marshall, não deu a Marbury a investidura no cargo de juiz de paz. O caso de William Marbury foi julgado antes dos demais pela Suprema Corte, e, relatado pelo Presidente da Suprema Corte, o *Chief Justice* John Marshall, nomeado pelo antigo Presidente Adams. Marshall entendeu que os juízes possuíam direito à investidura, e a propositura da ação para obrigar o Estado a cumprir seu dever era o procedimento correto, mas, por outro lado, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que atribuía competência à Suprema Corte para julgar a matéria, pois, no entendimento de Marshall, as competências originárias da Suprema Corte estariam submetidas à reserva de Constituição. Assim, Marshall inaugura o *judicial review* moderno, que corresponde à viabilidade do Poder Judiciário, à luz de parâmetros constitucionais, revisar ou até mesmo anular atos emanados dos outros Poderes.

⁹ Todavia, em *Stuart v. Laird*, julgado uma semana após *Marbury v. Madison*, que envolvia o pleito de Stuart para a retomada do cargo de *circuit judge*, e cujo advoga-

sobre o papel do judiciário federal no constitucionalismo norte-americano, que posteriormente se desenvolve com o aumento lento e gradual da jurisdição constitucional no final do século XIX e início do século XX, especialmente com a ratificação das emendas da Guerra Civil (em especial a Décima Quarta Emenda), o *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e o *Judiciary Acts* de 1891 e 1925, que aumentam a atuação da Suprema Corte sobre casos constitucionais^{10,11}.

O que se observa, portanto, é que a instituição moderna de *judicial review*, que se estabelece no início do século XIX e se alarga no final do século XIX e início do século XX, não era uma preocupação existente na *founding generation* do final do século XVIII, na medida em que os pais fundadores estavam mais atentos ao estabelecimento da independência judicial¹² e ao esquema de separação de poderes - com poderes compartilhados e freios e contrapesos - e não com a ideia de revisão constitucional (como se observa, por exemplo, do famoso ensaio de Alexander Hamilton sobre o poder judicial em O Federalista nº 78 em que se está claramente discutindo a independência judicial, não o *judicial review* no sentido moderno¹³).

do, Charles Lee, foi o mesmo que atuou em *Marbury*, a posição da Suprema Corte norte-americana foi exatamente no sentido oposto. A tese da Suprema Corte, capitaneada pelo Justice William Paterson, foi a de que o Congresso tinha autoridade sob a Constituição tanto para estabelecer, como abolir, os *circuit courts*. Cabe adicionar que John Marshall declarou-se impedido de julgar o caso *Stuart v. Laird*, alegando ter funcionado como *circuit judge* no juízo *a quo*.

¹⁰ GRIFFIN, Stephen. *American constitutionalism: from the theory to the politics*. Princeton University Press, 1999.

¹¹ Na verdade, antes de 1860, apenas duas leis federais foram consideradas inconstitucionais, juntamente com trinta e cinco disposições de leis estaduais e locais. Após 1860, o ritmo em que as leis estaduais e locais foram consideradas inconstitucionais, aumentou consideravelmente, e a invalidação de leis federais tornou-se comum.

¹² A independência do Judiciário foi afirmada em diversos momentos na história norte-americana, como no caso do *impeachment* de Samuel Chase, juiz da Suprema Corte, em que o Senado rejeitou o impedimento, assentando a noção de que o *impeachment* de juízes somente se afiguraria cabível diante de crimes grave e infrações disciplinares.

¹³ Segundo Hamilton, os tribunais estariam em uma boa posição para fazer cumprir a

Assim, na verdade, pode-se estatuir que o *judicial review* contemporâneo nos Estados Unidos da América, aponta mais como uma criação do Estado moderno, do que uma ideia aceita do final do século XVIII, ou dito de outra forma, a versão moderna do *judicial review*, não deve ser vista como uma concepção socialmente assente na *founding generation*, mas sim como uma instituição complexa, que inclui importantes concessões que se fizeram depois da Guerra Civil e de uma série de entendimentos construídos ao longo dos séculos XIX e XX entre os Poderes¹⁴.

De toda sorte, ao longo do século XX, passa também a Suprema Corte norte-americana, a iniciar o debate moderno sobre a questão da Supremacia do Poder Judiciário^{15,16}, como

vontade do povo como "um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, entre outras coisas, manter o Legislativo dentro dos limites atribuídos à sua autoridade."

¹⁴ Christopher Wolfe. *The rise of modern judicial review: From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, divide o *judicial review* norte-americano em três fases distintas, a depender do tipo de atuação: *Traditional Era*, *Transitional Era* e *Modern Era*. A *Traditional Era*, se daria entre o ato de fundação (1787) e o final do século XIX. Este período seria de menor polêmica, visto que traduz-se numa atuação da Suprema Corte pautada em juízos de conformidade ou compatibilidade da lei em face da Constituição. Já na *Transitional Era*, a característica mais acentuada consistiria na influência da doutrina filosófica do liberalismo econômico, protegendo o ideário do capitalismo *laissez-faire* em suas decisões. O marco inicial deu-se com o caso *Lochner v. New York* em 1905, o qual simbolizou o forte apreço destinado à preservação das matérias de política econômica, em detrimento de questões atreladas aos direitos sociais. Foi justamente nesta etapa, que se abriu espaço para que a corte tivesse liberdade de invalidar leis que considerasse intrusiva na política econômica do Estado. A *Modern Era* se iniciaria após a crise do *Court-Packing plan* de 1937, com a jurisdição constitucional voltada para garantia das liberdades civis.

¹⁵ Para uma análise mais desenvolvida sobre quatro possíveis modelos de supremacia judicial, Cf. GRIFFIN, 1999.

¹⁶ Segundo Brandão, 2012, a ideia de supremacia judicial se não se confunde com a concepção de monopólio judicial. O monopólio judicial afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário. Já a supremacia judicial, admite que outros Poderes interpretem a Constituição, ressaltando, porém, que a exegese judicial é a final. Em outras palavras, o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional, enquanto a supremacia judicial admite que o Poder Legislativo tenha a

se observa em *Cooper v. Aaron* de 1958¹⁷ e em *City of Borne v. Flores* de 1997¹⁸ ao se afirmar que o Judiciário federal é su-

primeira palavra, conferindo, porém, ao Poder Judiciário a última. Ainda segundo Rodrigo Brandão, cumpre distinguir a acepção formal ou material que a supremacia judicial pode assumir. Formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, via de regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de os atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar a interpretação judicial.

¹⁷ No caso, se discutia a constitucionalidade da decisão de *Little Rock*, no Arkansas, de suspender por dois anos e meio um programa de extinção da segregação racial, diante dos tumultos gerados após a tentativa de a primeira criança afro-americana ter aulas. Na ocasião, a Suprema Corte afirmou que os direitos constitucionais do réu não poderiam ser sacrificados pela violência e desordem que se seguiu às ações do governo estadual e do legislador, e, assim, desproveu o recurso da escola. É interessante notar, que a decisão tomada em *Cooper v. Aaron* é de 1958, e, portanto, posterior à decisão da Suprema Corte norte-americana em *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954. Em *Brown* - que *overturned Plessy v. Ferguson* de 1896 - a Suprema Corte deu à décima quarta emenda, interpretação no sentido de que leis estaduais que estabelecessem a segregação entre brancos e negros nas escolas públicas, seriam inconstitucionais. Assim, quanto ao argumento levantado em *Cooper v. Aaron*, de que o governo estadual não estaria vinculado à decisão proferida em *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte norte-americana afirmou que desde *Marbury v. Madison*, em 1803, se declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição da Constituição, e que tal princípio desde então tem sido respeitado pelas cortes e pelo país, como uma característica permanente e indispensável do sistema constitucional, e, portanto, a decisão em *Brown* é a lei suprema do país e a decisão vinculante para os estados.

¹⁸ No caso *City of Borne v. Flores*, se apreciou a validade de lei que visava afastar o precedente fixado em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* de 1990. Em *Smith*, a Suprema Corte reformara decisão da Justiça do Estado de Oregon, que concedera benefícios de desemprego a funcionários que foram demitidos por usarem peiote em cerimônias religiosas, sob o argumento de que a lei vedara o uso dessa substância. Na ocasião foi acolhido, por maioria, o voto do conservador *Justice Scalia*, cujo argumento principal era de que a liberdade religiosa não exonera os indivíduos do cumprimento de normas contidas em leis gerais e neutras, sob pena de condicionar-se a obrigatoriedade de leis gerais à sua conformidade com as convicções religiosas dos seus destinatários, o que conduziria à verdadeira anarquia, especialmente em uma nação plural como os Estados Unidos. Como consequência, foi aprovado o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), lei federal que expressamente reverteu a decisão proferida pela Suprema Corte em *Smith*. Essa seguida em *City of Boerne v. Flores* a Suprema Corte entendeu que o

premo na exposição da Constituição.

Também neste mesmo período, se firmam inúmeros precedentes extremamente relevantes para o futuro desenvolvimento do *judicial review*, como a questão do papel do tribunal no sistema político, como se observa na crise do *Court-Packing* de 1937¹⁹ e a discussão do papel legítimo que o tribunal poderia desempenhar para defender o *Bill of Rights* contra incursões majoritárias²⁰, como se observa do raciocínio que emerge claramente da famosa nota de rodapé quatro em *United States v. Carolene Products Co.* de 1938²¹.

Portanto, a partir do estabelecimento da premissa de controle de constitucionalidade das leis e atos emanados pelos outros Poderes, a Suprema Corte norte-americana construiu, principalmente ao longo do final do século XIX e da primeira quadra do século XX, a autoridade para ditar o sentido último da Constituição.

De toda sorte, apesar do desenvolvimento proeminente

RFRA seria inconstitucional, pois representaria tentativa do Congresso Nacional de corrigir a interpretação da Suprema Corte sobre a liberdade religiosa. Caso se admitisse que o Congresso quebrasse o monopólio da corte na identificação dos direitos fundamentais, deveria igualmente reconhecer que a Constituição deixara de ser a norma suprema.

