

UMA “BOA” JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Cibele Fernandes Dias¹



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

O moderado exercício da jurisdição constitucional depende, sobretudo, embora não exclusivamente, da difusão e desenvolvimento de um “*dharma*”, ou seja, de um código de conduta que contribua para evitar sua degeneração ou corrupção. Trata-se de buscar um regime “reto” de jurisdição constitucional, que, conduzido pelo saber (*sofos*), realize a virtude política por definição - a justiça.³ Sem pretender esgotar o te-

¹ Cibele Fernandes Dias é mestre e doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professora da Escola da Magistratura Federal do Paraná, da Escola da Magistratura Estadual do Paraná, da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP) e da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Foi Professora concursada de Direito Constitucional da Fundação Universidade Regional de Blumenau (2013), Secretária Executiva Adjunta da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (2012) e Superintendente Jurídica da Companhia de Habitação do Paraná (2008-2011). Advogada.

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

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

ma, cumpre elencar, de forma exemplificativa, sete⁴ regras orientadas por uma razão prática⁵, imprescindíveis ao manejo adequado dos poderes inerentes ao exercício da jurisdição constitucional.⁶

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

Como Lenio Luiz STRECK sustenta, a doutrina precisa assumir uma postura crítica em relação à jurisprudência de forma a efetivamente constatar e diagnosticar erros cometidos pelo Poder Judiciário e, notadamente, pela mais alta Corte.⁷

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

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

⁴ Para Pitágoras, sete é número da perfeição. O mundo foi criado em sete dias, são sete cores do arco-íris. Simbolicamente, são elencadas sete qualidades de uma boa jurisdição constitucional.

⁵ Sabedoria prática que “se revela como uma mistura de educação e experiência.” QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 402.

⁶ Colocações relacionadas à razão prática (*phronesis* ou prudência), aquela, nos termos de Aristóteles, que “busca a *excelência*, o que se deve fazer aqui e agora, ou seja, o bem agir, a decisão melhor, ocupando-se dos particulares e do contingente, e é própria dos juízos éticos e políticos.” JÚNIOR, op. cit., p. 639.

⁷ STRECK, Lenio Luis. O fator Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra. *Consultor Jurídico*, p. 1, out. 2012. In: <http://www.conjur.com.br>.

fomentava a superioridade da raça branca.

O mesmo erro histórico se pode dizer em relação ao precedente *Dred Scott versus Sanford* (1857). Dred Scott ajuizou uma ação declaratória de reconhecimento de homem livre, fundamentando seu pedido numa Lei Federal (*Missoure Compromise Act*) que assegurava a liberdade dos negros nascidos naquele território federal em situações específicas e também na Declaração de Independência segundo a qual “todos os homens nascem livres e iguais”. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da lei federal abolicionista, sob o argumento que o Congresso Nacional não tinha poderes para banir a escravidão mesmo em território federal tendo em vista o direito fundamental de propriedade dos donos de escravos. A Suprema Corte também decidiu que Dred Scott não poderia ser considerado cidadão americano, já que os negros não faziam parte do povo americano. O precedente foi um dos estopins para a Guerra da Secessão de 1861 a 1865.

Em 1865, a 13^a Emenda à Constituição norte-americana corrigiu o erro histórico abolindo a escravidão e reconhecendo a cidadania americana aos negros nascidos nos Estados Unidos. O queria teria sido da história americana sem Dred Scott? Teria ocorrido a Guerra da Secessão? Se não é possível responder a essas perguntas, cabe sim perceber que as decisões judiciais não são neutras. Revelam o conteúdo de opções políticas (a escravidão é permitida ou não pela Constituição?), como também sinalizam o *modus operandi* da decisão em si (a abolição poderá ser realizada por lei, emenda, revolução?). Se a história política também é escrita pela jurisdição constitucional, os seus erros e acertos interferem na trajetória de uma nação.

Admitir a possibilidade do erro pressupõe a consciência da humanidade dos juízes, da realidade de que não são heróis míticos (Hércules). Como todos os seres demasiadamente humanos, nem sempre acertam. Além disso, a doutrina tem o nobre dever de apontar o erro.

