

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC- SP

Hugo Leonardo Abas Frazão

**A CONSTITUIÇÃO VIVA – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO
MODERADOR DAS ADAPTAÇÕES DEMOCRÁTICAS NO CONTEXTO DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC- SP

Hugo Leonardo Abas Frazão

**A CONSTITUIÇÃO VIVA – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO
MODERADOR DAS ADAPTAÇÕES DEMOCRÁTICAS NO CONTEXTO DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em DIREITO CONSTITUCIONAL, sob a orientação do Professor Doutor e Livre-Docente André Ramos Tavares.

SÃO PAULO

2018

HUGO LEONARDO ABAS FRAZÃO

**A Constituição Viva – o Supremo Tribunal Federal como moderador das adaptações
democráticas no contexto da Constituição de 1988**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em DIREITO CONSTITUCIONAL, sob a orientação do Professor Doutor e Livre-Docente André Ramos Tavares.

Aprovado em: _____

Prof. Dr. e Livre-Docente André Ramos Tavares (orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura _____

Profª. Dra. Marina Faraco Lacerda Gama

Instituição: PUC-SP

Assinatura _____

Prof. Dr. Renato Gugliano Herani

Instituição: FADISP-SP

Assinatura _____

RESUMO

A presente dissertação propõe-se analisar se compete ao Supremo Tribunal Federal do Brasil apoiar modificações quanto aos valores fundamentais (compromissos constitucionais) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Buscou-se compreender o papel moderador do citado Tribunal em relação às manifestações político-democráticas nacionais, produzindo precedentes que reconhecem, validam e, excepcionalmente, até criam transições dos compromissos constitucionais, visando a representar a evolução da sociedade. O desenvolvimento do estudo dá-se por meio de uma abordagem dedutiva, que utiliza pesquisas de revisão bibliográfica e documental. O objetivo geral da dissertação é analisar o fenômeno da modificação dos compromissos constitucionais da Lei Maior vigente no Brasil e o especial papel da Corte Suprema nesse processo. Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos, ficando cada um encarregado de alcançar um objetivo específico. O primeiro dedica-se ao estudo das origens do constitucionalismo judicial à luz do Direito Comparado, investigando a possibilidade de se desenvolver um conceito central (subjetivo) para a Justiça Constitucional, dedicado a afirmar a preponderância do controle jurídico em relação ao político no âmbito dos países democráticos, além de propor importantes avanços ao STF enquanto curador da Constituição do Brasil. O segundo se propõe a averiguar até que ponto (natureza e grau) a Constituição admite uma atuação política (politicidade) do STF destinada a proteger conquistas oriundas do conceito de democracia material, tanto quanto a direitos já consagrados no texto da Constituição quanto em relação a apreensão de “novos direitos”. O terceiro volta-se à depreensão da possibilidade de modificações, acompanhadas pelo Tribunal, revisarem o “espírito” da Constituição brasileira à luz da teoria da Constituição Viva, alterando compromissos constitucionais conforme o interesse político da sociedade, sem, contudo, interromper o regime jurídico vigente. Em especial, destaca-se a situação do STF perante a democracia majoritária e a preservação das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CRFB/88). Neste sentido, a persecução da adaptabilidade do texto constitucional à realidade social atual perfaz-se através da atuação do Tribunal Constitucional como leitor dos anseios sociais, à luz dos primados elencados na Lei Maior em curso no Brasil.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Constituição Viva. Modificação dos compromissos constitucionais. Democracia. Cláusulas pétreas.

ABSTRACT

The following dissertation proposes to analyze if it competes to the Supreme Federal Tribunal of Brazil - STF to endorse the modifications of the fundamental values (constitutional compromises) of the constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. It searches to comprehend the role of moderator of the quoted Court in relation to the national political-democratic manifestations producing precedents that recognize, validate and, exceptionally, even create transitions of the constitutional compromises, aiming to represent the evolution of society. The development of this work is by means of a deductive approach that utilizes research of bibliographic reviews. The main objective of this dissertation is to analyze the phenomenon of modification of the constitutional compromises of the Major Law in force in Brazil and the special role of the Supreme Court in this process. Therefore, this work divides in three chapters, each being in charge of reaching a specific goal. The first one is dedicated to the studies of the origins of the judicial constitutionalism by the perspective of the Comparative Law, investigating the possibility of developing a central concept (subjective) for the constitutional justice, dedicated to affirm the preponderance of the legal control regarding the politics control in the ambit of the democratic Countries, in addition to proposing important advancements to the STF as the curator of Brazil's constitution. The second one proposes to ascertain to which point, nature and degree the constitution allows a political actuation (politicity) of the STF destined to protect achievements originated from the concept of material democracy, such as existing rights already consecrated in the Constitution's texts and as in relation to the apprehension of "new rights". The third one investigates the deprecation of the possibility of modifications, followed by the Tribunal, to review the "spirit" of the Brazilian Constitution, under perspective of the Living Constitution Theory, altering constitutional compromises according to the political interests of the society, without, although, to break the legal regimen in force. It specially highlights the STF's situation towards the majoritarian democracy and the preservation of the immutable clauses (art. 60, §4º, CRFB/88). In this sense, prosecution of the adaptability of the constitutional text to the current social reality happens through the actuation of the Constitutional Tribunal as a reader of the social aspirations, under perspective of the primacies ranked in the Major Law in Force in Brazil.

Keywords: Constitutional Justice, Supreme Federal Tribunal, Living Constitution, Modification of the constitutional compromises, Democracy, Immutable clauses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: DAS ORIGENS AO CONCEITO.....	12
1.1 Premissa metodológica: a adoção da classificação quanto à natureza política ou jurisdicional do órgão curador da constituição.....	16
1.2 O constitucionalismo revolucionário: contextualização, crítica à desacreditada magistratura do período absolutista e as dificuldades para se estabelecer um controle jurisdicional da Constituição.....	18
1.3 O cenário da Justiça Constitucional nos Estados Unidos: o controle da constituição pelos juízes do Poder Judiciário pronunciado desde a fundação do país.....	22
1.3.1 O primitivo controle jurídico dos juízes coloniais americanos e a doutrina de Hamilton sobre o Poder Judiciário.....	23
1.3.2 A implementação do judicial review para a garantia do pluralismo institucional.....	25
1.4 O cenário da Justiça Constitucional na Europa continental: a migração do constitucionalismo político para o constitucionalismo judicial, após a segunda guerra mundial.....	29
1.4.1 O Chefe de Estado como curador da Constituição.....	31
1.4.2 A implementação da proposta de controle jurisdicional de Kelsen: o Tribunal Constitucional como Quarto Poder do Estado.....	33
1.5 O cenário da Justiça Constitucional no Brasil: entre o elitismo político e o constitucionalismo tardio.....	38
1.6 A interconexão entre os três cenários e a formulação de um conceito central de Justiça Constitucional para os estados democráticos.....	44
1.6.1 Primeiro pressuposto: órgão composto por juízes profissionais e independentes.....	45
1.6.2 Segundo pressuposto: acessível aos cidadãos e minorias institucionais.....	46
1.6.3 Terceiro pressuposto: que exerça funções jurídicas próprias da Constituição.....	48
1.7 Repensando o perfil constitucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro.....	51
2. DEMOCRACIA MATERIAL E POLITICIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	54
2.1 Os principais avanços da democracia material no século XX.....	58
2.1.1 A democracia material no segundo pós-guerra: a conquista do pluralismo político.....	61
2.1.2 A democracia material na queda do muro de Berlim: a conquista do processo político-democrático nos Estados nacionais.....	66
2.2 Os componentes políticos (politicidades) do Tribunal.....	71
2.2.1 “Politicidade” como indicação e nomeação política dos membros da Corte Constitucional.....	74
2.2.2 “Politicidade” como participação (aberta) da sociedade em causas de interesse político ou de repercussão política processadas perante a Corte Constitucional.....	77
2.3 Legitimidade do STF para operar a Constituição em conformidade com a democracia material.....	81

2.4	O “Fiscal da democracia” como um risco?.....	84
2.5	Acomodando a questão dos “novos deveres” à Constituição brasileira de 1988.....	88
3.	MODIFICAÇÃO DOS COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS VIGENTES: COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODE ADAPTAR OS “AVANÇOS” DA DEMOCRACIA MAJORITÁRIA À PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA MATERIAL.....	94
3.1	A teoria da Constituição Viva.....	98
3.1.1	A fórmula de Bruce Ackerman.....	101
3.1.2	A fórmula de David Strauss.....	104
3.1.3	A Constituição Viva e o STF.....	107
3.2	O desmembramento constitucional: uma descrição político-jurídica dos fenômenos da Constituição Viva.....	109
3.2.1	O desmembramento constitucional por decisão da democracia majoritária representativa.....	111
3.2.2	O desmembramento constitucional pela jurisprudência criativa do Tribunal.....	115
3.3	Duas objeções à Constituição Viva.....	119
3.3.1	A objeção do originalismo: crítica à evolução do marco temporal definidor do “compromisso constitucional fundamental”.....	120
3.3.2	A objeção do procedimentalismo de Jeremy Waldron: crítica à escolha da Justiça Constitucional para suprir as insuficiências textuais da Constituição.....	125
3.4	Como mensurar o grau de consistência da democracia majoritária? Uma reflexão à luz da teoria da função paraconstituente do Tribunal Constitucional, de André Ramos Tavares.....	130
3.5	Entre admitir o desmembramento da Constituição de 1988 e preservar suas cláusulas pétreas: o papel moderador do STF.....	134
4.	CONCLUSÃO.....	138
5.	REFERÊNCIAS.....	143

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação inscreve-se no quadro de convênio firmado entre Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, voltado a incentivar magistrados federais a desenvolverem pesquisas aprofundadas sobre a jurisdição federal brasileira em nível de pós-graduação *stricto sensu*.

Assim, na condição de juiz federal participante do respectivo convênio acadêmico, e atualmente exercendo a função jurisdicional na Vara Única de Tucuruí-PA, reconheço a importância da iniciativa celebrada pelas duas instituições, sem a qual jamais teria conseguido conciliar a minha atividade profissional com os estudos de mestrado em Direito Constitucional que realizei nessa respeitada universidade católica.

Agradeço ao Professor André Ramos Tavares, meu orientador nesse programa de mestrado, o qual reconheço como um dos maiores constitucionalistas do Brasil na atualidade. Foi uma enorme honra tê-lo como exemplo e mentor, e o agradeço por todos os ensinamentos ofertados, que, sem dúvida, causaram verdadeira transformação na minha maneira de compreender o direito.

Agradeço aos Professores Marina Faraco Lacerda Gama e Thiago Lopes Matsuhita, da PUC-SP, os quais compuseram a minha banca de qualificação de mestrado, apresentando apontamentos de enorme valia para o aperfeiçoamento da presente obra e para a expansão dos meus horizontes científicos.

Ao Professor Renato Gugliano Herani, da FADISP-SP, que auxiliou o Professor André durante as aulas da disciplina de Justiça Constitucional, do programa de mestrado, agradeço por ter estimulado o aprofundamento dos meus estudos sobre Cortes Constitucionais e defesa da Constituição, temas que, sem dúvida, compuseram o eixo central da presente pesquisa.

Aos meus pais, Luze e Zeca, e aos meus irmãos, Mayara e Yuri, pelo amor irrestrito que nos liga. Ao lado de vocês, tenho a base de apoio que me encoraja perseguir os meus melhores sonhos. Agradeço por sermos tão próximos e tão unidos, o que me anima dizer que, ao lado de vocês, eu sinto o verdadeiro exemplo do que é felicidade.

Agradeço aos amigos Bernardo Horta, Daniel Fampa e Karina Meneses, pela inestimável ajuda na revisão do texto, e por suas críticas e sugestões que me apresentaram ao aperfeiçoamento desta dissertação.

Por fim, dedica este trabalho ao Deus que acredito, por ser o meu refúgio e inteira proteção, acalmando-me e guiando-me nos momentos decisivos da minha vida.

INTRODUÇÃO

Quando o interesse da sociedade decide desafiar os valores fundamentais (compromissos constitucionais) da Constituição brasileira vigente, a primeira expectativa do direito é que esse acontecimento não passará de uma tentativa fracassada de mudança, esbarrada no controle contramajoritário do Supremo Tribunal Federal – STF.

Com efeito, ao passo que abrangem o rol de direitos fundamentais, a estrutura do Estado e a identidade política do país, esses compromissos caracterizam-se como cláusulas pétreas pela Constituição de 1988 (art. 60, §4º, da CRFB/88¹) e, por essa razão, dificilmente o Supremo aceitaria alterá-los ou removê-los – a menos que isso acontecesse mediante a promulgação de uma nova Constituição. É que qualquer “objeto” novo que os ameaçasse não se adequaria ao “parâmetro” preestabelecido pelo poder constituinte, gerando uma manifesta relação de incompatibilidade entre ambos.

Todavia, à luz da teoria da Constituição Viva, se uma mobilização popular incide por tempo suficiente a produzir efeitos permanentes na sociedade, passando a ser continuamente confirmada pela edição de normas jurídicas produzidas pelas legislaturas do parlamento, abre-se oportunidade para que o inesperado aconteça: o momento constitucional causará uma “irritação” política tão forte sobre a Constituição que esta sofrerá com a profunda metamorfose de um ou mais dos seus compromissos. Nascerá assim uma “quase-nova-Constituição”.

Pois bem, o aumento do número de precedentes do STF cuja amplitude normativa excede, expressivamente, o texto da Constituição escrita, os quais coincidem com um momento de profunda incredibilidade das instituições políticas e da democracia no país, levou a presente dissertação a dedicar-se ao debate teórico acerca da teoria da Constituição Viva, visando a compreender a adequação, utilidade e eficiência dos citados precedentes em prol do balanceamento entre política e direito.

O STF, enquanto “Corte ou Tribunal da Constituição”, é encarregado de exercer a curadoria jurídica da norma constitucional e zelar pelas conquistas da democracia. No entanto, questiona-se se, para atingir tais fins, a Corte pode-deve reconhecer e validar modificações que afetem os valores fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988, sob o pretexto de adaptá-los a novas manifestações político-democráticas.

¹ Art. 60. § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Dentre as teorias mais voltadas à importância que a atual vida política da sociedade tem para o desenvolvimento do direito, a Constituição Viva, sobretudo na visão proposta por Bruce Ackerman, defende que os compromissos constitucionais podem ser modificados desde que a vontade majoritária da população se direcione no sentido de promover a refundação permanente da ordem constitucional em curso, ainda que parcialmente. Todavia, no contexto histórico-político brasileiro, a democracia material apresenta-se como um conceito no qual estão contidas conquistas de direitos humanos e fundamentais, já absorvidas pela cidadania nacional, e que estão salvaguardadas como o núcleo duro da Constituição vigente, tratadas como cláusulas pétreas ou inabólvéis pelo art. 60, §4º, da CRFB/88, o que demanda uma razoável adaptação da teoria da Constituição Viva para que seja aplicada à realidade pátria.