¹⁹ Em 1935-36, a Suprema Corte norte-americana decidiu oito casos importantes contra o *New Deal*, e assim provocou a crise do *Court-Packing* de 1937, em que Roosevelt tentou forçar a nomeação de novos juízes para o tribunal. O plano de Roosevelt foi derrotado, mas ele logo foi capaz de colocar um número de adeptos do *New Deal* no tribunal. Na verdade, mesmo antes de Roosevelt assegurar estas nomeações, o tribunal já havia mudado de direção e começou a considerar a legislação do *New Deal* constitucional em bases regulares. Contudo, a crise do *Court-Packing* foi importante para o desenvolvimento da teoria constitucional norte-americana, ao fixar a posição da Suprema Corte sobre o debate político.

²⁰ Nesse sentido, podemos compendiar, dentre outros inúmeros casos, os seguintes exemplos: o direito à não-auto-incriminação em *Miranda v. Arizona* de 1966; a liberdade de imprensa em *New York Times v. Sullivan* de 1964; a ilegitimidade da segregação racial nas escolas em *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954.

²¹ Essencialmente, o tribunal declarou que deve fazer cumprir rigorosamente a Constituição, quando a legislação em causa: (1) violar um direito específico identificado no texto da Constituição; (2) excluir os cidadãos do processo político; ou (3) for resultado de preconceito contra minorias.

da Jurisdição Constitucional em solo norte-americano, a mesma tendência não é seguida no restante do mundo, em especial na Europa. No Continente Europeu, o caminho percorrido pela Jurisdição Constitucional toma um rumo um pouco diverso, podendo-se afirmar que até início do século XX o positivismo formalista afastava qualquer viabilidade de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, uma vez que todo o Direito estaria compreendido no sistema composto pelas normas ditadas pelo Poder Legislativo e o papel do intérprete judicial se resumiria a fazer com que a vontade legislativa incidisse nos casos concretos, sendo o Poder Judiciário mero aplicador autômato de comandos ditados pelo Legislativo²².

Tal concepção, contudo, entra em crise no começo do século XX^{23,24}, e a ideia da jurisdição constitucional se desenvol-

²² A concepção generalizada com as Revoluções Liberais na Europa no século XVIII, era a de que as ameaças vinham do *ancien régime*, do monarca e da Igreja. Ao contrário, o Legislativo, recém-dotado de legitimidade democrática, era visto como um garantidor das liberdades fundamentais burguesas.

²³ É bem verdade, contudo, que houve experiências anteriores ao início do século XX, de controle de constitucionalidade na Europa, como a Constituição Suíça de 1874, que previa expressamente em seu artigo 118, n. 2, uma espécie de controle incidental e concentrado de constitucionalidade.

²⁴ Com a queda das monarquias na Europa após o fim da Primeira Grande Guerra, inicia-se e afirma-se a concepção democrática. Também nesse período é editada a Constituição austríaca de 1920, fortemente influenciada por Hans Kelsen, representando o marco fundamental para a implantação do controle de constitucionalidade na Europa. Entretanto, conforme aponta Rodrigo Brandão “apesar da presença de condição essencial para o florescimento da jurisdição constitucional, o que efetivamente se verificou na Europa no período entre guerras foi o avanço de movimentos antiliberais (...) pois as ortodoxias do liberalismo econômico - em uma época em que o capitalismo já se caracterizava pela grande concentração do capital - não se mostravam aptas a resolver os graves problemas sociais e econômicos do período (desemprego em massa, superprodução, inflação, estagnação econômica etc.). A crescente direção da economia pelo Estado - sufragada pelo influentíssimo magistério de John Maynard Keynes - gerou uma profunda alteração institucional mesmo nos países imunes ao avanço do fascismo (ex. Estados Unidos da América, Inglaterra e França), pois os Parlamentos perderam espaço para o Executivo no exercício dessa nova função estatal. Com efeito, o Legislativo não se mostrava apto a prover as respostas céleres, técnicas e casuísticas que os referidos problemas econômicos demandavam. (...) Com efeito, nas décadas de 1920 e 1930 o liberalismo político

ve na Europa com o término da Segunda Guerra Mundial²⁵, e, se aprofunda no fim do século XX²⁶ e início de século XXI, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário²⁷ e sua proteção passava a caber ao Poder Judiciário^{28,29,30}.

vivenciou a sua maior crise, pois a combinação entre a ineficiência da doutrina do *laissez-faire* e das instituições liberais para debelar a crise econômica, a massa de desempregados, a ameaça comunista etc., formou um cenário propício para o triunfo da direita antiliberal na Europa”.

²⁵ É o que se observa na Alemanha e Itália, que instituíram Cortes Constitucionais no pós-Segunda Guerra.

²⁶ Portugal e Espanha - após suas respectivas revoluções - e os países do leste Europeu e as ex-repúblicas Soviéticas - com a queda de seus regimes - criaram suas Cortes Constitucionais.

²⁷ A Europa, a partir da segunda metade do século XX, passa a temer também as instituições democraticamente eleitas e os processos políticos majoritários, visto que os movimentos antiliberais que tiveram lugar no entre-Guerras se desenvolveram democraticamente.

²⁸ Holanda e Luxemburgo, são os únicos países europeus que hoje ainda mantêm o padrão de supremacia do Parlamento e não adotam nenhuma modalidade do *judicial review*.

²⁹ Na Grã-Bretanha, a partir das mudanças do *Human Rights Act* de 1998 e da *Constitutional Reform Act* de 2005, não se pode falar mais em supremacia do parlamento, com total exclusão de um sistema de controle de constitucionalidade. O *Human Rights Act* foi editado pelo Parlamento inglês, visando à incorporação das disposições presentes na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950. O texto legal prevê que o Poder Judiciário inglês deve interpretar as leis, editadas anterior ou posteriormente à edição do *Human Rights Act*, em conformidade com as suas normas, entretanto, não pode o juiz inglês declarar a revogação de uma norma por entender que há desconformidade com o *Human Rights Act*. Assim, ao analisar um caso, o juiz pode apenas declarar que a norma do *common law* não está em conformidade com o previsto no *Human Rights Act*, ou seja, com o determinado pela Convenção Europeia de Direitos do Homem, devendo, entretanto, ao aplicar a lei inglesa, comunicar ao Ministro competente a respeito da incompatibilidade existente. Ademais, o *Human Rights Act* prevê, diante do conflito de normas do *common law* e o texto da Convenção, a possibilidade da declaração de compatibilidade junto ao Parlamento, que deve ser utilizado durante o processo legislativo, ficando o parlamentar, responsável por realizar uma declaração de compatibilidade, assegurando que o regramento apresentado está em conformidade com as previsões do *Human Rights Act*. Assim, a atuação do Parlamento inglês após o *Human Rights Act*, vem sendo constantemente analisada, a partir da possibilidade de seus atos estarem

Da mesma forma, em um período mais recente, principalmente na segunda quadra do Século XX e no início do Século XXI, a participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes constituídos, inaugura na Europa a ideia da Supremacia do Judiciário. Ademais, com a virada kantiana e o retorno da ética normativa³¹, a interpretação jurídica se aproxima da argumentação moral³², na tentativa de promover uma ordem justa e democrática,

ou não sendo praticados de maneira a proteger os direitos fundamentais. Já o *Constitutional Reform Act*, trata de regulamentar a relação entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Parlamento, buscando a independência do Poder Judiciário através de diversos mecanismos, dentre eles a criação de uma Corte Constitucional. Neste sentido, as funções do *Lord Chancellor* de proteção da Constituição inglesa e da independência do Judiciário, passam com o *Constitutional Reform Act* de 2005 à Suprema Corte. A Suprema Corte, em princípio, também passa a ter a jurisdição que anteriormente pertencia à *Appellate Committee of the House of Lords* e parte do papel jurisdicional do *Judicial Committee of the Privy Council*.

³⁰ Na França, a Constituição da Quinta República de 1958, da mesma forma, não previu, como na maioria das constituições europeias, o controle judicial de constitucionalidade, tendo optado pelo controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional. Todavia, alguns avanços vêm ocorrendo no controle de constitucionalidade francês, a começar pela decisão 71-44 DC, de 16.07.71, que reconheceu que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e, no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força da referência constante do preâmbulo da Carta de 1958, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Ademais, a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliou a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional, permitindo que o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes era atribuído apenas ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, ao Presidente da Assembleia Nacional e ao Presidente do Senado, se estendesse, também, a sessenta Deputados ou a sessenta Senadores, tornando o Conselho Constitucional um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Para um aprofundamento quanto ao tema vide: BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: _____. *Temas de direito constitucional*. t. IV, 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³¹ MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 1, p. 89-105, 2008.

³² MOREIRA, E. R. Argumentação jurídica e discurso constitucional. *Revista Brasi-*

focada no desenvolvimento de modelos de interpretação que busquem retomar certos paradigmas filosóficos que haviam sido afastados pelo positivismo jurídico³³. Percebe-se então, desta forma, uma forte tendência de se positivar direitos fundamentais nas Constituições nacionais e de se criar Cortes Constitucionais³⁴ com a função principal de monitorar violações a direitos fundamentais, com a aplicação do texto constitucional em todas as suas potencialidades e a ascensão do Judiciário ao papel de protagonista diante dos demais Poderes constituídos³⁵.

leira de Estudos Constitucionais, v. 11, p. 137-167, 2009.

³³ Desta maneira, o direito passou por novas concepções e é possível observar algumas contribuições deste movimento, como: o surgimento de novas teorias interpretativas, como a teoria da leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; o surgimento de teorias argumentativas e teorias do discurso, como a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a teoria do constitucionalismo discursivo, também de Alexy; e o surgimento de uma nova teoria hermenêutica, com postulados próprios e técnicas como a ponderação de interesses, a interpretação conforme à Constituição e a filtragem constitucional. Acredita-se que todas estas mudanças, em suma, levam a um resultado comum: o surgimento de uma nova teoria da norma jurídica na teoria constitucional e pode-se afirmar que esta é o resultado de todas as mudanças que se promoveram durante este curso da segunda metade do século XX para a primeira década do século XXI. Para maiores detalhes acerca da teoria constitucional contemporânea, BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. *Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo*. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, p. 288-309, 2011.