Deve-se, para tanto, absorver uma cultura de responsabilidade política dos juízes constitucionais. Como sustenta Ronald DWORKIN, embora juízes estejam em posição menos adequada para elaborar argumentos de política do que representantes eleitos, há um espaço a ser decidido a partir de argumentos de princípio. Estes são capazes de fazer o juiz responsável por sua decisão, contornando assim sua suposta falta de legitimidade democrática.⁸

Segunda regra é aceitar que os juízes constitucionais devem ser coerentes e suas decisões legitimadas pela racionalidade argumentativa, sensível às tradições e à cultura política de uma nação.⁹

“A ‘justeza’ ou ‘correção’ (*richtigkeit*) da decisão depende da sua ‘aceitabilidade racional’. Esta, por sua vez, pressupõe um conceito ‘forte’ de racionalidade procedimental (*Verfahrenrationalität*).”¹⁰ Sem fundamentação, não há uma verdadeira interpretação jurídica, e sim uma “invenção”.¹¹

Por essa razão, desconfia-se da tese de que a Constituição, a lei os precedentes forneçam limites fortes e suficientes para determinação da decisão judicial, deixando de lado as

⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978. p. 81-149.

⁹ “O direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 452.

¹⁰ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 171.

¹¹ Pertinente a crítica de Virgílio AFONSO DA SILVA sobre a utilização do princípio da proporcionalidade pela Suprema Corte brasileira: “Em decisão recente, no muito comentado caso *Ellwanger*, alguns ministros recorreram à regra da proporcionalidade como se ela fosse uma espécie de ‘varinha mágica’, capaz de resolver problemas de colisão entre direitos, segun grandes considerações substanciais sobre os direitos envolvidos e, mais do que isso, sem grandes considerações substanciais sobre qual a concepção que o Supremo Tribunal Federal e seus ministros têm sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro.” SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª. ed. 3ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 108.

considerações extranormativas (a pré-compreensão do intérprete, seus valores, crenças, cultura e tradições).¹²

É certo que, muitas vezes, os juízes tentam ocultar suas convicções sobre justiça e política. Como adverte Richard POSNER, é confortável ao julgador pensar que suas decisões são obrigadas pela “lei”, algo externo às suas próprias preferências e valores pessoais. Paradoxalmente, a tendência de escamotear a natureza política da função de outorgar sentidos aos enunciados normativos constitucionais é mais acentuada na Suprema Corte. Precisamente por ser um Tribunal político, seus membros estão inclinados a negar o que, verdadeiramente, são.¹³

Contudo, a decisão judicial não pode sugerir. Pelo contrário, deve explicitar todo o caminho percorrido para a solução encontrada. Não pode haver atalhos. Os juízes constitucionais têm o dever de coerência. Como representantes do povo, a sua representatividade é “argumentativa”, o que exige não só a fundamentação racional, a objetividade na argumentação jurídico-constitucional e a existência de argumentos válidos ou corretos como também a aceitação da decisão por um número suficiente de cidadãos.¹⁴

Em muitas decisões do Supremo Tribunal Federal, não se consegue encontrar a *ratio decidendi*. E isto ocorre, entre outros motivos, por uma falha de nossa própria legislação, que exige, para a formação do veredito, a maioria absoluta para o

¹² “Não quer isto dizer, porém, que a parte dispositiva seja dita ao acaso e que a fundamentação tenha apenas o fim de fazer aparecer como fruto de rigoroso raciocínio o que na realidade é fruto do arbítrio. Apenas se quer dizer que, ao julgar, a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que sentença derivava de *sentir*.” CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora. p. 145.

¹³ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard: Harvard University Press, 2008. p. 25.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 163-165.

dispositivo e não para a fundamentação.¹⁵

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

A liminar foi concedida monocraticamente pelo Ministro Luis Fux em 17 de dezembro de 2012 determinando a impossibilidade de apreciação e deliberação do Veto Parcial n. 38/2012 em face da existência de 3.060 vetos pendentes, adotando-se a interpretação segundo a qual o art. 66, §§ 4º e 6º, da CF exige a observância da ordem cronológica de comunicação dos vetos para fins de deliberação. A Mesa do Congresso Nacional interpôs agravo regimental, que por maioria, foi concedido em 27 de fevereiro de 2013 para possibilitar a apreciação do Veto Parcial 38/2012.

¹⁵ Exemplo notório é o julgamento a respeito da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se de questionar se o direito à felicidade integra os seus motivos determinantes. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277-DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator: Ministro Carlos BRITTO. Julgamento: 05.05.2011. Tribunal Pleno. DJe 198, divulgado em 13.10.2011, publicado em 14.10.2011, ementário volume 02607-03, p. 00341. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132-RJ. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento: 05.05.2011. Tribunal Pleno. DJe 198, divulgado em 13.10.2011, publicado em 14.10.2011, ementário volume 02607-01, p. 00001).