A dissertação verificará se é possível que a teoria da Constituição Viva auxilie na compreensão de recentes precedentes judiciais do STF, os quais causaram profunda inovação sobre as bases da Constituição do país, modificando os compromissos constitucionais preexistentes, a pretexto de confirmarem o trabalho realizado pelo legislador ou, até mesmo, suprirem omissões inconstitucionais por este praticadas.

A análise sobre o citado Tribunal tem como escopo entendê-lo como órgão jurídico-político, credenciado para agir como um “leitor ativo” da democracia brasileira, sua definição, limites e variações, bem como posicionar-se como um intérprete atento às decisões constitucionais permanentes, assumindo, pois, a responsabilidade de equilibrar “democracia majoritária” e “democracia dos direitos” (democracia material).

Como problema de pesquisa, buscou-se compreender se é possível admitir que o STF assuma – ou já tenha assumido – o papel de moderador das manifestações democráticas no Brasil, produzindo precedentes com o propósito de reconhecer e validar revisões dos compromissos constitucionais, de acordo com os anseios provenientes do contexto político-social vigente.

Trata-se de um mister de “calibração do sistema constitucional” (DIMOULIS, 2013, p. 22), por meio do qual o Tribunal se empenha em não se opor a escolhas políticas fundamentais de mobilizações políticas consistentes realizadas no âmbito da Constituição dirigente brasileira, ao mesmo tempo em que atua para que os elementos fundamentais da ordem jurídica e os mecanismos para a tomada de decisão no processo político-democrático retem suficientemente preservados. Não se trata de uma posição meramente contramajoritária – característica de Cortes Constitucionais que zelam por constituições meramente liberais – à medida que o STF apresenta-se como uma instituição legitimadora das mudanças induzidas pelo legislador, observado o inegável respeito aos Direitos Humanos.

O objetivo geral da dissertação é analisar o fenômeno da modificação dos valores fundamentais da Constituição vigente do Brasil e o especial papel do STF nesse processo. Por sua vez, são seus objetivos específicos: a) conhecer as origens do constitucionalismo judicial à luz do Direito Comparado, investigando a possibilidade de se desenvolver um conceito central (subjetivo) para a Justiça Constitucional, dedicado a afirmar a preponderância do controle jurídico em relação ao político, no âmbito dos países democráticos; b) compreender até que ponto (natureza e grau) a Constituição admite uma atuação política (politicidade) da sua Corte Constitucional voltada a proteger as conquistas oriundas do conceito de democracia material; c) averiguar a possibilidade de as manifestações majoritárias, acompanhadas pelo Tribunal, alterarem o “espírito” da Constituição, modificando seus compromissos constitucionais sem, contudo, interromper a vigência do atual regime jurídico, considerando, especialmente, a relação entre esse processo e a preservação das cláusulas pétreas.

A presente dissertação está dividida em três capítulos. Com o primeiro, almeja-se descrever como o fenômeno da constitucionalização dos Estados democráticos repercutiu no surgimento da Justiça Constitucional, cujo papel é a salvaguarda jurídica da Lei Maior. Nesse âmbito, explica que a instituição não teve uma única origem histórica, mas “origens” distintas que correspondem às múltiplas realidades em que foram implementadas. A ilustração dessa afirmação se fará mediante a exposição de três cenários históricos diversos quanto à Justiça Constitucional: dos Estados Unidos, da Europa ocidental e do Brasil. Também, o capítulo defende que, em razão do contexto da globalização e por compartilharem valores comuns de democracia material, as Cortes Constitucionais nacional e estrangeiras têm estabelecido diálogos de conexão em relação às suas jurisprudências ou o “empréstimo de ideias constitucionais” (SANTOS, 2018, 32), permitindo, inclusive, reflexões profundas sobre a existência de um conceito central subjetivo de Justiça Constitucional para todos os Estados democráticos contemporâneos. Em arremate, são apresentadas propostas institucionais ao STF para que avance no seu trabalho de guarda da Constituição brasileira de 1988.

O segundo capítulo versa acerca da democracia material para a pacificação dos conflitos da vida social e política. Explica que os valores materiais democráticos surgem no plano político e, de modo quase imediato, passam também a fazer parte do plano do direito, especialmente por sua importância para a humanidade. Decerto, a história do século XX testemunhou importantes acontecimentos que se constituíram em fontes de democracia material, sendo que o presente trabalho faz menção a dois deles, quais sejam: o segundo pós-guerra e a conquista do pluralismo político, bem como a queda do muro de Berlim e a conquista do processo político-democrático nos Estados nacionais. Busca compreender se cabe às Cortes

Constitucionais o papel de assimilar esses valores materiais democráticos (“transições democráticas materiais”) no âmbito do direito interno e de protegê-los como legítimos (novos) direitos constitucionais. Para que isso aconteça, o capítulo sugere que cada Corte deve assumir não só habilidades jurídicas, mas também habilidades políticas (politicidades) que lhes permitam apreender, acuradamente, os fatos da realidade social e, em seguida, debatê-los no âmbito dos direitos.

No terceiro capítulo, debate-se de que forma pode se perfazer a revisão dos compromissos constitucionais originais da Constituição vigente sem que isso implique a revogação desta e criação de uma nova Constituição. O aprofundamento da pesquisa, nesse aspecto, afasta-se da clássica teoria do poder constituinte, já assentada no Brasil, para procurar soluções em teorias pouco estudadas no Direito Constitucional desse país, como as teorias da Constituição Viva e do desmembramento constitucional, as quais, apesar de serem provenientes do Direito Constitucional anglo-saxão, têm interessado cada vez mais os constitucionalistas de outras partes do mundo por voltarem-se a investigar como os poderes constituídos, especialmente, o Tribunal, podem contribuir para que a Constituição vigente acompanhe a evolução da sociedade.

Ao estudar a Justiça Constitucional e a condição jurídico-política do STF, o que se espera com a presente dissertação é entender como a teoria da Constituição Viva pode ser adaptada à realidade brasileira, a fim de que auxilie o direito pátrio a entender como é possível que modificações dos valores fundamentais da Constituição de 1988 possam acontecer sem a interrupção da sua vigência.

Para tanto, é imprescindível que o STF opere como “leitor” e intérprete evolutivo dos momentos constitucionais exercidos pela cidadania brasileira, reconhecendo as decisões políticas majoritárias que, inegavelmente, busquem estabelecer uma mudança permanente na sociedade.

Neste sentido, caberá à Corte moderar adaptações democráticas de natureza majoritária representativa no contexto da Constituição em vigor, devendo esperar que algum veículo introdutor de norma jurídica (editado pelas legislaturas do parlamento e, preferencialmente, do tipo emendas constitucionais) acrescente, no ordenamento jurídico, princípio que inove o rol de direitos fundamentais, a estrutura estatal e a identidade política da sociedade.

O STF também poderá fazer algo semelhante em relação à inserção de normas jurídicas de Direito Humano Internacional na ordem jurídica brasileira. Nesse quadro, poderá, inclusive, editar precedente autônomo que consagre direito humano amplamente aceito no contexto dos

Estados democráticos e dos organismos internacionais, mesmo que faltar adesão do parlamento nesse sentido ao não regular legislativamente a questão.

Destarte, espera-se que o trabalho contribua para o desenvolvimento da Justiça Constitucional no Brasil, oferecendo contributos e reflexões teóricas que aprimorem o diálogo entre direito e política, bem como a atuação do STF em face das movimentações democráticas e em favor da salvaguarda da norma constitucional.

1. JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: DAS ORIGENS AO CONCEITO

A dúvida sobre quem deve ser o curador da Constituição, apesar de clássica, ainda aguça a curiosidade da doutrina do Direito Constitucional. Ao invés de escolher um órgão de natureza política para o exercício dessa curadoria, a maior parte dos ordenamentos jurídicos atuais que se declaram democráticos optaram pela escolha de um órgão jurisdicional (ou órgão de Justiça Constitucional), por entenderem que se trata da solução mais isenta para fiscalizar (defesa) e aplicar (cumprimento) as normas constitucionais diante de conflitos políticos ou de eventuais violações. Apesar disso, é corriqueiro que esses mesmos ordenamentos prevejam algum tipo de controle político, além de constantemente surgirem agitações parlamentares dedicadas a subtrair do juiz constitucional determinada matéria (como pretende, por exemplo, a doutrina estadunidense da *political questions*²) ou mesmo retirá-lo da sua função curadora.

Interessa ao presente capítulo reconstruir bases empíricas históricas do constitucionalismo no intuito de zelar pela conservação da predominância do controle jurídico da Lei Maior, bem como aprofundar os estudos sobre o significado da Justiça Constitucional.

Nesse contexto, a Justiça Constitucional será aqui abordada como o Tribunal encarregado de processar o controle vinculante da Lei Maior. Trata-se de um conceito orgânico-subjetivo, ligado mais a quem promove o controle, e menos a como o controle é realizado. Portanto, tal ideia de Justiça Constitucional não se assemelha com o conceito dado por Kelsen (2003, p. 90) no artigo *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)*, de 1928, oportunidade na qual o citado autor a explorou como um mero equivalente da ideia de jurisdição constitucional, conferindo-lhe um conceito material-objetivo.

Toma-se o Tribunal como autoridade curadora da Constituição, havendo sistemas constitucionais que o denominam de Tribunal Constitucional (sentido estrito), outros de Suprema Corte, Corte Constitucional, Conselho Constitucional, Sala Constitucional etc. A redução terminológica não importa, uma vez que o estudo da Justiça Constitucional pressupõe o exame sobre o Tribunal Constitucional em sentido amplo (TAVARES, 2005, p. 101-102).

A formação da Justiça Constitucional tem origens históricas diversas, encontrando maior ou menor resistência para afirmar-se em face do poder político a depender das particularidades atribuídas ao processo de constitucionalização, à cultura e à tradição jurídica dos países que a adotaram.

² Sobre o assunto, recomenda-se: HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? In: **The Yale Law Journal**, 597-625, vol. 85, n. 5 (Apr., 1976).

A partir do período moderno, quando as Constituições assumiram o maior nível hierárquico dentro do ordenamento jurídico – “princípio do primado ou prevalência da Constituição o demais direito” –, se auto instituíram procedimentos de reforma mais rigorosos – “princípio da estabilidade da Constituição” – para evitar a modificação aleatória do seu texto e passaram a ser o parâmetro de validade das demais normas jurídicas – “princípio da constitucionalidade das leis”³ –, a Justiça Constitucional difundiu-se como hipótese idônea de afirmação do direito sobre a política, imbuída de criar uma “cultura constitucional” voltada a estabelecer deveres fundamentais do governo para com o bem-estar dos seus cidadãos e da coisa pública (CUNHA, 2011b, p. 8-10).

No entanto, o papel da Justiça Constitucional não se definiu de maneira fechada, mas, ao certo, suas instituições se desenvolveram, “formal e funcionalmente, num ciclo de vida condicionado pelo contexto e actores que as rodeia” (CRAVEIRO, 2010, p. 33).

Sob o aspecto teórico, o exercício da investigação e comparação dos modelos de Justiça Constitucional tornou-se importante para auxiliar Estados Constitucionais a criarem seus próprios modelos ou, acaso já possuíssem um, reavaliassem-no de acordo com experiências bem-sucedidas ocorridas no âmbito do paradigma estrangeiro, a fim de que ajustes e correções pontuais pudessem ser implementados (PEGORARO, 2001, p. 23).

Em relação ao Brasil, a formação da sua Justiça Constitucional, a despeito das suas próprias peculiaridades de organização e funcionamento, recebeu especial influência de dois cenários externos. O primeiro é o cenário do país que adotou o constitucionalismo judicial⁴ desde o advento do período moderno, confiando-o aos juízes do Poder Judiciário (o caso dos Estados Unidos da América). O segundo cenário é o dos países que, modernamente, optaram pela adoção do constitucionalismo político⁵, ante a desconfiança com relação aos juízes do Poder Judiciário, mas migraram para o constitucionalismo judicial por volta do fim da segunda guerra mundial, por também desacreditarem na isenção do Poder Político (o caso dos países da Europa continental), criando um sistema de Justiça Constitucional externo aos poderes clássicos (FAVOREU, 2004, p. 17-22).

O presente capítulo procura compará-los ao cenário em que se insere o Brasil – caracterizado pelo atraso socioeconômico e pela falta de uma cultura constitucional consolidada

³ Para Cunha, são esses os três princípios que caracterizaram a subordinação da política ao direito e consistem nos alicerces à “cultura constitucional do nosso tempo”. Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. Cultura constitucional & revisões constitucionais. In: **International studies on law and education**, mai-ago/2011, CEMOrOc – Feusp, IJI – Universidade do Porto, 2011b, 10.

⁴ Movimento constitucional que prega que a guarda precípua da Constituição cabe a órgão jurídico.

⁵ Contrapondo-se ao constitucionalismo judicial, entende que a guarda final é necessariamente política.

– o qual abrange países que ainda pleiteiam uma real afirmação do constitucionalismo judicial, fenômeno denominado de constitucionalismo tardio (JORGE E SILVA NETO, 2016, p. 19).

Apesar das imensas diferenças contextuais que separam os três cenários citados – que, inclusive, exprimem sistemas jurídicos pertencentes a famílias diversas, como as do *common law*⁶ e do *civil law*⁷ –, a figura do Tribunal, presente como “curador da Lei Maior” em todos eles, constitui-se como elemento comparável, uma vez que são similares os problemas e soluções que enfrentam cada um dos Tribunais Constitucionais dos países que integram a pesquisa. A finalidade desta análise, inicialmente, é minimizar as diferenças entre os sistemas estudados para entender quem é o Tribunal, como ocorreu seu surgimento – notadamente nos Estados Unidos, Europa ocidental e no Brasil – e como desenvolve sua função constitucional perante regimes democráticos (SACCO, 2001, p. 47-48).

Ademais, este capítulo procura contribuir, de maneira particular, com o Direito Constitucional brasileiro, uma vez que os três cenários citados são usualmente tomados pela doutrina⁸ para compreender a atuação do Supremo Tribunal Federal do país, bem como propor-lhe aperfeiçoamentos, mediante sua comparação com modelos estrangeiros, o que pode ocorrer sob a forma de fenômeno global, consequência de um certo movimento político (como a recepção de institutos jurídicos oriundos do contexto pós-revolucionário americano e francês) ou como a assimilação seletiva de soluções específicas (SACCO, 2001, p. 42). Isso, aliás, explica o recorte metodológico e o porquê de outras origens possíveis da Justiça Constitucional não serem aqui abordadas.

A Justiça Constitucional nasce com características próprias em cada um dos cenários eleitos. Conhecê-las torna-se útil para uma investigação mais ampla e profunda em prol do respeito da Constituição e da necessidade de protegê-la.

Atualmente, a constante tensão entre o político e o jurídico fez com que os citados cenários se aproximassem – pela doutrina, legislação e jurisprudência –, na clara tentativa de atuarem em prol do aprimoramento da Justiça Constitucional e da sua preservação em face de ameaças políticas.