³⁴ Este modelo, se deve em grande parte à configuração desenhada por Hans Kelsen de jurisdição constitucional. Segundo Kelsen, o controle de constitucionalidade, seria competência de um Tribunal Constitucional, que através da jurisdição concentrada poderia invalidar uma norma. Ademais, a decisão do Tribunal Constitucional possuiria natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos. O Tribunal Constitucional, também atuaria como um legislador negativo enquanto vinculado à Constituição, visto que a atuação como legislador positivo estaria a cargo do Poder Legislativo. Na concepção kelseniana, com a criação de um Tribunal Constitucional, estaria se garantindo a força normativa da Constituição, contudo, as questões políticas permaneceriam com o Poder Legislativo. Todavia, para Kelsen, o ato de decisão judicial não é apenas de aplicação do Direito, visto que a norma jurídica constitui uma espécie de moldura, onde são possíveis diversos conteúdos, de acordo com a diversidade das interpretações possíveis, cabendo ao juiz preencher essa moldura.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva,

No caso brasileiro, o *judicial review* é inserido formalmente no final do século XIX - em grande parte devido às ideias de Rui Barbosa, influenciado pelo modelo incidental de controle de constitucionalidade de matriz norte-americano - pela Constituição de 1891^{36,37} e se desenvolve ao longo das demais cartas constitucionais³⁸, especialmente com a Constituição de

2009.

³⁶ A primeira Constituição Brasileira de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, que dissolvera a Assembleia Constituinte em 1823 por não concordar com o projeto elaborado por Antônio Carlos de Andrada, não cuidava do *judicial review*. Na verdade, a Constituição revelava uma solução de compromisso entre elementos conservadores e liberais. Havia por um lado a atribuição ao Imperador do Poder Moderador e a garantia da sua irresponsabilidade, contudo, por outro lado, a Constituição tratou de regular a separação entre os poderes e um catálogo de direitos civis e políticos. Por força principalmente do Poder Moderador, se mostrou completamente impensável, naquele momento, o exercício da jurisdição constitucional, cabendo ao Poder Judiciário, no seu mais alto escalão, apenas o papel de pacificar a interpretação da lei e de uniformizar a jurisprudência dos tribunais superiores.

³⁷ Em 1891, com nossa primeira Carta Republicana, o modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade é estabelecido no plano constitucional. Na verdade, no plano infraconstitucional, o Decreto nº 848/1890, que instituía a Justiça Federal, já havia tratado do controle difuso e incidental de constitucionalidade. A Constituição de 1891 consagrou avanços, como o federalismo e a descentralização do poder, e, uma separação de poderes menos fictícia que na Carta de 1824. Contudo, do ponto de vista político, a República Velha, caracterizada pela “política dos governadores”, segundo a qual havia generosa tolerância entre o Presidente da República e as oligarquias estaduais, inviabilizava a materialização da Constituição, que era solenemente preterida em detrimento dos interesses da elite, se tornando um documento quase inócuo em relação à tarefa que poderia desempenhar. Neste sentido, estavam ausentes as condições favoráveis ao recrudescimento do Poder Judiciário no período, até porque, como nos lembra Rodrigo Brandão “não obstante a existência de expressa previsão constitucional acerca da possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade, na década que se seguiu à Constituição de 1891, juízes que o exerceram sofreram processos criminais.”

³⁸ Se fizermos um resumidíssimo histórico do constitucionalismo brasileiro da Carta de 1891 até a Constituição de 1988, podemos afirmar que: a Constituição de 1934 manteve o sistema de controle de constitucionalidade difuso e incidental, com as novidades da votação perante o Senado Federal para atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade (regra que perdura até hoje na Constituição de 1988), e, com a introdução da Representação Interventiva. Outro aspecto positivo, foi a inserção de normas de direitos sociais, família, educação e cultura, além de uma ordem econômica e social, com esteio na Constituição de Weimar de 1919. Contudo, já em 1935 foi aprovada a Lei de Segurança

1988³⁹, onde a jurisdição constitucional se amplia e se torna a

Nacional, instituidora de um verdadeiro regime de exceção. Em 1937, mais uma Constituição, de natureza outorgada, com clara influência das Constituições polonesa de 1935 e portuguesa de 1933, representou um refluxo ao processo democrático. O Estado centralizou-se na figura do presidente da República, que poderia, por exemplo, com vistas ao bem-estar do povo e ao interesse nacional, submeter a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional, que poderia por deliberação de dois terços dos seus membros, torná-la sem efeito. Com o fechamento do Congresso Nacional, o próprio presidente Getúlio Vargas tomou a autorização para rever e afastar as decisões do Supremo Tribunal Federal por decreto-lei. O fechamento do Congresso Nacional durante o Estado Novo, também possibilitou que o Presidente alterasse unilateralmente a Constituição. Com tamanha primazia do Poder Executivo, ao Poder Judiciário restou submeter-se aos abusos e desmandos do então Presidente da República. A Constituição de 1946, com amplo rol de direitos fundamentais, devolveu aos Poderes Legislativo e Judiciário as suas competências naturais, usurpadas durante a era Vargas. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, mesmo contando com instrumentos para promover sua consolidação no cenário político nacional, se mostrou tímido e conservador, não tendo havido neste momento, expansão significativa do papel político do STF. Ressalta-se ainda que, durante a Constituição de 1946, foi promulgado o AI-1, que foi o primeiro ato normativo do governo militar. Tal norma atacou a vitaliciedade e estabilidade dos magistrados e ampliou consideravelmente os poderes do Presidente, que passou a poder, por exemplo, suspender os direitos políticos de cidadãos e cassar mandatos legislativos, sem que tais atos pudessem ser revistos judicialmente. O AI-2, nasceu para conter as demandas pela volta do regime democrático, consistentes até então em manifestação de congressistas, além do clamor social pela causa. Através desse ato, vieram mais restrições às liberdades e direitos fundamentais. Pouco tempo depois, por meio da Emenda Constitucional 16/1965, fora introduzido no ordenamento jurídico pátrio a Representação de Inconstitucionalidade, que representava, na prática, a possibilidade do controle de constitucionalidade concentrado e por via direta de leis e atos normativos federais em face da Constituição Federal, inclusive com a projeção de efeitos *erga omnes*. Infelizmente, nem mesmo a citada inovação foi capaz de propulsionar a expansão política do Poder Judiciário. No lugar disso, a representação de inconstitucionalidade configurou-se mais um instrumental à disposição do regime militar, uma vez que só poderia ser intentada pelo Procurador-Geral da República, cargo de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República. Durante a Constituição de 1967 e a Emenda 01/69 à Constituição de 1967, houve claramente novo retrocesso, especialmente após a edição do AI-5, que autorizava o Presidente a suspender direitos políticos, decretar recessos legislativos, cassar mandatos eletivos, e inviabilizar o *Habeas Corpus* em crimes contra a segurança nacional. Neste cenário, em que à Constituição era relegado um papel infinitamente inferior aos atos institucionais, não houve condições políticas e institucionais para que houvesse qualquer postura que viabilizasse o Poder Judiciário exercer, com independência, o controle da constitucionalidade.

³⁹ Com o fim do governo militar, uma nova ordem democrática se instaurou no país

mais democrática.

Na verdade, contudo, no Brasil, embora desde 1824 as Constituições tenham considerado o Judiciário como um poder autônomo, e, tenha havido alguns avanços na jurisdição constitucional desde a Carta de 1891, não se pode falar efetivamente em supremacia judicial⁴⁰ até a Constituição de 1988, visto que ao longo do final do século XIX e boa parte do século XX, cabia ao Poder Legislativo e não pelo Judiciário o papel de concretizar a Constituição⁴¹. Ou seja, pode-se afirmar que,

com a Constituição de 1988. Finalmente, alinharam-se as condições propiciadoras não só de uma tripartição equilibrada dos Poderes, mas de um Poder Judiciário efetivo, com autonomia e circunstâncias sociais e políticas favoráveis à efetivação dos direitos fundamentais básicos, enfim, uma chance de alçar o Supremo Tribunal Federal como um ator institucional de igual estatura aos demais. A Constituição de 1988, manteve o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil e trouxe inúmeras novidades relevantes para a ampliação da jurisdição constitucional, tais como: o incremento nos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, até então restrito ao Procurador-Geral da República; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (prevista originalmente no parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal - transformado em § 1º pela EC nº 3/93 - e posteriormente regulamentada pela Lei n. 9.882/1999), que permitiu ao STF o controle do direito pré-constitucional, de leis municipais, e dos atos do Poder Público em face de violações a "preceitos fundamentais"; a Ação Declaratória de Constitucionalidade (criada pela EC nº 03/1993 à Constituição de 1988), que permitiu que o STF declarasse a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com vistas a pacificar controvérsia judicial sobre a validade do respectivo ato; e os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante (inseridos mais recentemente pela EC n. 45/2004 à Constituição de 1988, que introduziu o § 3º ao artigo 102 e o artigo 103-A à Constituição Federal) com o objetivo de uniformizar a jurisprudência e propiciar maior segurança jurídica.

⁴⁰ A ADI nº 2860 de 2005, foi um dos precedentes brasileiros de afirmação da supremacia judicial na Constituição de 1988, ao dispor que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição.