Os quatro votos vencidos do Ministro Lux Fux, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa, que mantinham a liminar concedida, foram pautados no mesmo sentido: (i) no que diz respeito ao dispositivo em si da decisão – a impossibilidade de apreciação do Veto Parcial 38/2012 enquanto houvesse vetos pendentes com prazo constitucional expirado e (ii) nos seus motivos determinantes: a violação do devido processo legislativo e correlata inconstitucionalidade da deliberação aleatória dos vetos presidenciais pendentes de análise legislativa, cuja simples existência subtrairia do Poder Legislativo a autonomia para definição da respectiva pauta política (CF, art. 66, §6º), dada a obrigatória deliberação dos vetos presidenciais em ordem cronológica de comunicação ao Congresso Nacional.

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

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

Ministra Carmem Lúcia entendeu que a manutenção da liminar poderia gerar conjuntura mais gravosa ao Parlamento, à sociedade e ao Direito e não adentrou no mérito da constitucionalidade do ato impugnado.

Com efeito, com a derrubada da liminar em sede de provimento de agravo regimental e a apreciação posterior do veto presidencial, o mandado de segurança perdeu objeto e a sociedade atônita ficou sem saber se o Congresso pode ou não escolher os vetos presidenciais que quer apreciar ou se há uma ordem cronológica a ser observada. O Supremo Tribunal Federal decidiu o caso concreto, mas eximiu-se de decidir o caso constitucional *sub judice*: afinal, o devido processo legislativo exige ou não a apreciação cronológica dos vetos presidenciais?

Terceira regra é refutar veementemente o voluntarismo judicial para não ressuscitar-se o costume do Império Romano segundo o qual o que agrada ao príncipe tem força de lei - “*quod principi placuit, legis habet vigorem*”. Embora o verdadeiro fundamento da legislação imperial fosse a *auctoritas principis*¹⁶, o real fundamento da jurisprudência constitucional não pode ser a simples autoridade de um Tribunal Constitucional.¹⁷

Quarta regra é investir na efetivação do postulado da separação de poderes. Separados e distribuídos, os poderes limitam-se reciprocamente num sistema engenhoso de freios e contrapesos, o que evita o isolamento institucional, notadamente da jurisdição constitucional. Como já ensinava MONTESQUIEU, “para instituir um governo moderado é preciso com-

¹⁶ GILISSEN, op. cit., p. 89.

¹⁷ Justa a advertência de Lenio Luiz STRECK: “Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

binar poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir. Adicionar a um, por assim dizer, o lastro necessário para resistir ao outro.”¹⁸

E mais, repudiar o passivismo que está radicado nas teorias interpretativistas do textualismo e originalismo, que levam em consideração apenas o texto da constituição ou a intenção original dos seus fundadores.¹⁹ Os juízes passivos mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, revelam um ceticismo exterior sobre a moral política, como se não houvesse uma resposta certa para as questões constitucionais, só respostas diferentes.²⁰

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

É necessário não se deixar seduzir pelo ativismo judicial, entendido, segundo Elival da SILVA RAMOS como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições suje-

¹⁸ JÚNIOR, op. cit., p. 655.

¹⁹ RAMOS, *Ativismo judicial...*, op. cit., p. 129.

²⁰ DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 446. Como sustenta Ronald DWORKIN, “Os passivistas citam o caso *Lochner* e outros, nos quais a Suprema Corte – erradamente, como hoje se pensa -, recorreu aos direitos individuais para impedir ou frustrar programas legislativos justos e desejáveis. Mas teríamos mais a lamentar se a Corte tivesse aceitado irrestritamente o passivismo: as escolas do Sul poderiam ainda estar segregadas, por exemplo. Na verdade, se fôssemos reunir as decisões mais lamentadas da Corte ao longo da história constitucional, acharíamos muitas outras nas quais o erro esteve na falta de intervenção em momentos nos quais, como hoje pensamos, os princípios constitucionais de justiça exigiam uma intervenção. Os norte-americanos sentiriam mais orgulho de sua história política se esta não incluísse, por exemplo, os casos *Plessy* ou *Korematsu*. Nesses dois casos, a decisão majoritária do legislativo foi profundamente injusta, e também, como muitos juristas hoje acreditam, inconstitucional; lamentamos que a Suprema Corte não tenha intervindo para fazer justiça em nome da Constituição.” DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 449.

tivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes.”²¹ Contrariando os federalistas, a história demonstra que há um perigo real de usurpação das funções legislativas pelo Poder Judiciário.²²

Uma postura contrária ao ativismo evita atos de arrogância, de juízes constitucionais que acreditem “integrar, como os super-heróis das histórias em quadrinhos, uma Liga da Justiça, intérpretes de aço, que descobrem o sentido da lei, sem a influência de seus sentimentos”²³.