Ademais, à medida que a internacionalização do Direito Constitucional (GUEDES, 1995, p. 228) avançou, o ônus democrático do respeito aos direitos fundamentais recaiu mais acentuadamente sobre os Estados nacionais, os quais se viram obrigados a estabelecer, uns com

⁶ É o caso dos Estados Unidos.

⁷ É caso de países da Europa continental e do Brasil.

⁸ Sobre as contribuições que os modelos de Justiça Constitucional dos Estados Unidos e Europa oferecem à construção dos pressupostos teóricos da Justiça Constitucional brasileira, Cf. TAVARES, André. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

os outros, maior diálogo acerca de suas Constituições ou cartas de direitos constitucionais (aprovadas por países que não possuem uma Constituição propriamente codificada, como Reino Unido). Por essa causa, houve o avanço da interconexão entre os sistemas jurídicos e a Justiça Constitucional foi alçada ao centro do espaço público.

Tais fatos justificam a utilidade de perseguir um conceito comum ou essencial, e certamente mais penetrado, sobre a Justiça Constitucional, capaz de compreender as velhas e novas necessidades democráticas.

Diante disso, o capítulo espera resolver o seguinte problema de pesquisa: a despeito das diferentes origens que marcam o constitucionalismo judicial no mundo, é possível desenvolver, a partir de uma análise indutiva quanto ao tema, um conceito central (subjetivo) para a Justiça Constitucional, dedicado a afirmar a preponderância do controle jurídico em relação ao político no âmbito dos países democráticos?

Para tanto, o estudo enfrenta a questão por meio da classificação quanto à natureza política ou jurídica do órgão de controle, buscando descrever como a Justiça Constitucional pode possuir maior ou menor autonomia em relação à classe política a depender do cenário do constitucionalismo no qual o país está inserido.

A abordagem da Justiça Constitucional não se dará pela classificação dos modelos jurisdicionais clássicos, que identifica o órgão de decisão da Constituição pelos conceitos de modelo concentrado (reservada a um único órgão de jurisdição) e modelo difuso (difundida entre dois ou mais órgãos de jurisdição). De igual modo, não tomará como norte propostas de classificação mais modernas, como modalidades de acesso (direto ou indireto) à Justiça Constitucional e a eficácia (declarativa ou constitutiva) do pronunciamento decisório, dentre outras⁹. Entretanto, essas sistemáticas auxiliarão secundariamente no desígnio escolhido pela presente dissertação.

Prova disso é que se buscou o auxílio desses sistemas e classificações visando à compreensão das distinções quanto à forma de aplicar, definitivamente, as normas da Constituição e quanto à intensidade (maior ou menor) do constitucionalismo judicial em detrimento do constitucionalismo político.

Adota-se a ideia de intensidade ou preponderância ao invés de exclusividade, uma vez que onde prevaleceu o controle jurisdicional não se perdeu totalmente o controle político (PEGORARO, 2015, p. 8), seja porque convive com temas que devem ser abordados apenas pelo âmbito político (*political questions*), seja porque o próprio órgão jurisdicional tem parcela

⁹ Cf. PEGORARO, Lucio. Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional. In: **Revista general de derecho público comparado**, n. 18, 2015, p. 1-3.

de politicidade¹⁰ para resolver grandes questões constitucionais com o mínimo de sensibilidade política, apesar de, vale reiterar, se tratar de um órgão jurídico.

Tendo em vista a impossibilidade de se estabelecer um consenso, ainda que mínimo, a respeito da forma de composição, indicação e nomeação dos membros dos Tribunais, uma vez que cada país adota procedimento sensivelmente distinto, esse assunto específico não será tratado no presente capítulo. Optou-se por abordá-lo somente no capítulo subsequente (capítulo 2), por se adequar melhor à investigação que nele se propõe.

O objetivo principal do presente capítulo é perseguir a possibilidade de um conceito comum de Justiça Constitucional, aplicável a todas as nações democráticas, reforçando a possibilidade de estudos comparados que contribuam para a defesa das Constituições nacionais e para a proteção da democracia.

Para tanto, elegem-se os seguintes objetivos específicos, a saber: a) estudar a classificação da Justiça Constitucional quanto à natureza política ou jurisdicional como órgão curador da Constituição, a partir da comparação entre três cenários rigorosamente identificados; b) buscar a definição de um conceito central e aprofundado para a Justiça Constitucional, que leve em conta as diversas bases empíricas históricas na sua formação.

1.1 Premissa metodológica: a adoção da classificação quanto à natureza política ou jurisdicional do órgão curador da constituição

Pegoraro (2015, p. 8) aponta uma maior adesão dos Estados Constitucionais de Direito ao controle jurisdicional, o que, a princípio, justifica-se pelo profissionalismo com que tal tipo de controle é exercido, evitando que as Constituições se tornem vulneráveis às parcialidades da política. No entanto, a implantação da Justiça Constitucional não representa uma exclusividade do controle jurisdicional em detrimento do controle político, mas tão somente uma relação de intensidade ou predomínio daquele em detrimento deste. Isto é:

A classificação dos sistemas de Justiça Constitucional com base no elemento indicado dificilmente pode oferecer resultados apaziguados se estiver ancorada em esquemas com uma dicotomia. Embora se possa pensar em modelos políticos e modelos jurisdicionais, não será fácil encontrar, exceto em casos limitados, ordenamentos que esgotam o controle das leis apenas em

¹⁰ Este trabalho trata os termos politicidade e politização como conceitos distintos. O primeiro consiste na dimensão política que Poder Constitucional possui para resolver juridicamente os casos, o que não compromete a prepondância do jurídico sobre o político. O segundo apresenta-se como a supressão da capacidade de o Poder Constitucional decidir juridicamente uma questão, aniquilando a atuação jurídica do órgão de controle, levando à subtração de fato do constitucionalismo judicial. Ambos os conceitos serão melhor abordados no capítulo 2.

remédios processuais, ou apenas em remédios políticos (também se esse segundo evento for mais frequente) (PEGORARO, 2015, p. 8)¹¹

Assim, é improvável que a Justiça Constitucional de qualquer país seja totalmente pura. Sua pureza será medida, de maior ou menor grau, a depender de como os controles jurídico e político convivem dentro do sistema jurídico. Quando, por exemplo, uma Constituição bloqueia a apreciação de determinada matéria pelo Tribunal para confiá-la ao poder político, a Justiça Constitucional encontra-se impura até a medida em que esse Tribunal se encontra impossibilitado de fazer o controle definitivo da Lei Maior.

A impureza também poderá ser interna à Justiça Constitucional, pelo modo político como o Tribunal atua em um determinado caso. O contexto mais comum para que isso aconteça é em razão da judicialização de questões políticas, o que implicará, necessariamente, alguma margem de sensibilidade política (impureza) do Tribunal. Em termos mínimos ou moderados, essa sensibilidade é até recomendável, pois a Justiça Constitucional também deve estar preparada para conhecer dos elementos políticos que identificam o conflito (SOBRINHO, 1997, p. 148).

O problema está quando o grau de impureza cresce ao ponto de retirar do controle jurídico a hegemonia no tocante à curadoria da Constituição. Caso isso ocorra, a Justiça Constitucional perde seu real sentido, pois a fiscalização jurídica da Constituição torna-se meramente circunstancial.

Por esse motivo, esta seção não tratará dos ordenamentos jurídicos caracterizados pela proeminência absoluta da política, ou seja, que resistem ao constitucionalismo judicial. Por exemplo, estão excluídos os países que assumam a forma de Estado socialista, que, em nome da unidade do poder estatal, negam que a jurisdição constitucional possa prevalecer sobre a vontade do povo, encarnada nos órgãos (o partido político único comunista, e.g.) através dos quais se expressam. Outro exemplo de caso que não guarda pertinência com a pesquisa é de ordenamentos como o do Irã, guardado por órgão político – o Conselho de Guardiões – encarregado de aplicar parâmetro jurídico-religioso – denominado A Shari’a (PEGORARO, 2015, p. 9). Ambas as situações citadas recebem maior força política do que jurídica.

Vale ressaltar, ainda, que a proeminência política não se mede pela aparência política da estrutura do Tribunal, mas sim pelo quão isento esse órgão é para decidir a Constituição.

¹¹ No original: “La clasificación de los sistemas de justicia constitucional en base al elemento indicado difícilmente puede ofrecer resultados apaciguados si queda anclada a esquemas con dicotomía. Mientras se pueda pensar en modelos políticos y modelos jurisdiccionales, no será fácil encontrar, excepto casos limitados, ordenamientos que agoten el control de las leyes solo en remedios procesales, o solo en remedios políticos (también si este segundo suceso es más frecuente)”.

Nesse sentido é que, e.g., o Conselho Constitucional francês, apesar da sua estrutura típica de modelo orgânico político, reconhece-se como órgão dotado de ascendente juridicidade (FAVOREU, 2004, p. 101).

Nestes termos, faz-se necessário descrever minimamente como, a depender do contexto em que acontece, a confluência entre o jurídico e o político estabelece os contornos da Justiça Constitucional, influenciando indubitavelmente nas práticas e atitudes caracterizadoras da figura do Tribunal.

1.2 O constitucionalismo revolucionário: contextualização, crítica à desacreditada magistratura do período absolutista e as dificuldades para se estabelecer um controle jurisdicional da Constituição.

As primeiras Constituições escritas modernas surgiram nos Estados Unidos (1787) e na França (1791), como resultado do triunfo das revoluções burguesas do século XVIII em ambos os países. À luz de Ackerman (2015, p. 15-16), pode-se perceber que essas revoluções consistiram em movimentos revolucionários *outsiders*, pois a resistência (elemento externo ao *status quo*) não cedeu a concessões estratégicas do governo estabelecido, permanecendo mobilizada até a ruptura da velha ordem. Com efeito, nem os fundadores da América “Washington, Madison e os demais jogaram o jogo político usual de acordo com as regras estabelecidas pelo Império Britânico” (ACKERMAN, 2009, p. 6), nem as novas forças sociais francesas evitaram acabar com a monarquia absoluta, derrubando sua estrutura oficial de poder (HOBBSBAWM, 2003, p. 83-113).

Seria diferente se os grupos adeptos ao levante contra o *status quo* recuassem assinando acordo com o poder estabelecido em troca de reformas no sistema político e de governo. Em tal hipótese, as revoluções burguesas passariam, possivelmente, a ser apenas movimentos revolucionários *insiders* (ACKERMAN, 2015, p. 16-17), isto quer dizer, mais moderados – e quiçá menos efetivos – que as revoluções *outsiders*, na medida em que ocorreriam dentro do próprio governo criticado, sem certezas de que a mudança do caráter geral de suas estruturas político-sociais realmente ocorreria.

Vale destacar que, em relação à monarquia absoluta francesa, reformas em doses modestas chegaram a ser pensadas durante a época dos chamados déspotas esclarecidos, mas logo foram abandonadas por esbarrarem no interesse da aristocracia local e de outros interesses instalados. Contudo, a revolução vindoura demonstrou que resultados deste fracasso foram

mais desastrosos para o monarca, que sucumbiu frente à destemida força da mudança burguesa (HOBSBAWM, 2003, p. 85).

Portanto, se a geração revolucionária vence a luta contra o *status quo*, a adoção das constituições escritas atua no sentido da normalização política revolucionária, imbuída do propósito de veicular o compromisso do novo regime com seus princípios e organizar o poder de forma a evitar a reincidência dos abusos passados (ACKERMAN, 2015, p. 20-21).

Com isso, e em decorrência da influência do iluminismo tanto sobre a revolução francesa como sobre a americana (TAVARES, 2017, p. 32-36), sobressaiu o pensamento nas Constituições modernas de que estas deveriam assegurar a vontade geral dos cidadãos (ROUSSEAU, 1978, p. 31) e de que “o povo estabelece suas leis, suas próprias regras de convivência” (TAVARES, 2005, p. 30).

A adoção da soberania popular transformou sensivelmente a atuação do Estado, que passou a manifestar-se pelos poderes constituídos, dotados de competências limitadas e com legitimidade extraída diretamente da Constituição. Para Storini (2007, p. 161), essa concepção escrita e formalmente limitadora das Constituições revolucionárias possibilitou a elaboração teórica de um sistema de controle pelo qual um órgão independente tornava-se encarregado de solucionar eventuais controvérsias entre forças constitucionais.

Se, no entanto, só uma função pública isenta dos vícios políticos pretéritos poderia refletir segurança de cumprimento da limitação de poder ansiada pelas revoluções americana (1776) e francesa (1789), a escolha de quem seria o “controlador” apresentou maiores desafios na França, devido à desgastada relação com os juízes da velha ordem, que eram os operadores do direito da época do absolutismo.

Com efeito, os juízes do absolutismo europeu dos séculos XVII e XVIII eram vistos como autoridades subordinadas ao monarca, incumbidas da mera execução de suas ordens, ou seja, serviam menos à justiça e mais à administração do interesse da Coroa (TAVARES, 2012a, p. 23-34).

Nas palavras de Dallari (1996, p. 11-13), os governantes absolutos designavam os juízes para objetivos que não tinham necessária relação com a solução de conflitos jurídicos; e, a menos que não contrariassem a vontade dos detentores do poder político supremo, os juízes podiam agir sem limites, inclusive com impiedade, o que lhes fazia serem temidos pelo povo.

Segundo Pinto (2008, p. 112), a magistratura absolutista servia unicamente à manutenção do *status quo* do poder aristocrático, revelando-se tendenciosa em favor das altas classes sociais do regime absolutista (coroa, nobreza e clero).

Somava-se a isso o fato de o ofício de juiz ser considerado mero título de propriedade, que poderia ser herdado, vendido ou alugado ao preço certo. Os juízes não atuavam por vocação, mas porquanto o ofício era rendoso, uma vez que vendiam ao povo a prestação jurisdicional, havendo, inclusive, muitos casos de exagero nas cobranças feitas contra os demandantes (DALLARI, 1996, p. 14).

Isso explica o porquê de o povo da época rezear que as demandas recebidas pela magistratura se convertessem em mera troca de favores pessoais ou políticos. Os magistrados passaram a ser vistos com imensa desconfiança pela população, que demonstravam preocupação em ter que pagar caro pela interferência de um juiz para eventual resolução de conflitos sem qualquer garantia de que seria atendida com justiça (DALLARI, 1996, p. 14).

As más recordações em face dos juízes fizeram com que a revolução francesa assumisse o poder na França, tendo como um dos seus primeiros objetivos a punição de vários ocupantes da magistratura e a reforma do Judiciário conforme o novo ambiente republicano e a separação dos poderes. Pinto (2008, p. 112) descreve bem esse momento:

Em face desse contexto, o resultado da Revolução, neste particular tocante, não poderia ter sido outro: proibição de exercício da magistratura por membros do legislativo ou pelo Rei (art. 1º, Capítulo V, Título III, da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791); unificação da jurisdição como emanção da soberania da nação, cancelando-se as jurisdições extraordinárias então existentes; transformação dos juízes em funcionários públicos do Estado; e adoção da ideologia da confiança absoluta no legislativo, manifestada na proibição do Judiciário suspender a execução de lei, contida no art. 3º, Capítulo V, Título III, da Constituição Revolucionária de 1791, ou seja, na vedação de exercício do controle de constitucionalidade a pretexto de constituir-se em ingerência em assuntos próprios do legislativo.