⁴¹ Tradicionalmente no STF, prevalência um modelo positivista de jurisdição constitucional, no qual a apreciação judicial das questões levada à corte estava ligada à separação entre os poderes e de uma postura de autocontenção nos casos em que as suas decisões produziram efeitos aditivos ou modificativos. De suma importância para superação desta concepção, foi a edição da obra "Aplicabilidade das normas constitucionais" em 1967 por José Afonso da Silva. Influenciado pela teoria constitucional italiana do pós Segunda Grande-Guerra, José Afonso da Silva formulou a classificação das normas constitucionais em: (a) Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que já têm a aptidão de produzir todos os seus efei-

apenas com o texto constitucional de 1988, marcado pela prodigalidade de direitos e com a ampliação da jurisdição constitucional, se observa uma expansão dos papéis do Poder Judiciário⁴², associada a uma forte redefinição institucional, norteadada pelos ideais de concentração e vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, com a ocupação de vazios constitucionais anteriormente conferidos ao Poder Legislativo⁴³.

Portanto, de uma maneira geral, podemos falar, após a segunda quadra do século XX, em uma expansão global do *judicial review*^{44,45}, ou seja, embora o controle de constitucio-

tos jurídicos, não dependendo de regulamentação do legislador infraconstitucional. Ademais, tais efeitos não poderiam ser restringidos pelo legislador. (b) Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, que também reúnem todas as condições necessárias para a produção dos seus efeitos típicos, independentemente de regulamentação. Contudo, existe a possibilidade de restrição destes efeitos pelo legislador, diversamente do que ocorre com as normas de eficácia plena. (c) Normas constitucionais de eficácia limitada, que são normas que carecem de regulamentação infraconstitucional para se tornarem plenamente operativas. Tais normas são subdivididas em: (c.1) Normas de princípio institutivo, que traçam as linhas gerais de organização e estruturação de órgãos, entidades ou institutos jurídicos e (c.2) Normas de princípio programático, que definem os principais objetivos e finalidades a serem perseguidos pelos Poderes Públicos, sem especificarem o modo como estes devem ser atingidos.

⁴² Hoje, principalmente por força da concepção neoconstitucionalista, atribui-se às normas constitucionais o atributo da imperatividade, que é próprio das normas jurídicas, concedendo aos seus destinatários direitos subjetivos e ao Poder Judiciário o papel de concretizador último destes direitos. A incorporação da Teoria dos Princípios, com o reconhecimento de que os princípios constitucionais podem ser diretamente aplicados pelos juízes, também confere notáveis instrumentos de aplicabilidade da vontade constitucional pelo Poder Judiciário.

⁴³ Temos como exemplos, no Brasil, as questões: da União Homoafetiva (ADPF 154); das Pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); da Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388); da Não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130); da criação do município de Luís Eduardo Magalhães (ADI 2240); da greve dos servidores públicos (MI 670 e 712); da importação de pneus remoldados e reformados (ADPF 101); da necessidade de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista (RE 511961); da marcha da maconha (ADPF 187); e das Cotas (ADPF 186 e RE 597285).

⁴⁴ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York University, 1997.

⁴⁵ Segundo Brandão, 2012: “este processo se desenvolveu por ondas: a primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da *judi-*

nalidade tenha sido por muito tempo uma peculiaridade do regime político norte-americano, pode-se dizer que atualmente este mecanismo se ampliou e universalizou, com a maior parte dos sistemas constitucionais contemporâneos prevendo a positividade formal de algum instrumento de jurisdição constitucional⁴⁶.

Da mesma forma, neste mesmo período, observa-se um crescente processo de judicialização da política^{47,48} e das rela-

cial review of legislation no caso *Marbury v. Madison* (1803); a seguinte se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex.: Alemanha e Itália), e com o processo de independência de antigas colônias (i. e., Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina), e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (i.e., incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia).”

⁴⁶ Segundo Brandão, 2012, hoje, 158 de 191 sistemas constitucionais possuem a positividade formal de algum instrumento de jurisdição constitucional.

⁴⁷ Lembra-se que o conceito de judicialização, não se confunde o conceito de ativismo judicial. Luís Roberto Barroso em *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, atento à recorrente distorção entre os conceitos, esclarece a distinção existente: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” Segundo ainda Luís Roberto Barroso “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição à situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de Políticas Públicas.” No sentido oposto, a autocontenção judicial, representa a conduta por meio da qual o Poder Judiciário, inspirado pela ideologia positivista liberal, opta em limitar-se à

ções sociais, corolário da expansão e do fortalecimento do Poder Judiciário em diversos países, pautadas em técnicas de controle de constitucionalidade inspiradas no modelo americano. Portanto, com o processo de judicialização da política, consistente na disseminação dos métodos judiciais para arenas políticas, assim como com a busca crescente pela concretização de direitos e garantias asseguradas no texto Constitucional, as questões sociais passam a ser absorvidas pelo Direito e então tendem a se resolver através da aplicação de procedimentos inspirados na forma judicial⁴⁹, especialmente com a evolução do papel das cortes na definição de políticas públicas e no controle das deliberações técnicas pelo Poder Judiciário.

Simultaneamente, este processo de avanço da jurisdição constitucional em escala global, carrega a percepção de que a função do Poder Judiciário é o de cultor último da constituição, se sobrepondo aos demais Poderes e com respostas para todos os problemas jurídicos e políticos^{50,51}. Além disto, a permanen-

aplicação mecânica do texto da lei, endossando o respeito à esfera de atuação dos demais poderes.

⁴⁸ De acordo com TATE; VALLINDER, 1997. p. 13: “Assim, a judicialização da política pode significar normalmente ou: 1) a expansão da jurisdição das cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil para as cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada.”

⁴⁹ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

⁵⁰ Tal concepção é típica do modelo de decisão maximalista, onde os juízes resolvem casos difíceis segundo razões amplas e profundas sobre questões políticas, morais, filosóficas, antropológicas, biológicas e econômicas altamente controversas, ao contrário do minimalismo constitucional.

⁵¹ Segundo Brandão, 2012, em situações de grande complexidade, a corte pode se deparar com falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável. Assim, uma eventual postura maximalista em face de questões altamente complexas, aumenta a possibilidade de erro e a dificuldade da sua correção, sobretudo se adotada pela Suprema Corte em regimes de supremacia judicial, nos quais a sua interpretação constitucional só pode ser revertida por nova decisão da Suprema Corte ou por Emenda Constitucional. Mesmo uma decisão boa, porém precipitada, pode gerar efeitos ruins à democracia, pois a colocação de uma visão sobre questão

te desconfiança e o questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo acarretam o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário, que emite a última palavra sobre questões constitucionais.

Um dos grandes problemas desta concepção, contudo, se dá pelo fato de que na jurisdição constitucional, a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, é reservada para um punhado de juízes não eleitos democraticamente⁵².

É bem verdade que o isolamento relativo de juízes da influência política tende à imparcialidade, especialmente dentro de processos desenvolvidos para fornecer todas as garantias possíveis, ou seja, é verdade que um dos papéis institucionais mais importantes de uma Constitucional é proteger os direitos das minorias diante dos abusos das majorias, visto que o isolamento da corte lhe confere uma importante vantagem institucional comparativa em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo para desempenhar essa relevante função contramajoritária.

No entanto, existem cenários em que a atuação do Judiciário pode se dar contra os direitos das minorias que estejam sendo promovidos na arena política e a história mostra que os tribunais muitas vezes tomaram decisões restritivas sobre direitos fundamentais, como se observa, exemplificativamente em *Dred Scott v. Sanford* de 1857⁵³, *Lochner v. New York* de

controvertida fora do alcance de majorias legislativas ordinárias, produz tendencial polarização no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar os seus discursos e práticas.

⁵² Este déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos, quanto à invalidação de decisões tomada pelos representantes eleitos do povo, foi definido por Alexander Bickel como dificuldade contramajoritária. Para tanto vide: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁵³ A decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Dred Scott v. Sanford* de 1857, foi especialmente lesivas aos afrodescendentes. No caso, a Supre-

1905⁵⁴, *Hammer v. Dagenhart* de 1918⁵⁵, *Bailey v. Drexel Furniture Co.* de 1922, *Hirabayashi v. United States* de 1943⁵⁶

ma Corte julgou improcedente demanda de escravo que postulara a sua libertação, entendendo que os negros não eram considerados cidadãos norte-americanos, pelo que não poderiam postular a salvaguarda de direitos previstos na Constituição. *Dred Scott v. Sanford* foi superado apenas pela décima terceira emenda que extinguiu a escravidão, em uma rara hipótese no cenário norte-americano de superação pelo Poder Legislativo de decisão tomada pela Suprema Corte.

⁵⁴ A Suprema Corte norte-americana, também tomou inúmeras decisões contrárias aos interesses daqueles que buscavam as reformas sociais e econômicas. Este período foi chamado de a era *Lochner*, após o julgamento de *Lochner v. New York* de 1905, momento histórico definido por decisões judiciais de invalidação das leis sociais em geral, em detrimento de valores que compunham o ideal liberal. No caso, o Estado de Nova Iorque editou em 1895 o *Bakeshop act*, lei que regulava as condições sanitárias e de trabalho em padarias e que possuía, dentre seus dispositivos, uma limitação à carga horária dos padeiros em dez horas diárias ou sessenta horas semanais. O desrespeito à mencionada regra, acarretava a pena de multa ao responsável pelo estabelecimento. Joseph Lochner era dono de uma padaria situada em território dentro da jurisdição de Nova Iorque. Indignado com o recebimento da segunda multa em virtude do desrespeito à restrição legal do período de trabalho de seus funcionários, ele levou a controvérsia até os tribunais. Em seu ponto de vista, a lei do Estado de Nova Iorque violava a liberdade de contratar, direito constitucionalmente albergado sob a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial. Em 1905, a Suprema Corte, então, decidiu, diante de apertada votação (cinco votos a quatro), declarar a inconstitucionalidade da referida legislação, alegando ser desarrazoada, desnecessária e arbitrária a limitação que a mesma impunha à liberdade de contratar. O período *Lochner* foi superado pelo julgamento de *West Coast Hotel Co. v. Parrish* em 1937.