Nesse sentido, adverte Ronald DWORKIN que “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.”²⁴

Sexta regra é sepultar o mito de que todas as respostas estão pré-determinadas na Constituição esperando para serem descobertas pelo juiz, o que dispensaria a atividade legislativa. Mesmo não concordando com a tese radical de Jeremy WALDRON, a respeito da defesa da abolição do controle judicial de constitucionalidade, é prudente levar em consideração a sua

²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 129.

²² “Finalmente, é preciso observar que o perigo tão receado das usurpações do Poder Judiciário sobre o Legislativo é puramente imaginário.” HAMILTON, Alexander *et al.* *O federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 476.

²³ WARAT, Luis Alberto; CABRIADA, Gustavo Perez. *Os quadrinhos puros do direito*. Buenos Aires: Almed.

²⁴ DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 452.

advertência de que o deslocamento do centro de decisões para o Judiciário, com a demissão consciente e deliberada do Legislativo, significa abrir mão do compromisso fundamental com a ideia de que a solução final das nossas discordâncias é um assunto nosso.²⁵

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

Duvida-se da tese de que a Constituição endossa o lema de “*policy-making by judges*”. Por que o povo iria preferir que as decisões políticas e sociais fossem tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e não através de um processo democrático descentralizado?²⁶ O mito desenvolvido na *common law* de juízes vistos como “*the depositaries of the law, the living oracles of the law*”²⁷ aplicado no campo da jurisdição constitucional pode produzir efeitos indesejáveis e desastrosos para a vida política de um país como o nosso que engatinha em matéria de experiência democrática.²⁸

²⁵ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 105-106.

²⁶ SIFFERT, Paulo de Abreu. Breves notas sobre o constitucionalismo americano. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 83.

²⁷ A ideia é do famoso jurista inglês William Blackstone. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 11.

²⁸ Para Jeremy WALDRON, defensor da tese anti-jurisdição constitucional, não há nenhuma razão para pensar que o controle judicial de constitucionalidade melhora o debate político participativo em uma sociedade. O autor acredita ainda que segue em aberto a questão de se saber se o controle judicial de constitucionalidade tornou os Estados Unidos mais justo (ou faria mais justa qualquer sociedade) do que seria sem sua prática. WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Barcelona: Marcial

Na realidade, o juiz constitucional precisa achar o delicado meio-termo entre suas faltas e excessos.²⁹ Como assinala José ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, “talvez a vida real e a experiência histórica tenham ensinado a esse juiz que exceder-se, quando possível, é até preciso, mas recuar, quando necessário, é sinal de maturidade ou arma de sobrevivência”.³⁰

Sétima é levar a Constituição a sério.

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

Pons, 2005. p. 361.

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

³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 190.

CONCLUSÕES

Ambiente como o brasileiro, de um sistema misto³¹ de controle judicial, que combina a herança do sistema de *judicial review* com o controle abstrato concentrado, mostra-se propício para a investigação dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional.

Não se pode adiar a discussão sobre os parâmetros de legitimidade da atuação dos juízes constitucionais para tal empreendimento, notadamente num regime democrático de direito que pressupõe a existência do pluralismo político. Não se trata de uma questão meramente formal – de repartição de competências inerente à separação de poderes – mas de fundo, da compreensão do que é a Constituição, de como a sua identidade é concebida, da intensidade de sua força normativa. “Existe, na realidade, um segundo texto constitucional”³², resultado da interpretação constitucional judicial?

Outorgar a guarda precípua de um documento supremo a um dos poderes do Estado (seja ele uma Suprema Corte ou uma Corte Constitucional) faz dele um poder supremo. Não se pode ignorar o risco constante de conflitos interinstitucionais, que afetam o delicado equilíbrio entre os poderes. O relacio-

³¹ Concorde-se com Elival da SILVA RAMOS para quem o sistema brasileiro é misto apenas no tocante ao aspecto modal, permanecendo difuso quanto ao aspecto subjetivo ou orgânico: “Em nada afetou a característica da difusão o fato de o controle em via principal, criado por emenda à Constituição de 46 (EC n. 16/65), haver sido atribuído, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, se tomada como parâmetro a Constituição Federal, ou aos Tribunais de Justiça dos Estados, se realizado em defesa das Constituições locais, porquanto ao se afirmar que a competência para a fiscalização permeia todo o aparato judiciário não se exclui, obviamente, a necessidade de se observarem as regras processuais disciplinadoras da competência dos juízos e tribunais. Em suma, considera-se a competência para o controle genericamente e não em uma ou outra de suas manifestações específicas.” RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 141; 146.