No período imediatamente posterior à revolução, à magistratura francesa coube papel secundário e desprovido de independência (TAVARES, 2012b, p. 20). Isso é tão verdade que o governo de Napoleão reduziu o judiciário a simples órgão burocrático, pois, como abominava um “governo dos juízes”¹², estabeleceu um sistema de juízes do governo, período no qual a magistratura foi resumida à condição de boca da lei (ZAFFARONI, 1995, p. 148).

Tanto na França quanto no resto da Europa, apesar dos avanços decorrentes da revolução de 1789, não se confiou a guarda da ordem jurídica a um órgão de justiça. Entre o século XIX e o início do século XX, o “dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs”

¹² Sobre o conceito de “governo dos juízes”, empregado no âmbito do direito francês como a penetração da autoridade judiciária no âmbito legislativo, recomenda-se a leitura de: LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois**. Paris: Marcel GIARD Libraires-Éditeurs, 1921.

e o reino do direito passou a ter na lei, e não na Constituição¹³, o seu parâmetro de legitimidade. Assim, os juízes – que, no continente europeu, já sofriam desconfiança acerca do seu profissionalismo e independência desde o período absolutista, quando atuavam como braço do monarca – foram tratados como incapazes para exercer a jurisdição constitucional ao passo que autoridade do legislador era tida como suficiente para atestar a regularidade às atividades públicas e privadas (FAVOREU, 2004, p. 20).

Quanto ao papel de produtor da norma jurídica, por meio do conceito de nação, o parlamento tomou para si a legitimidade para exercer a democracia indiretamente em nome do povo (STORINI, 2007, p. 162), uma vez que o exercício da democracia direta, tal como idealizavam autores como Rousseau (1978, p. 37), seria algo infactível e utópico.

O parlamento passou a agir como representante popular tanto no tocante à elaboração da Constituição e criação das instituições públicas (representação extraordinária), quanto em relação ao exercício das funções legislativa e executiva (representação ordinária) (COSANI, 2016, p. 33). Nesse contexto, Sieyes (1986, p. 69; 117) sintetiza “nação” como um corpo de associados que vive sob uma lei comum e representado pela mesma legislatura; que existe antes de tudo e é a origem de tudo, restando subordinado somente ao direito natural.

Por sua vez, quanto ao de intérprete da norma jurídica, é possível assinalar que os representantes do povo francês se tornaram uma espécie de líderes carismáticos da revolução (ACKERMAN, 2015, p. 20-21), legitimando-se até para o exercício do poder de estabelecer o sentido das normas do novo sistema constitucional, de acordo com os fundamentos revolucionários previstos na Constituição. Se por um lado a força do novo poder político estava a se soerguer, havia indubitável prematuridade jurídica, na medida em que se passou a limitar o produto da interpretação dos juízes, limitando-a ao sentido literal da vontade do legislador.

A fé no parlamento levou o povo a eleger o princípio da supremacia legislativa como matriz do pensamento jurídico-constitucional. Tal princípio identificava o Poder Legislativo como eixo específico e distintivo do que emana a soberania popular. Tratava-se, portanto, da síntese cultural, política e histórica que refletia o parlamento como padrão geral de caráter evolutivo de representantes do povo, os quais haviam desafiado com êxito as intenções e as pretensões absolutistas da monarquia (GARDBAUM, 2016, p. Kindle 2782 de 6102).

¹³ Nesse período inicial do constitucional, Favoreau explica que havia um contraste entre Estados Unidos e Europeu quanto à importância que davam à Constituição. Para o autor, “Nos Estados Unidos a Constituição é sagrada; na Europa é a lei que é sagrada”. Cf. FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 20.

Tal movimento repercutiu não só na Europa continental, como também atingiu o Reino Unido, que passou a considerar, após as revoluções, os parlamentares ingleses como melhores representantes do pacto político de limitação de poder estatal firmado entre povo e monarquia. Nessa linha, “a magistratura inglesa também sofreu as influências das revoluções burguesas, que acabaram estabelecendo a supremacia da Câmara dos Comuns sobre a dos Lordes e culminaram com a criação do parlamentarismo, no início do século dezoito” (DALLARI, 1996, p. 13).

Por fim, Gardbaum (2016, p. Kindle 2815-2817 de 6102) adverte uma certa relação entre a supremacia legislativa e a teoria do constitucionalismo político, desenvolvida pelo direito inglês. Essa teoria opõe-se à ideia de uma Constituição com valor jurídico exigível ante as cortes de justiça. Embora não negue a importância nem o caráter central dos contrapesos para controlar o governo, entende que tais contrapesos devem ser políticos, e não jurídicos, por tratar-se de solução legítima democraticamente e mais efetiva.

A ideia de supremacia legislativa encaixou-se adequadamente à realidade da França da época, que, por possuir uma burguesia bem mais heterogênea do que a dos Estados Unidos (STORINI, 2007, p. 162), viu no parlamento pós-revolucionário – tomado pela sociedade do Terceiro Estado – uma instituição capaz de estabelecer a igualdade entre as pessoas.

Ao contrário do que ocorreu no Velho Continente, a América adotou constitucionalismo de perfil jurídico já no período pós-revoluções modernas, entendendo que somente o Poder Judiciário, exógeno à política, poderia exercer o papel de defensor da Constituição com racionalidade.

1.3 O cenário da Justiça Constitucional nos Estados Unidos: o controle da constituição pelos juízes do Poder Judiciário prenunciado desde a fundação do país.

O que fez com que a sorte dos juízes nos Estados Unidos fosse completamente diferente da sorte dos juízes da Europa assim que sobreveio o constitucionalismo moderno? Por que os juízes dos Estados Unidos passaram a ter a competência para o controle jurídico da Constituição desde o início desse período; mas, na França, o mesmo acontecimento não se repetiu¹⁴?

As respostas pertinentes as indagações supracitadas apresentam-se a seguir. A primeira parte de uma perspectiva essencialmente histórica, que averigua eventos imediatamente

¹⁴ Na França, o Conselho Constitucional Francês, reconhecido como a “Corte” da Constituição, tem natureza de órgão judicante com competência para jurisdição constitucional, embora não componha o Poder Judiciário. Foi criado em 1958 (CARDOSO, 2006).

anteriores ao tempo da vigência da Constituição americana de 1787 e que, de alguma forma, seriam importantes para a definição do Poder Judiciário como Poder Constitucional nos Estados Unidos.

Por sua vez, a segunda justificativa parte da premissa de que a experiência institucional da Suprema Corte estadunidense como “Tribunal da Federação ou dos Poderes do Estado” foi fato inaugural do sistema de controle da Constituição do país.

1.3.1 O primitivo controle jurídico dos juízes coloniais americanos e a doutrina de Hamilton sobre o Poder Judiciário

Fortes do Rego (2017, p. 64-69) sugere que os juízes das antigas colônias inglesas na América do Norte praticavam um prematuro, porém interessante, ofício de avaliação da conformidade das leis coloniais com as Cartas da Coroa, documentos da Coroa britânica que regiam a relação entre a metrópole e suas colônias e em cujo conteúdo havia a obrigação de que as leis destas deveriam respeitar o direito daquela.

Se não consistia em autêntico controle jurídico sobre as leis, ao menos, após a transformação das ex-colônias britânicas na Federação dos Estados Unidos, serviu para convencer o povo do país de que os seus juízes estariam aptos ao exercício profissional da função.

Possivelmente, esses juízes coloniais foram influenciados a agir dessa forma por força do que pregava a doutrina Coke, difundida na Inglaterra do início século XVII, com a dinastia dos Stuarts, até o fim da revolução gloriosa, em 1688 (FORTES DO REGO, 2017, p. 66).

O seu expoente, o Sir Edward Coke, na condição de presidente do Tribunal Superior de Apelação (*Common Pleas*) e, posteriormente, do Tribunal Superior de Justiça (*King's Bench*) inglês, defendia, em oposição ao despotismo da época, a autoridade de árbitro dos juízes para pacificar conflitos entre o Rei e os súditos e a prevalência do *common law* em relação às ordens da coroa (FORTES DO REGO, 2017, p. 65).

O caso mais emblemático julgado pelo juiz Coke foi o Caso Bonham (1610), ocorrido enquanto presidia a *Court of Common Pleas*. Narram os fatos que Bonham era um graduado em medicina, que exercia a profissão médica na Inglaterra, mas que não havia obtido uma licença específica a ser expedida pelo respectivo Conselho Profissional (*College of Physicians*). Sem a licença, Bonham foi acusado de crime por violar um ato do monarca no Parlamento (decreto real), apelando à justiça para evitar eventual condenação. Ao decidir a questão, Coke

afastou a aplicação da legislação real ao caso concreto, sob o argumento de que não se conformava com o direito comum (*common law*) inglês, pois o Conselho Profissional somente poderia fiscalizar o exercício da profissão, mas não barrar o ingresso de Bonham no exercício da profissão de medicina (FORTES DO REGO, 2017, p. 66).

O exemplo dos juízes coloniais provavelmente levou Hamilton, um dos *Founding Fathers* dos Estados Unidos, a recomendar os juízes como baluartes da Constituição limitada, incumbidos de impedir arbítrios ou usurpações dos legisladores em detrimento da vontade popular, devidamente consagrada na Constituição (HAMILTON; JAY; MADISON, 1840, p. 157).

A proposta teórica de Hamilton consistiu em forte argumento para a concessão de importantes garantias funcionais aos juízes, como as expressamente previstas no art. III do respectivo texto constitucional: a da estabilidade nos cargos e a da irredutibilidade remuneratória. Sem tais garantias, difícil seria transmitir aos juízes a sensação de independência para que seu papel de defensor da Constituição pudesse materialmente ocorrer.

A independência dos juízes foi confirmada na Constituição com a criação de um Poder Judiciário dotado de estrutura própria e separada das estruturas dos Poderes Legislativo e Executivo.

A separação dos poderes na Constituição estadunidense aplica parcialmente a teoria de Montesquieu sobre a tripartição das funções estatais. Mas tal contributo teórico não foi puramente transportado para a citada Constituição porque, em Montesquieu, o poder judicial possuía uma atuação política excessivamente tímida, ao ponto de chamá-lo de poder “nulo” ou de “boca que pronuncia a lei” (MONTESQUIEU, 2005, p. 172-175).

Os americanos reconheceram a envergadura política do Poder Judiciário para agir como órgão de intermédio entre povo e legislativo, conformando a atuação do representante aos limites que lhe definiu a vontade do representado, segundo o parâmetro da Constituição.

Embora se discuta se esse arranjo constitucional também recebeu contribuições da clássica teoria tripartite de Locke¹⁵, convém destacar que esta (que, cronologicamente, é anterior ao surgimento da teoria de Montesquieu) realiza a distinção das funções estatais sem, no entanto, contemplar a função judicial como autônoma (LOCKE, 2011, p. 98-100).

Com efeito, a proposta de Locke preferiu subordinar a função judicial ao poder executivo, ao qual também caberia a execução das leis editadas pelo poder legislativo, tido pelo autor como mais poderoso entre todos os poderes. A trindade funcional completava-se com o

¹⁵ Sobre o assunto, Cf. TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 29/1999, p. 66 – 71, Out – Dez, 1999.

poder federativo, voltado à determinação do poder de guerra e paz, de firmar ligas, promover alianças e todas as transações externas.

Segundo Ackerman (2014, p. 15), Montesquieu optou por trocar o poder federativo pelo judiciário porque ele já havia sido juiz durante a monarquia francesa, o que fez com que soubesse da importância da função de julgar. Além disso, entendia que somente separando a função de julgar do poder executivo, e ambas do poder legislativo, é que seriam evitados arbítrios estatais.

Desse modo, não há em Locke a pretensão de tratar a separação dos poderes como uma instituição essencialmente jurídica, fato que consiste no elemento de distinção mais evidente entre as duas teorias, além de ser útil para justificar porque Montesquieu foi mais relevante para a Justiça Constitucional estadunidense.

Interessante dizer que esse controle judicial, ao invés de centralizado na Suprema Corte, foi destinado a todos os juízes exercentes da jurisdição comum, indistintamente. Ou seja, tal sistema jurídico concebeu uma estrutura monista, em que o juiz do caso concreto passou também a ser o juiz do legislador (TAVARES, 2014, p. 256).

A função judicial como independente para aplicar a Constituição constitui instituto jurídico relativamente bem-sucedido no âmbito dos Estados Unidos, que, a propósito, foi exportado para diversos países do mundo (mas que não consistiu em medida necessariamente exitosa), especialmente na América Latina (ACKERMAN, 2009, p. 38-41). No entanto, de nada adiantará a confiança social nos juízes e a competência destes para controlar a Constituição se a maneira como forem investidos não lhes garantir, efetivamente, profissionalismo e independência, efetivamente. Com efeito, quanto mais rigorosos e impessoais forem os critérios, maior o grau de institucionalidade obterá o tribunal; mais fortalecido este será para atuar como autêntico agente de limitação do Estado.

1.3.2 A implementação do judicial review para a garantia do pluralismo institucional

A ideia de Constituição como *lei* e apta a *produzir efeitos da lei* levou os fundadores dos Estados Unidos a adotarem como parte integrante do sistema de separação de poderes a criação de um Poder Judiciário profissional e independente (BARKER, 2005, p. 68), preparado para realizar o controle da limitação do poder do Estado.

Os juízes estadunidenses receberam a condição de protetores do regime constitucional. Cheios da confiança do povo, esses agentes do Estado obtiveram poder, inclusive, para promover a nulidade das leis contrárias à Constituição.

Nesse contexto, a Constituição significou um documento jurídico repleto de supremacia (art. VI, cláusula 2, da Constituição dos Estados Unidos), enquanto consubstanciação dos institutos da rigidez constitucional e de governo limitado na sociedade moderna (PASQUINO, 2016, p. 15).

Portanto, a Constituição recebeu o tratamento de lei superior ou de medida de toda ação estatal, e, por sua vez, apelou à Justiça o controle da observância dessa medida constitucional (CANOTILHO, 2011, p. 6).

Pragmaticamente, o êxito da Justiça Constitucional nos Estados Unidos, imediatamente após a revolução, não se deu pelo substrato teórico que subsidiou a formulação do controle judicial das leis, e sim pela premissa material e concreta que se encontrava presente no país: a necessidade de assegurar o pluralismo institucional (estatal) (STORINI, 2007, p. 163).

A Suprema Corte, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, afirmou seu papel de garantir respeito ao equilíbrio entre essas forças, no âmbito que se reconheceu como superior ao dos vícios da Constituição (STORINI, 2007, p. 163).

No entanto, embora hoje exista uma relação umbilical entre Justiça Constitucional e direitos fundamentais, chama atenção o fato de a Suprema Corte estadunidense não ter sido, desde o início, dotada da competência para reconhecer e promover direitos dos cidadãos. Pelo contrário, no princípio o Tribunal reservava-se a solucionar, tão somente, os conflitos entre poderes, entre Estados e entre entes da Federação. Assim, até essa época, a Justiça Constitucional resumia-se na função árbitro ou de Tribunal da Federação/Poderes do Estado.