⁵⁵ Da mesma forma, a Suprema Corte tomou inúmeras decisões contrárias à tentativa de extinguir o trabalho infantil nos Estados Unidos. Em *Hammer v. Dagenhart*, a Suprema Corte decidiu que uma lei de 1916 que proibia o trabalho infantil para fabricar produtos no comércio interestadual era inconstitucional. O tribunal considerou que a lei estava fora dos limites do poder de comércio interestadual e também violava os direitos dos estados sob a Décima Emenda. Posteriormente, em *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, a Suprema Corte entendeu que seria também inconstitucional cobrar um imposto sobre artigos produzidos por trabalho infantil por violação da Décima Emenda. Apenas em 1941 em *United States v. Darby Lumber Co.*, a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade da *Fair Labor Standards Act* de 1938, que proibia o trabalho infantil em inúmeras situações.

⁵⁶ Em *Hirabayashi v. United States*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a aplicação do toque de recolher e o confinamento de grupos minoritários seria constitucional, nos casos em que os Estados Unidos estivesse em guerra com o país de que esse grupo se originou. No caso, o Presidente Franklin D. Roosevelt em 1942, durante a 2ª Guerra Mundial, emitiu a *Executive Order 9066* que permitia a

e *Korematsu v. United States* de 1944⁵⁷.

Logo, pode-se afirmar que, em sociedades complexas e em condições de pluralismo, o potencial de capacidade deliberativa, sem interferência de tecnicidades jurídicas que tendem a empobrecer o debate do direito frente à política e à moral, está mais próximo dos processos deliberativos que ocorrem na sociedade e em vários outros fatores institucionais relacionados. Ou seja, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das decisões judiciais depende de que o procedimento democrático de decisão coletiva seja compatível com as diferentes concepções de justiça existentes em uma sociedade⁵⁸, e assim, as decisões judiciais, devem envolver a devida reflexão das concepções que possam ser compartilhadas com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário⁵⁹ na projeção conceitual de um sistema que permita que as decisões judiciais sejam desen-

limitação e exclusão de certas pessoas de certas áreas, independentemente de sua ascendência ou país de cidadania. Assim, foi imposto o toque de recolher contra estrangeiros de ascendência japonesa e sobre nipo-americanos. Mais tarde, foram criadas áreas de confinamento contra japoneses e nipo-americanos. Gordon Kiyoshi Hirabayashi, foi acusado e condenado por violar a ordem de toque de recolher, tendo a Suprema Corte norte-americana confirmado a condenação, o que culminou com o envio do réu para campo de confinamento. Em 1986 e 1987, as condenações de Hirabayashi foram *overturned* pela *United States District Court in Seattle* e pela *Federal Appeals Court*, porque as evidências para condenação seriam falsas.

⁵⁷ Em *Korematsu v. United States*, da mesma forma, a Suprema Corte norte-americana entendeu pela constitucionalidade da *Executive Order 9066* e pela permanência de nipo-americanos em campos de confinamento durante a Segunda Guerra Mundial. No caso, a Suprema Corte considerou a necessidade de proteger o país contra possíveis atos de espionagem perpetrados por japoneses e americanos descendentes de japoneses, com limitação de direitos individuais. A decisão em *Korematsu v. United States* foi *overturned* em 1983 pela *United States District Court for the Northern District of California*, pois o governo federal teria apresentado informações falsas à Suprema Corte.

⁵⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press, 1999. p. 111.

⁵⁹ Idem. O *judicial review* e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

volvidas de forma coerente⁶⁰ com outras instituições e Poderes Constituídos, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade^{61,62}.

Ademais, nas sociedades contemporâneas, marcadas pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais⁶³, pessoas com cosmovisões bastante heterogêneas convivem em um mesmo *telos* social⁶⁴. Logo, no contexto de uma sociedade bem ordenada, marcada pelo desacordo razoável⁶⁵ e pelo pluralis-

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254.

⁶¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000a.

⁶² A justiça como equidade na concepção rawlsiana, envolve dois princípios de justiça: a) o de que toda pessoa tem igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos (projeto este compatível com os demais) e nesse projeto as liberdades políticas deverão ter seu valor equitativo garantido; e b) o de que as desigualdades sociais e econômicas, devam estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades e devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Da junção destes dois princípios (com prioridade do primeiro sobre o segundo), decorrem as instituições básicas de uma democracia constitucional, bem como as características e elementos principais de uma concepção liberal de justiça. Logo, uma concepção política de justiça, deve envolver a devida reflexão (equilíbrio reflexivo) das concepções dos indivíduos, refletida em todos os níveis de generalidade. Assim, a justiça como equidade, tem sua ideia organizadora em uma sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social, entre pessoas livres e iguais. Além do que, tem como objetivo uma concepção de justiça que possa ser compartilhada pelos cidadãos, com base em um acordo político racional, bem-informado e voluntário. Logo, a justiça como equidade, parte da ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo de uma geração até a seguinte, e, da mesma forma, a teoria da justiça como equidade é uma concepção liberal, bem como uma concepção de justiça válida para uma democracia, proporcionando uma base para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades básicas.

⁶³ RAWLS, *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

⁶⁴ Este cenário se projeta naturalmente para o campo da interpretação constitucional, na medida em que na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas. Ou seja, na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou metafísicas.

⁶⁵ O desacordo moral razoável é uma característica das sociedades pluralistas contemporâneas, e, duas técnicas principais são usadas para compatibilizar o reconhe-

mo, o Estado não se deve posicionar favoravelmente a qualquer cosmovisão específica, mas sim deve ser limitado a garantir certos direitos e condições que permitam a todos os cidadãos perseguir seus planos de vida própria, visto que seria arbitrário impor certas concepções específicas de direitos a outros cidadãos, a menos que seja empregado um procedimento que goza de legitimidade e possa ser aceito por aqueles afetados pela decisão⁶⁶.

Além do que, pode-se afirmar que não há uma concordância sobre a forma pela qual as instituições básicas de uma democracia constitucional devem ser organizadas para satisfazer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais entre si, existindo assim uma profunda discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e igualdade na estrutura básica da sociedade⁶⁷.

Assim, para se que possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto, que abarque doutrinas religiosas, filosóficas, morais razoáveis e racionais, cada cidadão deve estar disposto a explicar os princípios e políticas que defende, bem como ter a disposição de ouvir os argumentos contrários. Os cidadãos devem então conduzir suas discussões baseados em valores que se pode razoavelmente esperar que os outros subscrevam e aquilo que aceitamos com base na razão e na reflexão bem in-

cimento de cosmovisões diferentes: os compromissos dilatórios e os acordos incompletamente teorizados. Os primeiros, consistem em acordos quanto a princípios gerais, diante da persistência do desacordo em relação a normas específicas. Já os segundos, consistem no oposto, acordos quanto a decisões sobre casos concretos, mantendo-se o desacordo quanto aos seus fundamentos mais gerais.

⁶⁶ Esta visão se aproxima do conceito de conceito de justiça procedimental perfeita de Rawls, ou seja, não há critério independente para o resultado correto, em vez disso, existe um procedimento correto ou justo, de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contando que o procedimento tenha sido corretamente aplicado.

⁶⁷ Uma concepção política de justiça para Rawls, se liga à estrutura básica de uma sociedade, englobando as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, e a maneira pela qual se combinam, em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte.

formada e livremente aceita. Desta forma, o exercício desta dinâmica é justificável quando exercido de acordo com valores essenciais cujos elementos se pode esperar que razoavelmente todo cidadão possa aderir, a partir de uma razão compartilhada da concepção de justiça dentro de consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis e racionais⁶⁸.

Ou seja, não é papel do Poder Judiciário a adoção de teses jurídicas que debatem complexas teorias que se embasam em princípios de alta densidade moral, em detrimento de regras jurídicas preexistentes, como se a Constituição conferisse ao Poder Judiciário o domínio exclusivo da interpretação constitucional, inenunciável aos demais Poderes⁶⁹.

Na verdade, é claro o risco de o Poder Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, atuar como substituto do poder constituinte, cujas decisões são incontestáveis, visto que não há nenhuma garantia, a priori, de que a interpretação do Judiciário será mais benéfica do que a levada a cabo pelo legislador. Além disto, esta concepção tende a obscurecer o papel desempenhado pelas outras instâncias na definição do sentido da Constituição, uma vez que a visão convencional sobre interpretação constitucional, de que cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o que é a Constituição, não é salutar^{70,71} na medida em que a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre os Poderes e instituições^{72,73}.

⁶⁸ RAWLS, 2000b.

⁶⁹ WALDRON, 2009.

⁷⁰ Em sentido oposto, quanto à insindicabilidade dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, a Constituição irlandesa, por exemplo, prevê que a aplicação das suas normas de justiça social deve ser feita exclusivamente pelo Parlamento, e não deve ser conhecida pelas cortes.

⁷¹ Ainda quanto à não sindicabilidade dos atos dos demais Poderes pelo Poder Judiciário, o artigo 94 da Constituição brasileira de 1937 e o artigo 68 da Constituição brasileira de 1934, tratavam da impossibilidade de análise pelo Poder Judiciário das questões exclusivamente políticas.

⁷² Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento na obra “*Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012”

Desta forma, pode-se estatuir que, o modelo de jurisdição constitucional de matriz norte-americano, e, posteriormente disseminado ao redor do globo, termina, ao cabo, por não acomodar situações de desacordo razoável, ocorridas em sociedades complexas e em situações de pluralismo, o que obscurece a amplitude do debate democrático.

Portanto, para melhor conformação de cosmovisões distintas em uma sociedade democrática, as instituições precisam estabelecer uma dinâmica segura, na adoção de visões devidamente compartilhadas, diretamente relacionada à ideia de constitucionalidade e de razão pública⁷⁴, como uma cultura consti-

em matéria de interpretação constitucional, a corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição - nem do Judiciário, nem do Legislativo - o "direito de errar por último", abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

⁷³ A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, no caso *R. v. Oakes* de 1986, estabeleceu um *test case* que permite, ao menos em tese, a possibilidade de correções recíprocas entre Poderes, no famoso teste *Oakes*. Por meio do teste *Oakes*, se permite analisar se são razoáveis, em casos comprovadamente justificados, limitações a direitos e liberdades (*limitations clause*) em uma sociedade livre e democrática. Esse teste se aplica quando se pretende demonstrar que a Seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* foi violada.