³² QUEIROZ, *Interpretação constitucional e poder judicial...*, op. cit., p. 165.

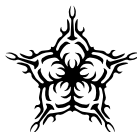
namento pode se converter uma disputa pelo poder de dizer a última palavra, dirigida sob o manto da “vontade de poder”.³³

A Constituição não é um produto acabado ou uma narrativa completada. O valor de uma boa Constituição traduz-se no valor da *performance* dos atores constitucionais.³⁴ Espera-se dos juízes constitucionais que tratem “todos aqueles que estão sob o seu domínio com preocupação e respeito iguais”. Que, nas palavras de Ronald DWORKIN, criem algo mais, escrevam um subscrito para sua mortalidade e transformem suas vidas e a da Constituição em “pequenos diamantes nas areias cósmicas”³⁵.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 268. Exemplo recente deste potencial conflito é a disputa pela “última palavra” concretizada na discussão e votação da PEC (Proposta de Emenda Constitucional) 33/2011, que condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição. Caso emblemático e histórico de conflito entre poderes, é a “vingança” do governo Roosevelt às decisões da Suprema Corte que persistia na declaração de inconstitucionalidade das leis do *New Deal* com a apresentação, em fevereiro de 1937, de um projeto de lei ao Congresso Nacional americano onde se prevê a reformulação na justiça federal norte-americana e, principalmente, na composição da Suprema Corte, o que conhecido como “*Court-Packing Plan*”. A base do plano democrata era acrescentar um novo *Justice* a cada um daqueles membros que estivessem acima de setenta anos. FILHO, Francisco Bilac Pinto. Traços da formação e da evolução do Estado Federal Norte-Americano. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 41.

³⁴ DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? *Revista DireitoGV*, v. 7, n. 2, São Paulo, p. 613, jul.dez. 2011.

³⁵ “Mas temos de nos lembrar da verdade, bem como da sua corrupção. A justiça que imaginamos começa naquilo que parece ser uma proposição indiscutível: o governo tem de tratar aqueles que estão sob o seu domínio com preocupação e respeito iguais. Esta justiça não ameaça – mas expande – a nossa liberdade. [...] Não favorece nem o pequeno nem o grande governo, mas apenas o governo justo. Decorre da dignidade e visa a dignidade. Torna mais fácil e mais provável que todos possamos ter uma vida boa. Lembremos, também, que aquilo que está em jogo é mais do que mortal. Sem dignidade, as nossas vidas são meros lampejos de duração. No entanto, se conseguirmos viver uma vida boa, criamos algo mais. Escrevemos um subscrito para a nossa mortalidade. Transformamos as nossas vidas em pequenos diamantes nas areias cósmicas.” DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 430.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3937/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 31.10.2012. Informativo 686 do STF, de 29 a 31 de outubro de 2012.
- _____. _____. ADI 4277-DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator: Ministro Carlos BRITTO. Julgamento: 05.05.2011. Tribunal Pleno. DJe 198, divulgado em 13.10.2011, publicado em 14.10.2011, ementário volume 02607-03, p. 00341.
- _____. _____. ADPF 132-RJ. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento: 05.05.2011. Tribunal Pleno. DJe 198, divulgado em 13.10.2011, publicado em 14.10.2011, ementário volume 02607-01, p. 00001.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? *Revista DireitoGV*, v. 7, n. 2, São Paulo, p. 613, jul.dez. 2011.
- _____. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard

- University Press, 1978.
- FILHO, Francisco Bilac Pinto. Traços da formação e da evolução do Estado Federal Norte-Americano. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.
- HAMILTON, Alexander *et al.* *O federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- JÚNIOR, Cezar Saldanha de Souza. Regimes políticos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 1.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard: Harvard University Press, 2008.
- QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SIFFERT, Paulo de Abreu. Breves notas sobre o constitucio-

- nalismo americano. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª. ed. 3ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Derecho y desacuerdos*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- WARAT, Luis Alberto; CABRIADA, Gustavo Perez. *Os quadros puros do direito*. Buenos Aires: Almed.