Em outras palavras, Pegoraro (2015, p. 4) esclarece que a Constituição norte-americana somente contemplou alguma declaração de direitos ou “*Bill of Rights*” após a guerra civil do país, quando, de fato, a jurisdição constitucional se ampliou para tutelar liberdades e direitos. No início, porém, o papel do Poder Judiciário era dedicado a fazer “respeitar as competências respectivas dos poderes, dos Estados e da Federação”, fazendo da Suprema Corte uma espécie de “Tribunal Federal – concentrado, diremos – de única instância”.

Decerto, o ensaio nº 78 de O Federalista prefixou as bases universais do controle da constitucionalidade, ao caracterizá-lo, genericamente, como “o conflito entre ‘essa (lei) que tem força obrigatória e validade superior’ e as demais; entre ‘a Constituição e a lei comum, a intenção do povo, a intenção de seus líderes’”. Antes do *Bill of Rights*, todavia, o problema da

Suprema Corte estava em atribuir solução a conflitos seja entre entes da federação, seja entre os poderes ou entidades públicas (PEGORARO, 2015, p. 4).

Ademais, o modo, inicialmente, “concentrado”, “federal” e “arbitral” como o Tribunal exercia tal atividade avinha da influência de outros ensaios de O Federalista. Com efeito, no ensaio nº 19, Madison e Hamilton rememoram os mecanismos (concentrados) de solução das disputas entre os cantões da Confederação Suíça; já no ensaio nº 49, Madison destaca o “Conselho dos Censores” na Pensilvânia reunido nos anos 1783 e 1784; no de nº 80, por fim, Hamilton refere-se à Câmara Imperial, criada por Maximiliano no final do século XV. Nesse contexto, a propósito, que são abordados os “meios constitucionais para fazer cumprir as disposições constitucionais”, que constituirão o limite das competências estatais”¹⁶ (PEGORARO, 2015, p. 4).

Portanto, a competência inaugural da Justiça Constitucional estadunidense foi a de resolver conflitos federativos verticais e horizontais. Tal missão foi, inclusive, reproduzida com claro êxito por outros países federados, valendo destacar o caso da Suíça, que conferiu esse especial poder ao seu Tribunal Federal Suíço (PASQUINO, 2016, p. 16).

Por sua vez, se inicialmente a função do Poder Judiciário estadunidense de fiscalizar a Lei Superior servia exclusivamente para pacificar os conflitos políticos inerentes à Federação, ficando essa competência a cargo da competência originária da Suprema Corte, é possível afirmar que tal cenário de Justiça Constitucional se inaugura como modelo concentrado (PEGORARO, 2015, p. 4), pois que realizado em única instância. Curiosamente, esse esclarecimento histórico contrasta com o que, em seguida, passou a ser uma das principais características do exercício do controle da Constituição nos Estados Unidos (*judicial review* ou revisão judicial): a natureza difusa, i.e., sua distribuição em vários núcleos de competência.

¹⁶ Segue a transcrição original da lição de Pegoraro: “*La Constitución no contiene al inicio como todos saben, algún Bill of Rights. Sólo con la incorporation, después de la guerra civil, la competencia del juez se extenderá de facto a las libertades y a los derechos. Recordemos que, al inicio el problema es cómo respetar las competencias respectivas de los poderes, de los Estados y de la Federación. Cuestión que sólo compete a la Corte Suprema, Tribunal federal –concentrado, diremos – de única instancia. El celeberrimo ensayo n. 78 del Federalista, que sienta las bases del control de constitucionalidad tiene un carácter universal cuando aborda genéricamente el conflicto entre «aquella (ley) que posee fuerza obligatoria y validez superior» y las otras; entre «la Constitución y la ley ordinaria, la intención del pueblo, a la intención de sus mandatarios». Detrás, sin embargo, el problema principal estaba representado por los conflictos, sea entre los poderes sea sobre todo entre las entidades públicas. En El Federalista el tema es recurrente: en el ensayo n. 19 Madison y Hamilton recuerdan los mecanismos (concentrados) de solución de las controversias entre los Cantones en la Confederación Suiza; en el n. 49 Madison evoca el “Consejo de los Censores” en Pensilvania reunidos en los años 1783 y 1784, y en el n. 80 Hamilton menciona a la Cámara Imperial creada por Maximiliano a fines del siglo XV; es aquí especialmente que reconduce el tema del “medio constitucional para hacer aplicar las disposiciones constitucionales” lo que constituirá el límite de las competencias estatales*”.

Esse arquétipo de Justiça Constitucional, defendido por Hamilton no artigo 78 de O Federalista, foi manifestado pouco tempo depois do advento da Constituição americana pelo Judiciário no Caso *Marbury v. Madison* (1803).

Na ocasião, o Presidente da República John Adams indicou William Marbury como juiz de paz para o Distrito de Columbia a poucos dias do fim do seu mandato presidencial. O Senado confirmou a indicação, tal como exige o texto da Constituição. Faltava apenas o ato de nomeação para que Marbury fosse investido no cargo de juiz. Entretanto, tal ato não foi entregue a Marbury até o fim do governo Adams, e o Presidente-sucessor, Thomas Jefferson, determinou ao seu então Secretário de Estado James Madison que negasse a nomeação de Marbury (BARKER, 2005, p. 69).

Insatisfeito, Marbury demandou perante a Suprema Corte dos Estados Unidos contra o ato omissivo de Madison, solicitando que a Corte mandasse que o Secretário de Estado realizasse a entrega do ato de nomeação (BARKER, 2005, p. 69).

Para levar a demanda diretamente à Corte máxima do país, Marbury invocou uma lei federal que atribuía competência originária em caso de *writ of mandamus* à Suprema Corte. Todavia, o Tribunal, liderado pelo *chief justice* Marshall, julgou-se incompetente para apreciar o pedido de Marbury, pois entendeu que a Constituição reduz a competência originária da Suprema Corte a certos casos, distintos do apresentado por Marbury. Assim, definiu que a lei federal era inconstitucional, na medida em que excedia os limites constitucionais da competência da Corte (BARKER, 2005, p. 69).

Com a decisão, a Justiça Constitucional da era Marshall indicou que o que estava em jogo na mecânica da fiscalização da inconstitucionalidade das leis seriam os atos *ultra vires* – estranhos ao raio de competência – dos Poderes Legislativo ou Executivo, violadores das regras de competência dos órgãos constitucionais estabelecidos na Constituição (CANOTILHO, 2011, p. 4).

Embora o propósito fundamental da Constituição dos Estados Unidos não tenha sido a proteção dos direitos fundamentais, e sim o fortalecimento do governo nacional (BARKER, 2005, p. 79), o processo de ratificação da Constituição pelos Estados-membros foi bastante dificultoso, uma vez que, para muitas pessoas, faltava uma declaração de direitos. Assim, assumiu-se um compromisso implícito de que, assim que ratificada, a Constituição sofreria reforma para receber uma Carta de direitos fundamentais (BACKER, 2005, p. 81).

Quando adveio, em 1791, esse *Bill of Rights* não trouxe direitos fundamentais novos, mas sim garantiu liberdades tradicionais já exercidas pelo povo estadunidense desde antes da fundação, como as liberdades de expressão e de imprensa, a inviolabilidade do domicílio e a

liberdade religiosa (BACKER, 2005, p. 82). Tratou-se de ato de liberalismo *laissez-faire*, que supôs que “o *status quo* fornece uma base aceitável para a elaboração de direitos fundamentais e considera o governo hiperativo como a única ameaça séria à liberdade” (ACKERMAN, 2009, p. 106).

Em seguida, os eventos da guerra civil americana e da abolição da escravidão, em meados do século XIX, implicaram a promulgação das emendas Décima Terceira e Décima Quarta, que levaram à Constituição normas de direito fundamental mais progressista. Somam-se a isso as políticas socioeconômicas visando à recuperação da grande depressão e os movimentos de luta pelos direitos civis, já no século XX, que também representaram passos importantes para que houvesse a extensão dos direitos fundamentais já consagrados (BACKER, 2005, p. 82-84). Ao contrário dos atos de liberalismo *laissez-faire*, Ackerman classifica estes atos de liberalismo ativista, pois reconhecem “que o governo não tem monopólio sobre a tirania e que os cidadãos podem, da mesma maneira, ser facilmente destituídos do seu direito nato à liberdade por ignorância, pobreza e preconceito” (ACKERMAN, 2009, p. 106).

Atenta ao tema dos direitos fundamentais, a Suprema Corte reconheceu ampliada sua competência para exercer Justiça Constitucional não apenas como Tribunal da Federação/Poderes do Estado, mas também como Tribunal dos Direitos Fundamentais, tomando decisões importantes no intuito de levar as garantias textuais da Constituição a sério.

Assim, a Suprema Corte transformou-se, efetivamente, na primeira Corte Constitucional do mundo e instituiu o procedimento de fiscalização denominado *judicial review*, por meio do qual, no curso de um processo, os juízes e tribunais processantes do feito podem resolver se uma lei ou ato governamental, relevante ao caso, contraria alguma norma da Constituição-parâmetro, podendo tornar sem efeito a legislação-objeto questionada (PASQUINO, 2016, p. 25).

Como reflexão final, entende-se que uma das maiores vantagens do *judicial review* consiste no fato de que, mesmo que a Suprema Corte não revise o caso diretamente, não existirá denegação da Justiça Constitucional, pois os juízes e tribunais inferiores terão apreciado a questão constitucional suscitada, impondo o respeito à Lei Maior em face do caso concreto sujeito a sua competência.

1.4 O cenário da Justiça Constitucional na Europa continental: a migração do constitucionalismo político para o constitucionalismo judicial, após a segunda guerra mundial

Durante o século XIX e começo do século XX, o respeito ao legislador e a descrença na magistratura impediu que os países europeus adotassem o modelo de controle jurisdicional da Constituição desenvolvido nos Estados Unidos, optando por um controle preferencialmente político. Com efeito, depois que o parlamento ganhou as batalhas contra o absolutismo, a soberania popular se institucionalizou na legislatura, enquanto que o outrora pujante poder monárquico se dissolveu entre as funções executiva e judicial.

O princípio da supremacia legislativa regia na Europa a ideia abstrata de que o governo democrático não deveria estar nas mãos de um juiz porque nele ninguém votou, mas também manifestava o triunfo mais concreto e histórico do povo contra as pretensões de supremacia da Coroa e uma pequena elite política, com o que se instituiu um forte vínculo entre as legislaturas e a cidadania (GARDBAUM, 2016, p. Kindle 2787 de 6102).

Todavia, o forte vínculo que a revolução moderna na Europa estabeleceu entre as legislaturas e a cidadania entrou em crise a partir do momento em que a sociedade civil organizada e a comunidade internacional imputaram às decisões do Poder Legislativo o apoio a regimes bélicos e fascistas que ensejaram a deflagração da segunda guerra mundial. Como a guarda da Constituição era confiada a esse órgão de soberania popular, a quem cabia um controle político, e não jurisdicional, a decisão ficou insuscetível de controle, implicando na deflagração da guerra (GARDBAUM, 2016, p. Kindle 2790 de 6102).

O modelo europeu de Justiça Constitucional, proposto por Kelsen, mais tarde se tornaria hegemônico no Velho Continente, embora países como Grécia, Dinamarca, Suécia e Noruega tenham preferido uma Justiça Constitucional mais próxima do modelo estadunidense.

O contributo de Kelsen trouxe como principal novidade a habilitação do Tribunal Constitucional para agir em confronto direto com o legislador, sendo, aparentemente, por vezes até mais agressivo do que a Suprema Corte estadunidense na realização de tal mister (FAVOREU, 2004, p. 18).

Mas o caminho até que a Justiça Constitucional se afirmasse entre os países da Europa foi árduo, passando necessariamente pela queda de confiança na curadoria política, após a era da supremacia do legislador não ter sido capaz de conter ilegalidades e abusos de poder em face dos direitos humanos.

Além do mais, vale destacar que, antes que a teoria do Tribunal Constitucional de Kelsen fosse incorporada pelos ordenamentos jurídicos, a Europa – e, especialmente, a Alemanha – ainda foram influenciadas pela doutrina de Schmitt, que defendia o poder neutro do Chefe de Estado como o mais adequado para exercer a guarda da Constituição, por representar o elo nacional entre os membros pertencentes ao Estado.

1.4.1 O Chefe de Estado como curador da Constituição

De acordo com a teoria desenvolvida por Schmitt, no contexto da Constituição de Weimar, de 1919, havia forte interesse da doutrina em retirar do legislador da função curadora, substituindo-o por um órgão melhor preparado para preservar as garantias especiais previstas na Constituição.

Com efeito, segundo Schmitt, “enquanto no século XIX lutava-se, sobretudo, por proteção contra o governo”, percebeu-se, a partir do começo do século XX, que a proteção contra legislação se dava apenas por meio da “maioria parlamentar”. Assim, considerando a probabilidade de “o risco para a Constituição emanar, doravante, da esfera do legislativo, o legislador não pode mais ser guardião” (SCHMITT, 2007, p. 38).

O Tribunal de Justiça do Reich exercia esse papel “desde que se declarou autorizado, na decisão de 4 de novembro de 1925 (Jurisprudência civil do Reich 111, p. 320), a examinar leis ordinárias do Reich quanto à sua concordância com a Constituição do Reich” (SCHMITT, 2007, p. 19). No entanto, Schmitt defendia que o controle jurídico exercido pelo tribunal ocorreria de modo tão somente ocasional, exercido por qualquer juiz de forma difusa, não podendo se afirmar que tal atividade consistiria numa função de curadoria propriamente dita (SCHMITT, 2007, p. 28).

Ao se perguntar se esse tribunal seria, de fato, o curador da Constituição, Schmitt relembra que a tendência de nomear tribunais para essa função surgiu com o modelo americano de constitucionalismo judicial. No entanto, nega categoricamente a transposição desse modelo para o Estado continental europeu, pois este possui condições políticas e sociais bem diferentes (SCHMITT, 2007, p. 22).

Em especial, sustenta que o modelo americano seria deveras conservador para a realidade da Alemanha, citando casos decididos pela Suprema Corte que declararam inconstitucionais leis de proteção aos trabalhadores e determinações sociopolíticas, incluindo regras relativas à proteção laboral em favor de mulheres e crianças, direitos já consagrados como naturais no ambiente alemão (SCHMITT, 2007, p. 22).

O autor assinala que o Tribunal de Justiça do Reich tinha uma importância muito modesta em comparação com o direito de exame de um tribunal norte-americano e, em uma observação mais detalhada de suas proporções, movimentava-se dentro de limites muito estreitos (SCHMITT, 2007, p. 23). O citado tribunal alemão não tinha o poder de abjudicar a validade de uma lei, mas apenas o de não a aplicar ao caso concreto em razão da aplicação da

norma constitucional (SCHMITT, 2007, p. 24); também não era preparado para defender princípios gerais, fato que lhe esvaziava como guardião e defensor da ordem social e econômica existente.