⁷⁴ Nas sociedades democráticas contemporâneas marcadas pelo pluralismo, o princípio da razão pública assume um papel importante. Esse princípio deriva da ideia de "razões públicas", que tem origem na filosofia kantiana, mas foi desenvolvida mais recentemente por John Rawls. A ideia da razão pública é a de que, na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas. No campo privado, esse limite não se aplica, mas na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos também públicos, que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou metafísicas. John Rawls sustenta ainda que o uso da razão pública, para o cidadão, seria um imperativo moral, mas não jurídico. Isso porque, não haveria, sem grave ofensa à liberdade de expressão e de consciência, como obrigar o cidadão a invocar apenas razões públicas ao deliberar sobre temas essenciais no espaço público. Porém, para os magistrados, a imposição de respeito à razão pública incidiria plenamente. A exigência jurídica de respeito à razão pública também se dirige a todos os poderes estatais. Atos legislativos e administrativos que violassem essa imposição, baseando-se, por exemplo, em

tucional, e, desenvolvida como uma instrumentalização racional de comunicação e interação entre pessoas livres e iguais, a partir de um ponto de vista equitativo⁷⁵. É necessário, conseqüentemente, a conciliação entre os valores constitucionais e a razão pública, na realidade prática da estruturação e da atuação institucional, em uma comunidade na qual haja cooperação jurídico-política, e, as instituições tornem-se responsáveis pela concretização democrática da Constituição na sociedade.

2. A TEORIA INSTITUCIONAL E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Inicia-se no final do século passado uma mudança no pensamento constitucional, liderado, sobretudo, por teóricos estadunidenses e canadenses, sustentando um novo modelo de

motivações de cunho religioso, não teriam validade. Mas essa imposição é ainda mais severa para o Poder Judiciário. Os juízes não são eleitos, o que torna ainda mais ilegítima a possibilidade de que imponham os seus valores pessoais sobre os jurisdicionados, ou que os invoquem para derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo. Ademais, diferentemente dos parlamentares, que não precisam enunciar publicamente as razões que motivam seus votos, os juízes têm sempre que fundamentar as respectivas decisões. Portanto, os magistrados só estão autorizados a fazer uso da razão pública.

⁷⁵ Rawls trabalha aqui a questão da posição original, a partir da concepção tradicional de justiça, que especifica os princípios adequados para realizar a liberdade e a igualdade. Neste sentido, deve-se buscar um ponto de vista a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais possa ser estabelecido. A posição original com os traços do “véu da ignorância” (*veil of ignorance*) é este ponto de vista. Por sua vez, a ideia de “véu da ignorância” se liga à ausência de conhecimento da posição social ou a doutrina abrangente das partes. Ou seja, para haver um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, se deve eliminar as vantagens que surgem em função das tendências sociais, históricas e naturais. Logo, a posição original deve ser considerada um artifício de representação e todo acordo entre as partes como hipotético e não histórico. Rawls trata da posição original como um caso de justiça procedimental pura, no sentido de que os princípios de justiça apropriados para especificar os termos equitativos de cooperação social, são aqueles que seriam selecionados como resultado de um processo de deliberação racional (ao contrário de justiça procedimental imperfeita em que já há um critério já determinado do que é justo). Assim, as partes não seriam obrigadas a aplicar nenhum princípio de justiça delimitado previamente.

proteção de direitos constitucionais em relação ao modelo do *judicial review*, com a discussão do redimensionamento do papel do Poder Judiciário e da legitimidade das instituições democráticas revisarem deliberações através da promoção de interpretações do texto constitucional. Esta modificação conceitual reconhece algumas ideias fundamentais, em especial a de que há um novo paradigma regendo o constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar ou que Poder deve fazê-lo, e passa a indicar a necessidade de se buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática⁷⁶.

Na verdade, o debate sobre as Teorias Institucionais, pautado na ideia de que no âmbito das atividades institucionais as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, acaba por problematizar o tradicional comportamento isolacionista das instituições, dentro do parâmetro central de cooperação em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade. Ou seja, a partir da preocupação doutrinária iniciada principalmente na última década, passa-se a dedicar ao tema das instituições no plano jurídico-político, e, da necessidade de releitura do papel das instituições na atuação constitucional. Neste sentido, diante desta leitura, deve-se aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo, a partir das relações entre instituições, em uma comunidade dialógica e convergente.

Sob esse prisma, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule⁷⁷ e Jeremy Waldron^{78,79} destacam a possibilidade de uma rede de

⁷⁶ HOGG, Peter; BUSHHELL, Allison. The 'Charter' dialogue between Courts and Legislatures. *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, 1997.

⁷⁷ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.

⁷⁸ WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista e Rosalind Dixon⁸⁰ comunga deste entendimento quando sugere a transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional, que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática".

Logo, a integração estável das instituições no plano cooperativo, deve ser o resultado da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, e desta forma, o contínuo diálogo permite a participação das instituições na determinação do equilíbrio apropriado^{81,82}, em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições⁸³, a partir da percepção de que todas são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

Ou seja, o debate sobre diálogos institucionais, na pro-

⁷⁹ Idem. O *judicial review* e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

⁸⁰ DIXON, Weak-form judicial review and the American exceptionalism. *Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, nº. 348, 2011.

⁸¹ TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 617-6489, 2005.

⁸² LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, Numéro Spécial, 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 10 Jan. 2013.

⁸³ A Suprema Corte do Canadá, atribuiu uma definição muito ambiciosa de diálogo no caso *Vriend v. Alberta* de 1998, expondo que os tribunais possuem atribuições visando à defesa da Constituição, e é a própria Constituição expressamente que lhes compete tal papel. No entanto, é igualmente importante o respeito mútuo entre esses poderes, para fins de concretização da democracia constitucional.

moção do conteúdo dos direitos, questiona a possibilidade de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos, bem como a tradicional teoria da separação dos poderes^{84,85}, como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático⁸⁶.

Neste sentido, as instituições devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional e verificando o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e da razão pública. Desta forma, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme os fundamentos da ordem democrática, e que,

⁸⁴ A tradicional teoria da separação de poderes, pode ser originalmente atribuída a Aristóteles, e, posteriormente, desenvolvida e aperfeiçoada, por Charles de S. de Montesquieu, em seu livro “O espírito das leis”. O modelo norte-americano do *checks and balances*, proposto pelos federalistas, é uma evolução dessa teoria.

⁸⁵ Na verdade, segundo Levinson e Pildes em *Separation of Parties, Not Powers*, a separação de poderes conforme imaginada pelos federalistas americanos, através da doutrina do *checks and balances*, nunca chegou a ser estabelecida da forma rígida como alguns a imaginam. Assim, haveria uma zona de competência mútua, ou seja, todos os poderes possuiriam aptidão institucional para a realização de todas as tarefas pertinentes ao Estado, contudo, cada um deles, por uma lógica de efetividade, teria atribuições preponderantes. Neste sentido, para Levinson e Pildes, poucas coisas seriam tão anacrônicas quanto à ideia de separação de poderes. Isto porque, as mudanças no agir político-social, exigem uma reformulação nas bases teóricas, de modo a refletir acerca dos valores que realmente representam a estrutura constitucional. Levinson e Pildes defendem esta ideia após verificar que, o *checks and balances*, apresenta lacunas que permitem a concentração de poderes em determinados contextos políticos. Eles apontam que a relação estática e equilibrada que impulsionaria o controle, baseado na relação de freios e contrapesos, é uma ficção, inatingível na prática. Afinal a atividade pública a ser desempenhada, ao invés de ser realizada pela ótica institucional, é realizada de maneira personificada, traduzindo todas as tensões políticas e relações de interesse que impulsionam a disputa eleitoral, onde estão em pauta o interesse dos diversos grupos, as alianças políticas e as rivalidades.

⁸⁶ Para uma análise histórica do desenvolvimento da separação de poderes como uma máxima de organização de Estado e como um modelo de governo baseado na ideia madisoniana de controle entre os poderes de Estado, apresentando, sobretudo, a influência do *judicial review* nestas transformações, Cf. BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. *Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o judicial review. Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 11132-11155.

portanto, esta dinâmica de condutas institucionais se fundamenta na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo⁸⁷, quanto de se ressaltar a importância das instituições frente ao Estado⁸⁸.

Logo, ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública⁸⁹, e, neste sentido, pode-se entender

⁸⁷ É bem verdade, contudo, que este equilíbrio se mostrou delicado em alguns momentos da história constitucional dos Estados Unidos, como nos casos do uso do instituto da *nullification*, que permitiria que um Estado anulasse ou invalidasse lei federal que o Estado tenha considerado inconstitucional. A teoria da *nullification* se baseia na visão de que os Estados formaram a União por um acordo entre os Estados, e que, portanto, os Estados têm a autoridade final para determinar os limites do poder do governo federal. A primeira afirmação da teoria da *nullification* foi exposta nas Resoluções de Kentucky e Virgínia de 1798, ao sustentar que os Estados tinham o direito de interpretar a Constituição e poderiam declarar inconstitucionais leis federais, quando o governo federal ultrapassasse seus poderes delegados. A teoria da *nullification* nunca foi aceita pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sob o argumento de que o Judiciário federal tem o poder final para interpretar a Constituição. Portanto, o poder de tomar as decisões finais sobre a constitucionalidade das leis federais é dos tribunais federais, e não dos estados, e os estados não têm o poder de anular leis federais. A Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou inicialmente a questão da *nullification* em 1809, em *United States v. Peters*. No caso, a legislatura da Pensilvânia tinha editado um ato pretendendo anular uma decisão judicial federal. A Suprema Corte dos Estados Unidos, considerou que o legislador da Pensilvânia não tinha o poder de anular a decisão do tribunal federal. Em 1813, a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou novamente a questão da *nullification*, ao rever uma decisão do Tribunal de Apelação de Virgínia. A Corte de Apelação recusou-se a aceitar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmando que sob a Constituição, a Suprema Corte norte-americana não teria autoridade sobre os tribunais estaduais. Também em *Martin v. Hunter's Lessee* de 1816 e em *Cohens v. Virginia* de 1821, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que os tribunais federais, não os Estados, têm o poder final para interpretar a Constituição. Da mesma forma, em *Osborn v. Bank of the United States* de 1824 e em *Worcester v. Georgia* de 1832, a Suprema Corte dos Estados Unidos rechaçou o instituto da *nullification*.