Em outras palavras, embora os juizes do Tribunal de Justiça do Reich tenham aceitado “verificar a constitucionalidade formal das leis a partir de uma decisão do Tribunal do Reich de 4 de novembro de 1925”, tais juizes não ousaram “formular regras sobre a constitucionalidade da lei e principalmente sobre a proteção dos direitos fundamentais” (FAVOREU, 2004, p. 19).

Schmitt afasta que a Justiça Constitucional seja a melhor instituição para operar o controle da Constituição, na medida em que, sem evitar que o ponto principal da decisão política permaneça situado na legislação, o Tribunal não seria capaz de subtrair o risco de que o poder legislativo promova outras normatizações discutíveis e que se revelem como ameaça à própria atividade da justiça (SCHMITT, 2007, p. 28). Além disso, os seus juizes não seriam capacitados politicamente para lidar contra o legislador nem para absorver as complexidades decorrentes do ambiente político (SCHMITT, 2007, p. 225-227). O principal motivo é o de não serem eleitos pela totalidade do povo, o que, num choque contra o legislador, impediria que esse tribunal recorresse ao discurso de constituir-se em um “apelo ao povo” (SCHMITT, 2007, p. 228).

Em essência, o juiz em Schmitt é aquele que primeiro é vinculado às leis para depois vincular-se à Constituição, não se lhe podendo outorgar o reconhecimento da guarda desta. “Caso o juiz abandone a base na qual realmente exista uma subsunção do fato típico a normas gerais e, com ela, uma vinculação material à lei, ele não mais pode ser juiz independente e nem um sinal de aparência de justiça pode protegê-lo dessa conclusão” (SCHMITT, 2007, p. 29).

O autor também assinala que o movimento do livre direito e da magistratura “criadora” apresenta-se como um problema constitucional, pois a decisão judicial, em seu conteúdo, deve ser derivada de outra decisão de modo mensurável já contida na lei (SCHMITT, 2007, p. 56-57). Sendo assim, não se pode outorgar ao juiz a decisão política, que é assunto do legislador, sem alterar seu posicionamento de direito público (SCHMITT, 2007, p. 41-42), sem desconfigurar a ideia de justiça.

Para Schmitt, a solução mais adequada para o papel de curador da Constituição é atribuí-la ao presidente do Reich, que deveria funcionar como um poder neutro, intermediário e regulador (SCHMITT, 2007, p. 232-234).

Com efeito, o presidente do Reich, enquanto guardião da Constituição, afirmaria o princípio democrático prescrito na Constituição de Weimar, pois estaria posicionado no centro de todo um sistema de neutralidade e independência sobre fundamentos plebiscitários, ante os partidos políticos. O art. 48 da Constituição já indicaria o Presidente do Reich como guardião

da Constituição. Eleito pela totalidade do povo alemão, ele representaria a “unidade política” e estaria legitimado para fazer frente às instâncias legislativas, funcionando como um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder.

1.4.2 A implementação da proposta de controle jurisdicional de Kelsen: o Tribunal Constitucional como Quarto Poder do Estado

A doutrina de Schmitt sobre a guarda política foi densamente acolhida pela Alemanha durante o Terceiro Reich, levando o Presidente do Poder Executivo a exercer o papel de curador da Constituição até a queda do respectivo regime político, ocorrida com o fim da segunda mundial. Com a guarda tomada pelo Poder Político, o Tribunal do Reich evitou formular decisões sobre a constitucionalidade das leis e sobre a proteção dos direitos fundamentais, não se opondo, portanto, às abundantes transgressões de ordem constitucional praticadas pelo parlamento e pelo governo. Essa razão “impeliu os reformadores, após a guerra, a voltar às teorias de Kelsen, que tinham sido afastadas em proveito das de C. Schmitt” (FAVOREU, 2004, p. 19).

Até o primeiro cenário de formação da Justiça Constitucional, que se notabilizou nos Estados Unidos, o órgão jurídico encarregado da proteção precípua da Constituição encontrava-se dentro da estrutura de funcionamento do Poder Judiciário, tecnicamente denominado de Tribunal Supremo. Isso se deveu ao fato de que o constitucionalismo estadunidense nasce com a confiança nos juízes do Poder Judiciário para a prática de tal mister.

A realidade muda no segundo cenário. Como já assinalado anteriormente, no âmbito europeu continental, a desconfiança nos juízes prevalecia pelas desastrosas marcas deixadas pelos magistrados do absolutismo. Assim, o controle político da Constituição foi hegemônico nos países da Europa pelo menos até a primeira metade do século XX.

Entretanto, o controle exclusivamente político da Constituição gerava o paradoxo de concentrar os papéis de controlador e controlado na mesma instituição, comprometendo uma das principais bases do Estado de direito, que é a limitação do poder estatal.

A proposta de Schmitt também não aparentava segurança, pois que possibilitava que um Chefe de Estado sustentado por maiorias populistas pudesse guardar a Constituição de acordo com sua conveniência política. Sendo assim, desde que emanados por autoridade competente, comandos jurídicos formais eram reconhecidos como lícitos independentemente do conteúdo da ordem, permitindo que Estados totalitários imprimissem suas ideologias livremente, inclusive oprimindo minorias.

O fim da segunda guerra mundial e a derrota dos governos autoritários ligados ao grupo dos países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) foram acompanhados de uma forte reflexão sobre a (in)eficiência do controle político da Constituição, seja pelo exercício do parlamento ou – como propôs a doutrina de Schmitt – pelo exercício direto do governante. O sentimento de dor causado pelas violações contra os direitos humanos implicou no nascimento de novas Constituições – denominadas de Constituições contemporâneas –, na reestruturação das instituições democráticas e na necessidade de escolha de um novo guardião constitucional, que deveria ser necessariamente exógeno à política.

Sem embargo, entre manter-se no constitucionalismo político e migrar para um constitucionalismo guardado pelo Poder Judiciário, as Constituições ou Leis fundamentais contemporâneas da Europa optaram por adotar uma terceira via: acolheram a fórmula do Tribunal Constitucional – inicialmente idealizada por Kelsen para a criação do guardião da Constituição da Áustria, 1920 –, um órgão tecnicamente jurisdicional que funciona fora dos três poderes clássicos, estruturando-se como verdadeiro Poder Constitucional (FAVOREU, 2004, p. 15).

Desde o princípio, Kelsen fazia questão de destacar que o curador da Constituição não deveria ser o parlamento, mas “um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal”, capaz de realizar a “anulação de seus atos institucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional” (KELSEN, 2007, p. 150).

Desse modo, o curador deveria ser um órgão novo, isento, que não se confundisse com o conceito tradicional de Poder Político, especialmente por deste advirem vícios e excessos normativos desafiados pelo controle da Constituição.

Por sua vez, o Tribunal não faria parte do Poder Judiciário, talvez por este relembrar, de alguma forma, as marcas negativas deixadas pelos juízes do absolutismo.

Tanto o Tribunal Constitucional quanto o Poder Judiciário possuem natureza jurisdicional, mas a diferença entre ambos se dá porque o modelo ideal de Kelsen designa àquele a competência exclusiva de interpretar e aplicar diretamente a Constituição, restando aos órgãos judiciários apenas lidar com matérias infraconstitucionais ou ordinárias.

A propósito, é neste cenário que nasce a dicotomia entre juiz constitucional – membros do Tribunal Constitucional – e juiz ordinário – juízes e tribunais do Poder Judiciário –, a qual não existe no cenário estadunidense, onde todos os órgãos judiciais são também competentes para lidar com a Constituição (FAVOREAU, 2004, p. 20-21).

A natureza jurisdicional do Tribunal chegou a ser duramente criticada por Schmitt, sob a alegação de que o controle de constitucionalidade das leis por órgão não-político significaria

grave risco à “politização da justiça” (SCHMITT, 2007, p. 33) ou reduziria o Estado Constitucional a uma indesejável “aristocracia de toga” (SCHMITT, 2007, p. 228).

Contra essa ofensiva, Kelsen assinala que Schmitt parte de um pressuposto errôneo, o de que entre as “funções jurisdicionais e funções políticas existiria uma contradição essencial, e que, particularmente, a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato político, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional”, e, portanto, essa conjectura impediria o Tribunal Constitucional de exercer a guarda da Constituição (KELSEN, 2007, p. 250-251).

Para Kelsen, o termo “política”, enquanto essência do ato decisório do Estado, não é uma qualidade reservada à atividade do legislador ou do Poder Político, mas também é inerente à atividade do juiz (prolador da decisão jurisdicional), uma vez que toda sentença é marcada por um exercício de poder e, conseqüentemente, de criação de direito (KELSEN, 2007, p. 250-251). Apesar disso, a possibilidade de que a criação do direito pelo Tribunal Constitucional poderia ser vislumbrada como uma usurpação do Poder Legislativo, fazendo com que Kelsen conferisse ao órgão guardião o dever de funcionar exclusivamente como mero legislador negativo, quer-se dizer, limitado à análise da compatibilidade “em tese entre normas precisas (regras infraconstitucional e constitucional)” (BRANDÃO, 2014, p. 193) e proibido de conhecer elementos concretos ligados à ação de controle.

Teoricamente, o Tribunal Constitucional, à luz do modelo kelseniano, não poderia agir como legislador positivo, pois passaria a transformar a realidade em substituição ao Poder Político, “o que seria inevitável caso o Tribunal usasse como parâmetros de controle princípios constitucionais abertos” (BRANDÃO, 2014, p. 193).

Assim, nada impediria que o Tribunal Constitucional, na condição de órgão de natureza jurisdicional e dotado de uma independência própria dos órgãos judiciários, operasse o controle da Constituição, desde que se sujeitasse à autorrestrição judicial, evitando concretizar princípios fundamentais.

Na prática, entretanto, o Tribunal Constitucional não se limitou às formulações iniciais de Kelsen. Sua instituição aperfeiçoou-se de acordo com as necessidades constitucionais de cada país (FAVOREAU, 2004, p. 27).

Uma primeira prova disso revela-se, justamente, com o uso dos princípios jurídicos como parâmetro de controle de constitucionalidade na Alemanha. Tal acontecimento fez com que o Tribunal Federal Constitucional se notabilizasse por concretizar materialmente direitos,

transformando a Lei Fundamental de Bonn¹⁷ em um elemento central da identidade política do país. Ademais, o mandamento kelseniano da autorrestrrição absoluta tornou-se significativamente relativizado.

Com efeito, malgrado não consistindo a Carta alemã em uma Constituição propriamente dita, por não ser oriunda de mobilização popular, mas imposta pelos países vitoriosos do segundo pós-guerra, o Tribunal foi além do papel de legislador negativo estabelecido por Kelsen e desenvolveu um papel distinto no espaço público como guardião dos compromissos da nova Alemanha e dos valores do iluminismo (ACKERMAN, 2015, p. 24-25), promovendo direitos fundamentais em favor dos indivíduos e grupos sociais (PASQUINO, 2016, p. 21).

Partindo da missão de assegurar que “A dignidade humana é inviolável” (art. 1.1 da Lei Fundamental), a Corte Constitucional alemã abriu-se diretamente aos seus cidadãos, o que se revela no fato de que hoje a maioria dos processos apresentados ao Tribunal são recursos de constitucionalidade interpostos por demandantes que alegam que uma decisão judicial ordinária, ação do governo ou ato legislativo ofendem não apenas princípios e regras consagrados na Lei Fundamental (EUROPEAN E-JUSTICE, 2017).

Outro exemplo de novidade em face do arquétipo de Tribunal Constitucional está na maior aproximação institucional entre este e os órgãos da justiça ordinária, possibilitando que ambos cooperem juntos em prol do controle jurisdicional da Constituição. Isso se revela, principalmente, mediante a participação dos juízes ordinários nos incidentes de constitucionalidade (PEGORARO, 2015, p. 11).

Por exemplo, na Itália, os órgãos judiciários têm legitimidade para remeter questão constitucional à Corte Constitucional (*ricorso incidentale*) desde que exista alguma dúvida razoável (*la non manifesta infondatezza*) em relação à lei que deveria ser aplicada para resolver o conflito que deve julgar. Os tribunais ordinários formulam perguntas preliminares ao Tribunal sobre a questão constitucional antes de tomarem qualquer decisão sobre o caso que devem resolver (PASQUINO, 2016, p. 20).

¹⁷ Trata-se de um documento jurídico, de 1949, que nasce por imposição do Protocolo de Londres (celebrado após o fim da segunda-guerra mundial) para regular o Estado da Alemanha Ocidental, mas que, por imposição do mesmo Protocolo, deveria submeter-se a referendo popular para transformar-se tecnicamente em uma Constituição, o que porém nunca foi feito. Com a unificação da Alemanha, em 1989, o Vice-presidente do Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental, Ernst Gottfried Mahrenholz, insistiu que o governo teria a obrigação de convocar o povo alemão para aprovar uma nova Constituição. Todavia, o governo da Alemanha Ocidental, que passaria a governar a Alemanha unificada, contrapôs-se à ideia por receio de que comunistas da parte oriental da alemã aproveitassem o ato público para questionar a legitimidade daquele governo. Com isso, o Chanceler alemão Kohl recusou-se a convocar referendo e promover a reunificação por um acordo curioso: um tratado comum celebrado entre as duas Alemanha em que uma delas, a Alemanha oriental, aceitou renunciar a sua existência, sujeitando-se à Lei Fundamental de Bonn (ACKERMAN, 2015, p. 24-25).

Atualmente, a Corte Constitucional italiana é, de fato, a única instituição no país com competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. No entanto, os juízes e tribunais ordinários encontram-se autorizados a aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição visando a preservar a constitucionalidade da norma questionada, atribuindo-a sentido validamente constitucional, como se pode depreender da Sentença nº 350/1997 da própria Corte Constitucional.

Também, é forte na Itália o sentimento de que o juiz ordinário e o juiz constitucional devem possuir relação de confiança e cooperação em matéria de controle de constitucionalidade. Por isso, a Corte possui um canal aberto para receber incidentes de inconstitucionalidade remetidos pelos órgãos do Poder Judiciário, desde que motivados pela impossibilidade de se reconhecer a norma, no todo ou em parte, como constitucional.

Isso ainda leva a uma curiosa implicação: a Corte Constitucional italiana, atualmente, não recebe ações ou recursos formulados diretamente pelos cidadãos, para se evitar que estes desafiem diretamente decisões produzidas por órgãos do Poder Judiciário, o que poderia abalar a relação de afinidade estabelecida entre Corte Constitucional e Poder Judiciário.

Portanto, o atual cenário da Justiça Constitucional na Europa revela uma tendência de aproximação dos Tribunais Constitucionais com outros órgãos de natureza jurisdicional do Estado, seja no tocante à iniciativa do juiz ordinário para suscitar a questão constitucional à Corte ou no tocante ao julgamento propriamente dito pelo juiz ordinário (PEGORARO, 2015, p. 11). Por outro lado, o mesmo movimento não acontece em relação aos órgãos de natureza política. Isso revela uma clara tendência de que a Justiça Constitucional representa, antes de tudo, a afirmação da ascendência do controle jurídico da Constituição em face do controle político.