⁸⁸ SUNSTEIN; VERMEULE, 2002.

⁸⁹ A ideia de esfera pública aqui adotada, se liga à concepção Habermasiana da dimensão pública, na qual ocorre a comunicação entre membros de uma comunidade em discursos racionais, reconhecendo-se mutuamente como membros livres e iguais. Para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso desempenha um papel relevante na

que a partir desta visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a supremacia de algum dos Poderes, em particular do Poder Judiciário, com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, a ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.

ideia de esfera pública, ao delimitar o modo como ocorre esta comunicação não etnocêntrica e reflexiva, através da ação racional, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa. Assim, para Habermas, o Princípio do Discurso toma a forma de um Princípio Democrático, para proporcionar uma função legitimadora a este processo de comunicação entre os membros da comunidade no processo de formação da opinião, na garantia da autonomia privada e na regulação das relações entre cidadãos livremente associados. Por outro lado, para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso é autônomo em relação ao direito e à moral. Todavia, como as fundamentações pós-tradicionais exigem a forma jurídica para compensar os déficits da moral, os preceitos morais são absorvidos pela faticidade de produção normativa, que impõe o comportamento conforme a norma, permitindo que a moral irradie sobre todos os âmbitos de ação. Logo, o fenômeno jurídico é uma estrutura normativa capaz de contemplar uma abertura para os discursos morais, permitindo o uso da racionalidade comunicativa. Assim, a legitimidade é obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. Desta feita, o direito possui abertura para uma moralidade procedimental, porquanto, para ser legítimo, precisa ser juridicamente sensível às pretensões normativas que são racionalizadas no espaço público. Assim, para Habermas, os fundamentos do direito estão ancorados na atuação deliberativa/discursiva sobre questões políticas ou morais dos cidadãos discutidos na esfera pública. Logo, a prática discursiva, em um procedimento permanente, possibilita a legitimação do direito, impondo a prática de uma razão comunicativa que constrói o Direito, numa concepção intersubjetiva de valores morais compartilhados e resultantes dos acertos discursivos, firmados entre sujeitos numa situação ideal de fala. Nesta condição ideal de fala, não está em jogo um *status* de igualdade, mas um *status* de liberdade discursiva, quando os indivíduos procuram o consenso em suas diferentes concepções de mundo. Logo, a condição ideal de fala, se resolve na exigência de se permitir a prática discursiva como uma constante procedimental, isto é, a pessoa e o procedimento racional se configuram a partir de uma prática construtiva discursiva, que busca o consenso e a igualdade entre cidadãos livres e iguais dentro da esfera pública. Para tanto vide: HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by W. Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

Ou seja, na verdade, a interpretação constitucional não se encerra com a tomada de decisão pelo Poder Judiciário, visto que não só o Poder Legislativo, como a sociedade e as demais instituições, podem interpretar de forma distinta a questão controvertida, apesar de seguirem a decisão definitiva tomada pelo Poder Judiciário⁹⁰, e, da mesma forma, um padrão democrático puramente estabelecido em uma ditadura das maiorias, termina por reproduzir danosamente uma noção de *legislature supremacy* na conformação constitucional^{91,92,93}.

⁹⁰ Podemos citar como exemplo o caso *Roe v. Wade* de 1973, quanto à questão do aborto nos Estados Unidos. A Suprema Corte decidiu que, o direito de interromper a gravidez, estaria protegido pelo direito constitucional à privacidade. Os grupos que se opuseram à decisão, passaram a tentar revertê-la, enquanto os movimentos no sentido contrário, também se mobilizaram para apoiar o precedente. O embate entre as posições favoráveis e contrárias ao aborto (*pro-life v. pro-choice*), demonstrou que a decisão da Suprema Corte não encerrou o debate constitucional sobre o aborto naquele país. A *Abortion Act* de 1967 do Reino Unido, encerra o mesmo debate, sob o prisma do Poder Legislativo, visto que inúmeros setores da sociedade favoráveis e desfavoráveis ao aborto, se manifestaram durante o procedimento legislativo até a aprovação da norma, contudo, o debate permanece aberto.

⁹¹ É bem verdade que as recentes Cartas Constitucionais do *Commonwealth*, oferecem ao Poder Legislativo poder formal amplo para substituir direitos e, portanto, também as decisões judiciais, em um modelo novo e distinto de controle judicial, em que os tribunais têm ampla autoridade para interpretar as disposições constitucionais de direitos, mas legislaturas nacionais podem superar interpretações dos tribunais constitucionais pelo voto por maioria simples. Podemos citar aqui a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982; o *Bill of Rights* da Nova Zelândia de 1990; o *Human Rights Acts* do Reino Unido de 1998; e as duas cartas da Austrália, o *Human Rights Acts* de 2004 e a Carta Vitoriana de Direitos e Responsabilidades de 2006.

⁹² Nos Estados Unidos, principalmente pela dificuldade do processo de reforma, as respostas legislativas às decisões da Suprema Corte, veiculadas por emendas constitucionais são extremamente raras. Somente em quatro oportunidades o Congresso norte-americano alterou formalmente a Constituição, com vistas a superar decisão constitucional da Suprema Corte. A décima primeira emenda superou o precedente *Chisholm v. Georgia* de 1793, para afirmar a competência dos tribunais federais para julgar demandas contra os Estados-membros, o que havia sido negado pela Suprema Corte. A décima terceira emenda superou o entendimento fixado em *Dred Scott v. Sandford* de 1857, no qual a Suprema Corte negou cidadania norte-americana, e, conseqüentemente, as garantias constitucionais aos negros, para extinguir textualmente a escravidão. A décima sexta emenda foi aprovada para superar o precedente fixado em *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* de 1895, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que tributava uniformemente o imposto de

Desta forma, entende-se que a dinâmica atual da sociedade contemporânea, necessita de uma melhor estruturação do funcionamento institucional e da relação entre os Poderes, visto que são as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, o diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, a partir da conciliação entre os valores constitucionais e os da razão pública, afastando uma visão idealizada e romântica, segundo a qual o intérprete teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos⁹⁴.

Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais depende de pluralismo e consensualismo⁹⁵, arquitetados a partir

renda, sob o argumento de que se tratava de imposto indireto que deveria seguir a regra da proporcionalidade. Por fim, a vigésima sexta emenda superou a decisão da Suprema Corte no caso *Oregon v. Mitchell* de 1970, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei federal que obrigava os Estados a reduzir a idade mínima para o voto para dezoito anos, por considerá-la aplicável apenas às eleições federais. Para tanto vide: BRANDÃO, 2012.

⁹³ A Constituição de 1934, contemplava a possibilidade do Poder Legislativo invalidar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Da mesma forma, as Propostas de Emenda Constitucional (PEC's) 03/2011 e 33/2013, tratam da possibilidade do Poder Legislativo rever decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

⁹⁴ Aqui entra o debate acerca da *first-best theory* e da *second-best theory*, original da teoria econômica, e que foi aplicada à realidade da teoria constitucional a partir de uma vertente institucional de análise por Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002 e VERMEULE, Adrian. The interaction of democratic mechanisms. *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, nº. 09-22, 2009.

⁹⁵ Segundo Rodrigo Brandão, contudo, “há casos em que a dinâmica das relações entre Suprema Corte e Parlamento não se pautou por uma conversa deliberativa, mas por uma lógica conflituosa.” O autor refere-se às *law in your face* canadenses, assim compreendidas as leis destinadas a pura e simplesmente reverter a orientação da Suprema Corte por reputá-la errada ou inaceitável. Segundo ainda Brandão “Cite-se, por exemplo, os casos *O'Connor* e *Mills*. No primeiro, o Bispo Hubert O'Connor era acusado de estuprar quatro estudantes aborígenes em uma escola dirigida por ele. Em sua defesa, O'Connor solicitou o acesso a registros dos tratamentos médico e psicológico das vítimas. A Suprema Corte atribuiu aos juízes competentes o dever de sopesar os direitos à ampla defesa do acusado e à privacidade da vítima, para definir se tais informações deveriam, ou não, ser disponibilizadas aos acusados.

de uma cadeia de reconhecimento pelos demais Poderes Constituídos e instituições, na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de torque para criação de um diálogo plural que permita a transformação da sociedade⁹⁶.

Logo, é fundamental a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições. Cabe à Teoria das Instituições, por conseguinte, propor formas de realizar a atividade institucional sob o ponto de vista jurídico-político, e nesse quesito respeitar os fundamentos constitucionais e os valores da razão pública.

Todavia, exígua maioria (cinco juízes) afirmou que não se poderia exigir do acusado a comprovação da relevância dos dados antes de ele tomar conhecimento do seu teor, de maneira que a sua não disponibilização à defesa poderia causar a condenação de inocentes. Desta forma, todas as informações disponíveis para a acusação deveriam ser repassadas à defesa, e os dados sob a guarda de terceiros (médicos, psicólogos etc.) também deveriam lhe ser repassados desde que o juiz do caso considerasse que eles poderiam ter alguma utilidade para a defesa. Já a minoria (quatro juízes) se mostrou cética quanto à utilidade dessas informações para a defesa, e, por outro lado, revelou preocupação quanto à abertura do seu sigilo desestimular denúncias de crimes sexuais e perpetuar a vulnerabilidade das mulheres a violências sexuais. Portanto, enquanto a maioria priorizou o direito do acusado à ampla defesa, a minoria deu preeminência ao direito da vítima à privacidade e ao interesse social em punir eficazmente os crimes sexuais. Dois anos após a decisão, o Parlamento reagiu mediante a aprovação de lei destinada a fazer prevalecer a solução acolhida pela minoria da Suprema Corte, precisamente para tornar mais difícil a utilização em juízo das informações em apreço, e, assim, estimular comunicações de crimes sexuais pelas vítimas. Mais do que isso, a lei usava as mesmas palavras do voto minoritário da juíza L'Hereau Dubeau, superando, ponto a ponto, a solução acolhida pela maioria da corte. Portanto, o Parlamento não buscou uma solução intermediária que incorporasse a visão da corte, antes a reputou inaceitável e simplesmente a reverteu. A lei que superara frontalmente o seu precedente foi julgada constitucional pela Suprema Corte em *Mills*, que baseou a sua decisão na doutrina dos diálogos constitucionais. Com efeito, a corte afirmou que a interpretação obtida em *O'Connor* representava *judicially created common law*, de forma que não consistia na única interpretação possível, antes o Parlamento poderia propor, como de fato propôs, solução distinta. Neste sentido, a Suprema Corte afirmou que não tem um monopólio na proteção e promoção de direitos e liberdades, e o Parlamento também desempenha um papel importante nesse particular e frequentemente é um aliado importante de grupos vulneráveis.”

⁹⁶ SUNSTEIN; VERMEULE, 2002.

Assim, é cada vez mais necessário entender o Estado Democrático de Direito por uma perspectiva institucional, visto que um Estado organizado significa um Estado institucionalizado, em que as prerrogativas e deveres institucionais sejam determinados democraticamente, partindo-se dos mesmos fundamentos constitucionais e de razão pública, e, mais concretamente, que o exercício dessas atividades passe por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade.

Consequentemente, a proposta da Teoria Institucional, representa uma forma eficaz de reduzir o déficit de legitimidade das instituições, conferindo a segurança e a estabilidade necessárias a um Estado Democrático de Direito, em que a função de revisão constitucional é de legítima responsabilidade também de outras instituições que, na dimensão democrático-constitucional, estariam aptas a realizar a interpretação constitucional.

3. OS EFEITOS SISTÊMICOS E AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Quando se busca fazer uma pequena análise dos efeitos resultantes de um sistema em uma determinada sociedade democrática⁹⁷, naturalmente deve se ter em conta que tal análise se mostra como um instrumental necessário ao uso da teoria jurídica, principalmente quando relacionados à Teoria Institucional. Ou seja, ao guiar-se por este sentido, é possível constatar que no processo de compreensão da estrutura do Estado Democrático de Direito, para se alcançar o objetivo último da segurança jurídica e da estabilidade constitucional, é imprescindível reconhecer os efeitos sistêmicos presentes dentro do ordenamento jurídico e, essencialmente, na relação institucio-

⁹⁷ VERMEULE, Adrian. System effects and the constitution. *Harvard Law School Paper*, n.º. 642, 2009c.

nal⁹⁸.

Tal enfoque, entretanto, não se restringe apenas ao Judiciário, mas a todas as instituições revestidas de atribuições em uma ordem deliberativo-democrática. Dessa maneira, para alcançar esses objetivos, dentro da abordagem da teoria dos efeitos sistêmicos, reafirma-se a relação dialética e interdependente que existe entre as instituições e suas capacidades institucionais, que têm como alvo o funcionamento da máquina estatal e a produção de um diálogo efetivo entre as instituições, que viabiliza o abandono dos efeitos sistêmicos e das capacidades institucionais como meros integrantes teóricos do ordenamento jurídico, com o afloramento para o plano dos objetivos constitucionais⁹⁹.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule em *Interpretation and Institutions*¹⁰⁰, observaram este ponto, dispondo que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial, e, neste sentido, a partir das capacidades institucionais destas autoridades, é possível entender como determinados agentes públicos devem interpretar certos dispositivos legais, ou em outras palavras, a

⁹⁸O reconhecimento dos efeitos sistêmicos é imprescindível dentro do ordenamento jurídico, e, essencialmente na relação interinstitucional. Essa constatação foi muito bem observada por Vermule em “System Effects and the Constitution”.

⁹⁹Segundo Rodrigo Brandão “a frequente desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do Direito pressuponham uma visão idealizada e romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a ‘correta interpretação’ (*first best theory*) mesmo em face de questões muito complexas. Se, entretanto, o jurista estiver consciente das suas limitações de tempo e de conhecimento, e da consequente elevação dos custos de erro e de decisão quando se deparar com questão complexa, tomará uma decisão de segunda ordem de decidir casos (decisão sobre como decidir), via de regra, segundo razões rasas e estreitas. Rasas, pois os juízes minimalistas preferirão entendimentos mais modestos e largamente compartilhados a controvertidas questões de princípio. Estreitas, pois os juízes minimalistas preferirão decidir o caso a construir teorias que abranjam uma grande variedade de casos.”

¹⁰⁰ SUNSTEIN; VERMEULE, 2002.

capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria¹⁰¹.

Ou seja, em se tratando de capacidades institucionais, é visível que existe a necessidade de se definir a interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto¹⁰², apontando para o fato de as instituições serem plenamente capazes de balizar suas decisões, afastando interpretações legalistas e normativas da letra da lei, visto que essa postura essencialmente positivista tende a prejudicar a comunicação entre as instituições, podendo acarretar consequências prejudiciais que contribuirão para a maior burocratização e afogamento do sistema¹⁰³.

Além disso, o surgimento de efeitos do sistema que não foram pré-determinados, faz com que estes efeitos se tornarem invisíveis quanto a sua possível existência e às suas consequências para atores públicos e privados variados. Ou seja, a prolação de decisão que não se limite a decidir o caso concreto, e que prefere antes abordar um sem-número de situações, valendo-se de densas teorizações ao invés de regras claras e preexistentes, apresenta o potencial de produzir consequências não antecipadas pelo tomador de decisão que podem ser bastante danosas¹⁰⁴.

Neste sentido, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis deve recomendar uma posição de cautela e de

¹⁰¹ BRANDÃO, 2012.

¹⁰² BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, p. 40, 1961.

¹⁰³ Tanto o modelo positivista, como o neopositivista, não se coadunam com a ideia de desenho institucional. O positivismo normativista, que se recusa a valorar o direito e exclui de seu objeto tudo que não se possa, rigorosamente, determinar como direito (ex. psicologia, sociologia, ética e teoria política), não é próprio da relação institucional, que pressupõe uma visão dialógica e comunicativa. Da mesma forma, o modelo neopositivista, que procura estabelecer uma reformulação do positivismo jurídico - ao admitir a influência da moral e da ética no direito - sem, contudo, abandonar seus postulados centrais, não de mostra suficiente para a estruturação da complexa dinâmica institucional.

¹⁰⁴ VERMEULE, 2009c.

deferência por parte do intérprete, que não tem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões, e, da mesma forma que se discute a conduta adotada pelas instituições, a fundamentação interpretativa possui proporcional importância, com o objetivo de preservar os objetivos constitucionais e promover a manutenção da democracia. Ou seja, a hermenêutica constitucional deve centrar na produção de interpretações realizadas pelas instituições dentro de suas capacidades institucionais sobre a matéria constitucional, e destarte, a postura das instituições deve expor a necessidade de produzir uma semelhança nas abordagens interpretativas.

Portanto, partindo destas premissas, é cabível sublinhar que a ideia das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos, deve atentar à legitimidade das instituições e às consequências não previsíveis na tomada de decisões pelos atores institucionais, partindo da concepção e que a legitimidade das decisões depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, arquitetado através do comprometimento das instituições e representando a possibilidade de concretização dos valores constitucionais e de legitimação do Estado Democrático de Direito.

4. CONCLUSÃO

A dinâmica atual da sociedade contemporânea necessita de uma melhor relação no funcionamento institucional. São as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, são a real construção do Estado Democrático de Direito. O diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, objetivando essa construção.

Romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes sob o modelo federalista como suficiente para a organização institucional é o primeiro passo para a ado-

ção de um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública.

Partindo destas premissas e da noção de Teoria das Instituições é cabível ao se analisar as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, sublinhar a ideia de que a legislação deve ser legitimamente exercida levando em conta quem a concretiza. É uma nova maneira de tornar existentes na prática os valores que aparentam só existir se expressos formalmente na Constituição.

Sob esta ótica, concebe-se que a legitimidade das decisões no plano nacional depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, e isto é arquitetado através de uma cadeia de reconhecimento e identidade em relação à decisão. A partir da concepção de que o comprometimento de cada componente é a base de sustentação para criação de uma sociedade cooperativa, o novo modelo da Teoria das Instituições é o que realmente permite a transformação dessa mesma sociedade em um verdadeiro projeto democrático.



REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 133, p. 633, 2000.
- BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective. *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, n. 06-37, 2006.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Ya-

- le University Press, 1986.
- BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, p. 288-309, 2011.
- BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o *judicial review*. *Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 11132-11155.
- DIXON, Rosalind. *Designing constitutional dialogue: bills of rights & the new commonwealth constitutionalism*. 2008. 381 f. Dissertation (Doctor of Juridical Science) - Harvard University, Cambridge, 2008.
- _____. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. *Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109- 114, 2005.
- LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, 2006.
- POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The executive unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.
- SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.
- TUSHNET, Mark. Against Judicial Review. *Harvard Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 09-20, 2009.

- _____. Formas alternativas de controle judicial. In:_____.
Estado constitucional e organização do poder. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the courts. *Princeton University Press*, v. 9, n. 6, 1999.
- VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007.
- _____. Second-best democracy. *Harvard Law and Policy Review (Online)*, Dec. 4, 2006.
- _____. System Effects and the Constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009c.
- _____. The atrophy of constitutional powers. *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 11-07, 2011.
- WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.