Há, também, casos de Tribunais na Europa que, embora à primeira vista aparentem ser órgãos de controle eminentemente político, surpreendem porque se justificam mais próximos da ideia de Kelsen de Tribunal Constitucional como “legislador-negativo”. Criado pela Constituição da V República, em 04/10/1958, não pertence à “cúpula de qualquer hierarquia de tribunais judiciais ou administrativos. Nesse sentido, não constitui um Supremo Tribunal” (EUROPEAN E-JUSTICE, 2017).

Não obstante, tal Conselho também apresenta particularidades, como principalmente a de se notabilizar pela promoção do controle abstrato *ex ante* (fiscalização preventiva da constitucionalidade)¹⁸, o qual permite defender o mito – um dos legados da origem do

¹⁸ Em 01/03/2010, o Conselho Constitucional francês recebeu a competência da fiscalização da constitucionalidade a título excepcional, após a entrada em vigor das questões prioritárias de constitucionalidade. A partir de então,

constitucionalismo daquele país que ainda persiste no tempo – da expressão da vontade da lei, que entende que a única forma de controlar uma lei oriunda da maioria parlamentar é impedindo que seu nascimento jurídico aconteça (PASQUINO, 2016, p. 18).

Essa atuação preventiva – facultativa para as leis ordinárias ou os compromissos internacionais e obrigatória para as leis orgânicas e os regimentos das assembleias parlamentares – acontece até a vigência da norma, colocando o Tribunal na posição de corpo mediador entre maioria e minoria parlamentares imediatamente após o momento da produção legislativa.

1.5 O cenário da Justiça Constitucional no Brasil: entre o elitismo político e o constitucionalismo tardio.

Ao contrário dos dois cenários já citados, o constitucionalismo no Brasil não surge de um forte levante popular nem dos impactos de uma guerra. Pelo contrário, desde que o sistema de governo colonial foi desfeito, a população em geral permaneceu à margem das mudanças constitucionais mais simbólicas.

Ao menos até o advento da Constituição de 1988, o vácuo de poder popular foi ocupado por elites sociais e políticas, que agiram em prol das diversas Constituições escritas que passaram pelo país mais para interesse próprio do que para interesse geral. Esse contexto do passado representa bem o que é denominado por Ackerman (2009, p. 17-19) como constitucionalismo das elites, que significa o surgimento de uma nova ordem na qual as elites definem as novas regras do jogo e se comprometem a segui-las.

A criação da Corte Constitucional do país deu-se com Decreto nº 848, de 1890, que instituiu o Supremo Tribunal Federal nos moldes da Suprema Corte americana – onde o órgão de cúpula do Poder Judiciário é quem exerce o papel de Poder Constitucional. Antes, sob a égide da Constituição do Império, de 1824, o papel de guarda da Constituição cabia à Assembleia Geral, órgão legislativo, seguindo o modelo revolucionário francês (GROFF, 2008, p. 107).

O Supremo Tribunal Federal recebeu pela primeira vez, assento constitucional com a promulgação da Constituição da Primeira República, de 1891, mas o elitismo político fez com

qualquer interessado pode contestar qualquer disposição legislativa que, em sua opinião no âmbito de um processo judicial, desde que viole os direitos e liberdades constitucionalmente assegurados. Além do mais, o Tribunal pode ser provocado mediante reenvio do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, cabendo-lhe pronunciar-se dentro de três meses (EUROPEAN E-JUSTICE, 2017).

que o Tribunal não recebesse plenas condições para exercer sua função de Justiça Constitucional, moderando-se as atividades políticas desempenhadas pelos poderes políticos.

Pelo contrário, o momento de criação do Supremo Tribunal Federal coincidiu com o momento político de agigantamento do Poder Executivo brasileiro, que passou a atuar com prevalência em face dos demais poderes, “a pretexto de preservar as novas instituições da República contra grupos revoltosos” (FRAZÃO; SILVEIRA, 2017, p. 134).

À época, Rui Barbosa (2015, p. 43-45), inclusive, manifestou opinião nesse sentido ao defender a competência do STF, à luz da Constituição de 1891, para controlar os exageros do governo e do Congresso Nacional e, na oportunidade, ironizar a resistência política que, no anseio de deslegitimar qualquer atuação da Corte, classificava o exercício de eventual controle jurisdicional da Constituição de “ditadura judiciária”:

Por que singularidades climatéricas seria que a justiça federal¹⁹ aqui viesse, aqui, a ser o poder agressivo, o poder minaz, o poder absorvente denunciado pelos oráculos do republicanismo brasileiro?

Não pensavam assim os grandes homens de Estado, a cujo tino se deve a Constituição dos Estados Unidos. Se manuseardes O Federalista, vereis como Hamilton advoga ali essa autoridade extraordinária, que os patriarcas da grande república entregavam à justiça federal sobre os atos do Congresso e do Executivo. O Judiciário, observava o célebre americano, é o mais fraco dos três ramos do poder e, conseqüentemente, o menos propenso a usurpar, não tendo influência alguma sobre a espada ou a bolsa pública, não podendo, assim, tomar nenhuma deliberação ativa, e dependendo, até, ainda do Governo para execução das próprias sentenças. Dele pois não é de temer que empreenda nada contra as liberdades constitucionais. Todas as cautelas, pelo contrário, devem adotar o povo, para que o Judiciário não seja suplantado pelos outros dois poderes, e, quando entre as duas opressões houvéssomos de optar, menos grave seria a dos tribunais que a dos governos ou a dos congressos.

Não só as dificuldades políticas narradas por Rui Barbosa impediram o Supremo Tribunal Federal de exercer o controle jurídico da Constituição de 1891. A composição do Tribunal também se apresentava como um entrave para a materialização da Justiça Constitucional. Nos dizeres de Groff (2008, p. 110), a apatia do novo Tribunal para confrontar o poder político “devia-se muito ao fato de ser composto por juízes do velho regime, sem consciência do seu papel no novo regime”.

Os períodos constitucionais que se sucederam também não foram tomados pela democracia do povo, mas pela luta entre elites visando à liderança política (SCHUMPETER, 1961, p. 302), o que espelhou a continuidade do estado de baixa expressão da Justiça

¹⁹ O autor estava a falar do Supremo Tribunal Federal.

Constitucional. A seguir, algumas características das Constituições da história do país que justificam esse pensamento:

a) A Constituição de 1934, apesar de ter facultado a atribuição do efeito *erga omnes* às decisões do STF, sujeitou-a ao necessário aval do Poder Legislativo, por meio do Senado Federal. Ademais, foi uma Carta de curtíssima duração (GROFF, 2008, p. 113), não chegando a produzir resultados relevantes em prol do controle jurisdicional da Constituição;

b) A Constituição de 1937, ao estabelecer um regime ditatorial, apequenou a Justiça Constitucional criando um tribunal de exceção para perseguir inimigos do Estado denominado “Tribunal de Segurança Nacional” e subordinou, simbolicamente, o Supremo Tribunal Federal ao parlamento, ao dar a este o poder de cassar as decisões do Tribunal por motivos políticos, a pedido do Presidente da República (GROFF, 2008, p. 113);

c) A Constituição de 1946, ainda que considerada uma carta de reabertura político-democrática do país por coincidir com o fim da segunda guerra mundial, não trouxe qualquer avanço em matéria de Justiça Constitucional, preocupando-se tão somente em restabelecer os controles jurídicos formais previstos nas Constituições de 1891 e 1934. Cerca de 90% da sua Assembleia Constituinte foi composta pela mesma elite conservadora do país (GROFF, 2008, p. 117), não deixando espaço para que a Justiça Constitucional produzisse algum salto de qualidade material;

d) A Constituição de 1967 instalou um regime de exceção militar no país que, gradativamente e por meio dos denominados Atos Institucionais governamentais, concentrou o poder do Estado nas mãos do presidente da República e, na prática, subtraiu a supremacia da Constituição em prol de um discurso de luta pela paz e honra nacional (GROFF, 2008, p. 120). Sob esse tempo sombrio para a democracia, até foi promulgada a EC nº 16, de 1965, que instituiu pela primeira vez o controle de constitucionalidade *erga omnes* (sem aval do Senado), mas a legitimidade para propô-lo dependia da discricionariedade exclusiva do Procurador-Geral da República. “Na prática, como o procurador da República não tinha garantia institucional de independência em relação ao presidente da República, o número de questões constitucionais de grande importância política que chegavam ao STF era necessariamente limitado” (FGV, 2013, p. 423).

Diferentemente das Constituições anteriores, a Constituição de 1988 foi reconhecidamente mais inclusiva e inaugura no país uma espécie de “constitucionalismo democrático”, definindo um regime de ordem social e econômica voltada à “emancipação política, social, cultural e econômica de todos” (MATSUSHITA, 2016, p. 326). Tal Constituição, mesmo não advindo de um movimento propriamente revolucionário, foi

destinatária de grandes contribuições pluralistas, houve significativa participação dos mais diferentes segmentos da sociedade no tocante à sua elaboração e o seu caráter democrático revelou-se bem mais real que outrora (PINTO, 1999, p. 52-53).

Tal fato repercutiu no modo de funcionamento do novo Supremo Tribunal Federal (art. 92, I, CRFB/88²⁰). Na Carta vigente, o Tribunal é designado à posição de operador de um dos sistemas de Justiça Constitucional mais abrangentes do mundo (MENDES, 2005, p. 146), pois que é dotado da competência para um controle jurisdicional da Constituição que combina dois aspectos: um da fórmula americana do controle incidental e difuso, e outro da fórmula europeia do controle por ação direta e concentrado. Ainda vale destacar o maior diferencial trazido com a última Constituição, ela é a ampliação do direito de propositura, conforme o art. 103, “pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas” (BARROSO, 2009, p. 20), multiplicando as chances de uma questão controvertida ser conhecida pelo Tribunal.

Ao legitimar outras instituições, e não apenas o Procurador-Geral da República, a demandarem ações de diretas de controle jurídico, além de fortalecer a atuação do Tribunal como última em ações de controle difuso, a Constituição criou novas possibilidades de acesso à Justiça Constitucional, que foram intensamente utilizadas na conjuntura político-social que se seguiu à Lei Maior de 1988, “como uma reação democrática ao limitado acesso oferecido pelas constituições anteriores” (FGV, 2013, p. 423).

Todavia, dispondo de uma composição majoritariamente oriunda do regime militar, o Tribunal, ao se deparar com vultosas demandas de novas ações constitucionais, já no início dos anos 90, teve como primeira reação a criação de uma jurisprudência defensiva, dificultando o acesso à Justiça Constitucional, provocando uma queda vertiginosa no número de demandas recebidas pela Corte (FGV, 2013, p. 423-424).

A realidade muda expressivamente a partir da segunda metade dos anos 2000, quando o Supremo passa a adotar postura que denota maior conscientização de sua missão de curadoria jurídica, passando a patrocinar posições mais transformadoras como “um resultado da capacidade de autorregulação processual do STF”, que produziu uma nova onda de ampliação do número de processos constitucionais (FGV, 2013, p. 424-425).

Mas, se a partir desse momento a função constitucional é devidamente incorporada pelo Tribunal, no âmbito político o país ainda luta pelo mínimo de estabilidade democrática – situação que também é compartilhada por vários países da Americana Latina –, porque

²⁰ Na atual ordem constitucional, o STF permanece como órgão principal do Poder Judiciário (Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal;...).

permanece inserido num constante e profundo contexto de crise de governabilidade (HERANI, 2017, p. 38). Em outras palavras, no Brasil ainda resta aprofundada a incongruência entre o sentimento do povo e as opções políticas feitas por seus representantes eleitos (SANDEL, 2016).

O constitucionalismo tardio – o qual é manifestamente resultado de possíveis concausas históricas, políticas e jurídicas (JORGE E SILVA NETO, 2016, p. 46) – apresenta-se hoje como motivo decisivo para que as instituições democráticas permaneçam frágeis em face dos desafios políticos. Em especial, tais instituições apresentam-se incapazes de conter, por exemplo, a crescente influência de grupos de pressão de interesse privado (notadamente econômico) ou de lobby no efetivo processo de poder político (PUGLIESI, 2015, p. 236-241), que se revelam como nova variação do elitismo social.

Com efeito, esses grupos agem como membros de um “poder invisível”²¹, configurando mecanismos de controle e dominação no governo e no parlamento para a obtenção de benefícios políticos. A título de ilustração, cite-se o eventual patrocínio a campanhas eleitorais de candidatos ao Executivo e Legislativo sob a condição de que, se vencerem, ajudarão os financiadores nos seus assuntos pessoais. Portanto, “é inegável que isso compromete o comportamento público de qualidade esperado pelo governo político eleito, partidos políticos e legisladores” (FRAZÃO; SILVEIRA, 2017, p. 136).

O elitismo na política brasileira rende aos poderes políticos postura bastante restritiva ou conservadora em relação a temas que, embora estejam protegidos por princípios e regras da Constituição, não são de interesse dos segmentos sociais dominantes, que optam pela manutenção do *status quo*. Com isso, o Brasil, que consiste em país de evidente atraso socioeconômico e de baixa qualidade da democracia político-partidária, não raras vezes acaba se omitindo quanto à adoção de legislações destinadas a cumprir com as transformações sociais exigidas pela Constituição.

Nesse sentido, vale destacar o que dizem Frazão e Silveira (2017, p. 136) acerca da peregrinação por que passam as minorias legislativas no tocante à aprovação de projetos de lei consentâneos aos interesses:

Por fim, a formulação de leis pelo legislador tem atendido aos grupos capazes de eleger seus representantes. As minorias parlamentares, por outro lado, possuem uma série de dificuldades para que os projetos legislativos de seu interesse consigam aprovação, seja para obtenção de quórum suficiente nas votações, seja para defender o conteúdo original do projeto por emendas parlamentares ligados aos grupos dominantes ou pela apresentação de pedidos

²¹ Conferir a obra que desenvolve o conceito teórico da citada expressão: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabiarte, Barcelona: Ariel, 1970.

de urgência para que outros projetos, de interesse de grupos de pressão dominantes, ‘furem a fila de votação’, retardando a apreciação da proposta da minoria parlamentar.

Por sua vez, a acentuada influência dos interesses privados compromete as boas relações institucionais entre governo e parlamento. Ora, à medida que elites financiadoras de campanhas eleitorais pautam a agenda política, nem mesmo o fato de o partido político do presidente da República possuir maioria na câmara e no senado, assegurar-lhe-á governabilidade (FRAZÃO; SILVEIRA, 2017, p. 137). Com efeito, cada representante político eleito tenderá a tomar opções políticas que vão de encontro à ideologia partidária, se necessário à preservação dos compromissos privados que sustentaram a respectiva campanha eleitoral vitoriosa.

Esse contexto de omissão e inércia política tem levado o Supremo Tribunal Federal a atuar, cada vez mais, sobre assuntos legislativos e governativos relacionados a temas que, a despeito de serem caros à Constituição, encontram-se pendentes de realização.

A judicialização implica transferência aos juízes e tribunais do poder de natureza política, que o exerce com alterações de linguagem, argumentação e no modo de participação da sociedade. Tradicionalmente, à luz da tripartição de poderes já suscitada acima, os assuntos de política são de função do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Para tanto, o Tribunal, para conferir o melhor sentido à Constituição, tem-se utilizado dos diversos e sofisticados mecanismos próprios da Justiça Constitucional brasileira, visando a dar ao produto interpretativo ampla eficácia e concretude. Dentre eles, citem-se “os sistemas de vinculatividade das decisões constitucionais criados nas últimas décadas”, a exemplo “da eficácia erga omnes e do efeito vinculante das decisões em controle abstrato”, da “Súmula Vinculante”, “Repercussão Geral”, bem como:

(...) passando pela tentativa de ampliação dos efeitos ad decisão do controle difuso de constitucionalidade e a afirmação do efeito transcendente das decisões constitucionais e, agora, com o Código de Processo Civil de 2015, institui-se o dever de o juiz, em qualquer instância, seguir o precedente (HERANI, 2017, p. 53).

Destaquem-se, ainda, instrumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, da CF/88) e Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB/88) que abertamente permitem ao Tribunal reconhecer como inválida uma omissão inconstitucional e, diante de contumaz insistência do Poder omissor em desrespeitar o Estado Democrático, estabelecer provimento regulamentar provisório até que sobrevenha a norma regulamentadora por parte do órgão competente (tal entendimento foi, até, avalizado pelo próprio legislador no tocante ao Mandado de Injunção, conforme o art. 11 da Lei 13.300/2016).

Portanto, as peculiaridades do cenário da Justiça Constitucional brasileira incumbiram o Supremo Tribunal Federal de tomar decisões incisivas sobre assuntos importantes da vida da República e, até, contrariando interesses patrocinados no âmbito dos demais Poderes (BARROSO, 2009, p. 19).

Esse empoderamento do Tribunal de parcela da função política, embora indesejado, foi necessário para a preservação do ambiente democrático, especialmente por permitir que segmentos da população busquem a tutela de seus direitos mediante a judicialização e o Estado possa ser obrigado a agir em prol das políticas públicas contidas na Constituição.

1.6 A interconexão entre os três cenários e a formulação de um conceito central de Justiça Constitucional para os estados democráticos.

Como visto, os contornos institucionais e de competência da figura do Tribunal foram diretamente influenciados pela maneira como o jurídico e o político confluíram dentro de cada cenário exposto acima.

As necessidades enfrentadas pelo ambiente jurídico implicaram na invenção de características e funcionalidades, dedicadas a preservar o Tribunal e a fazê-lo capaz de proteger a Constituição apesar de velhas e novas dificuldades.

O tema do Tribunal também evoluiu ao ponto de estimular a interconexão entre os cenários nos quais a Justiça Constitucional se implementou, visando ao aprimoramento da instituição em face das complexidades ligadas à internacionalização do Direito Constitucional.

Prova disso é que, como adverte Pegoraro (2015, p. 4), os elementos originalmente próprios de um dos modelos de Justiça Constitucional (estadunidense, europeu, latino-americano etc.) nem sempre caminham juntos, sendo reiterados os casos em que características do Tribunal nascidas num cenário se combinam com elementos de outro cenário. A ideia oferece claros exemplos: os caráteres abstrato e concentrado – notabilizado no cenário europeu – se interligam cada vez mais com sistemas difusos de Justiça Constitucional – os quais têm como referência o cenário estadunidense.

Antes de apresentar os três pressupostos que, a princípio, podem ser perfeitamente considerados no âmbito da maior parte das justiças constitucionais, convém relembrar que estes devem ser somados aos três pilares clássicos de controle/limitação do poder estatal, já estabelecidos há muito pelo constitucionalismo: supremacia e rigidez da Constituição, e existência de um órgão independente que seja capaz de fiscalizá-la.

Com efeito, a Justiça Constitucional depende da existência de uma Constituição forte, ainda que originalmente consagrada por meio de um constitucionalismo judicial, político ou tardio. Ao mesmo tempo, a Constituição deve ser criada para durar no tempo, gozando de procedimento agravado para sofrer reforma. Ademais, no âmbito da Justiça Constitucional, o Tribunal exerce a função-matriz de controle da Constituição, assumindo posição particular em relação a outros sujeitos que eventualmente a aplicam ou operam.

Feitos estes esclarecimentos, o fechamento semântico do conceito central da Justiça Constitucional dá-se por meio dos pressupostos a seguir elencados.

1.6.1 Primeiro pressuposto: órgão composto por juízes profissionais e independentes

Segundo Pasquino (2016, p. 14), a criação da Justiça Constitucional como parte integrante dos Estados democráticos rompe com o paradigma de que somente os órgãos do Estado eleitos *pro tempore*, mediante eleições populares e controláveis eleitoralmente por parte dos votantes são autorizados a produzir normais jurídicas gerais, isto é, a impor aos cidadãos decisões coletivas vinculantes.

Com efeito, em regra, os membros das Cortes Constitucionais não são eleitos pelos cidadãos nem controláveis eleitoralmente por eles, a despeito de tomarem decisões que repercutem diretamente no significado vinculante da Constituição (PASQUINO, 2016, p. 14).

Mais importante do que o modo pelo qual o juiz é recrutado é a outorga de garantias funcionais que lhe confirmam indispensável profissionalismo e independência para processar e julgar qualquer questão constitucional que lhe for submetida.

A independência dos seus membros permite que o Tribunal assuma a função de “contrapoder democrático”, tornando-se instrumento eficaz para a proteção da minoria contra as extrapolações da maioria, seja no tocante ao sistema político e de governo, seja no tocante à realização dos direitos fundamentais.

A essência da democracia não reside na onipotência da maioria, mas, antes, no compromisso constante entre os grupos representados, no parlamento, pela maioria e a minoria e, em consequência, na paz social. Assim, a Justiça Constitucional aparece como meio particularmente adequado para realizar essa ideia (KELSEN, 2003, p. 128-130).

Uma simples ameaça de ação no Tribunal pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole, inconstitucionalmente, seus interesses

juridicamente protegidos, opondo-se com isso, em última análise, à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social do que a ditadura da minoria.

1.6.2 Segundo pressuposto: acessível aos cidadãos e minorias institucionais

Até mais importante do que a missão do “Tribunal da Federação ou dos Poderes do Estado” é a missão que coloca a Justiça Constitucional como “Tribunal dos Direitos Fundamentais”. Por isso é que, como assinala Canotilho (2011, p. 9), deve-se garantir especial acesso à Justiça Constitucional contra atos do Poder Público diretamente lesivos de direitos fundamentais, praticados pelo poder político e até pelos próprios tribunais.

Isso porque os Tribunais estão longe da perfeição e cometem erros relevantes no que tange aos direitos fundamentais, razão pela qual ganhou relevância na Europa e em diversos países do mundo o debate acerca da necessidade de a Corte Constitucional estruturar-se fora dos demais poderes, inclusive do Judiciário, com independência para defender a Constituição contra todos.

No entanto, condicionar a existência de uma Justiça Constitucional à criação de um Tribunal Constitucional exógeno ao Poder Judiciário parece querer transformar uma questão secundária em principal. Mais importante do que levantar a questão sobre onde está a Corte Constitucional na estrutura do Estado é indagar: os cidadãos e órgãos de postulação estatal têm acesso a uma Corte Constitucional dotada de competência para controlar juridicamente todo e qualquer ilícito contra a Constituição?

A Corte Constitucional, portanto, deve conferir acesso a todos os grupos e membros que permeiam a sociedade. Estes, ao provocarem-na, mobilizam-se por meio da ordem jurídica para a promoção dos interesses públicos (saúde, educação, qualidade de vida, patrimônio cultural etc.). É como se aquele que reclama a aplicação da Constituição passasse a funcionar, de algum modo, como procurador dos concidadãos (direito procuratório), pois o sentido que a Corte-guardiã dará à Constituição ao fim da tramitação processual será, direta ou indiretamente, sentido por toda a sociedade (CANOTILHO, 2011, p. 12).

Mas a quem é dado o direito de postular perante a Justiça Constitucional? Tendo em vista a proposta de Pasquino (2016, p. 16) e as experiências dos países incluídos nos três cenários apresentados, é possível inferir que duas categorias de legitimados se apresentam com maior realce, visando a assegurar a essência da Justiça Constitucional: os cidadãos e as minorias institucionais.

Nessa linha, Canotilho (2011, p. 12) entende que o acesso dos cidadãos à Corte Constitucional é um pressuposto para que a Justiça Constitucional exista, uma vez que, longe de consistir em direito de “codecisão” ou de substituição dos órgãos oficiais, visa a democratizar e racionalizar as decisões públicas, promovendo controle e transparência mais intensos sobre as tomadas de decisão do Estado.

A remissão da questão constitucional por parte dos litigantes ou indivíduos à Corte é, inclusive, procedimento bastante difundido entre os Tribunais Constitucionais europeus (com exceção de países como a Itália, que não reconhecem o direito do litigante de acessar diretamente a Corte Constitucional) quanto às Supremas Cortes estadunidense e brasileira. Isso ocorre devido à importância de a Justiça Constitucional abrir seu acesso aos cidadãos, como a última chance de verem revertidas injustiças contra os direitos constitucionalmente protegidos.

Numa outra perspectiva, minorias sociopolíticas representadas institucionalmente devem estar legitimadas para levar ao Tribunal questões constitucionais que digam respeito aos seus interesses jurídicos. A título de exemplo, cite-se a existência do *saisine parlementaire* francês. O mecanismo, introduzido na Constituição da Quinta República da França mediante reforma constitucional de 1974, prevê que um mínimo de 60 senadores ou membros da Assembleia Nacional solicitem ao Conselho Constitucional que revise uma lei aprovada pela maioria antes de sua promulgação.

Segundo Pasquino (2016, p. 17-18), a Corte opera nesse caso como corpo intermediário entre a maioria e a minoria do parlamento no momento de redatar as leis; entre o partido político ou coalizão que triunfa na eleição e os partidos políticos que nela foram derrotados.

Entretanto, em Cortes Constitucionais cuja distribuição processual anual impossibilita uma prestação jurisdicional de qualidade, com acúmulo na pauta de julgamento e tempo escasso para reflexão a respeito da questão constitucional, filtros ao acesso podem ser estabelecidos, sob pena de o acesso ao Tribunal configurar, na realidade, um pseudo-acesso.

No caso do Supremo Tribunal Federal, já existem alguns “diques de contenção” de processos, como a pertinência temática – que exige que novos legitimados ativos (em especial as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional) para ações de controle concentrado demandem apenas em relação a temas de sua pertinência institucional, bem como a repercussão geral e a súmula vinculante – que filtram especialmente processos de competência recursal e ordinária do tribunal (FGV, 2013, p. 442). No entanto, isso não tem se demonstrado suficiente. Como ilustração, vê-se que, de acordo com seu Relatório de Atividades 2016 (STF, 2017, p. 42-44), o Tribunal, que já possuía um acervo final de 53.890 processos em 2015, recebeu 90.331 processos novos em 2016. Apesar de proferir, nesse mesmo ano, 95.314

julgamentos (monocráticos e colegiados), somente conseguiu dar baixa em 85.961 processos do acervo, o que o levou a acumular um acervo final de 57.995 processos.

Soma-se a isso o fato de que, dos 95.314 julgamentos, apenas 14.532 foram produzidos de maneira colegiada, o que totaliza apenas 15,246% do total, revelando que a quantidade de processos que hoje a Corte recebe é imensamente superior ao tempo que o colegiado tem para enfrentar uma questão constitucional.

O resultado, como diz Barroso (2017), é que o tribunal tem se transformado em uma “Corte de decisões monocráticas” o que demonstra a necessidade de uma reforma no STF para que o número de processos recebidos se adeque às condições estruturais do órgão.

1.6.3 Terceiro pressuposto: que exerça funções jurídicas próprias da Constituição

Pasquino (2016, p. 14) aduz que a Justiça Constitucional deve estar investida de funções que lhe permitam produzir o direito judicial. Na ocasião, descreve que, minimamente, essas funções seriam: a) controlar a hierarquia das normas; b) interpretar a Constituição; c) e, se forem tribunais efetivos, servir como obstáculo ao *ultra vires* e ao abuso de poder em face da violação dos direitos protegidos constitucionalmente.

Por sua vez, Tavares (2005, p. 193), ciente de que o estudo sobre as categorias funcionais da Justiça Constitucional ainda exige maior dedicação por parte da doutrina, propõe uma pesquisa minudenciada sobre o assunto.

Adverte, de entrada, que todas as competências da Corte Constitucional são exclusivamente definidas pela Constituição, não cabendo à lei ordinária fazê-lo (TAVARES, 2005, p. 191).

Provavelmente, o autor extrai essa ideia da tradição inaugurada já em *Marbury v. Madison* (1803), quando a Suprema Corte, em sua razão de decidir, entendeu que uma lei federal que lhe dava competência originária em casos de *mandamus* era inconstitucional, na medida em que é a Constituição quem prescreve, taxativamente, as hipóteses de competência originária do Tribunal (BARKER, 2005, p. 69).

a) Função interpretativa – revela-se sempre presente nas atividades do Tribunal, pois a realização de qualquer norma jurídica depende da sua concretização. Trata-se do “processo pelo qual o Tribunal constrói a norma a ser aplicada, a partir do enunciado fornecido pelo legislador” (TAVARES, 2005, p.219). Apesar de ser realizada não só pelo Tribunal, mas por todos os órgãos do Estado, a função interpretativa classifica-se como categoria funcional fundamental

da Justiça Constitucional, principalmente pelo grau de vinculatividade com que o Tribunal a opera. Em especial, a interpretação da Constituição tem sido mais relevante para imprimir sentido aos princípios constitucionais, a estabelecer norma de caráter evolutivo (adaptativo) ao Estado Constitucional e a assegurar o desenvolvimento das liberdades públicas (TAVARES, 2005, p. 234-248).

b) Função estruturante – Provém dos efeitos de uma decisão do Tribunal Constitucional que declara a inconstitucionalidade de eventual norma. Tais efeitos não “apenas equivalem (de imediato) aos efeitos de um ‘legislador’ negativo (derrogação)” como também vinculam o legislador ordinário do futuro, pois o impende de “atuar no sentido de apresentar lei de conteúdo idêntico daquela anulada” (TAVARES, 2005, p. 262). A partir de tal função, busca-se a segurança jurídica e a racionalidade do sistema, sem prejuízo de que as bases estruturantes sejam alteradas pela mudança de entendimento do Tribunal no que tange ao sentido das normas constitucionais. Está contida nessa função a técnica da interpretação conforme a Constituição, uma vez que essa técnica se caracteriza por identificar o sentido constitucional à norma e, ao mesmo tempo, eliminar os sentidos lhe tornariam inconstitucional. Por fim, outorga ao Tribunal o papel de Corte de superposição, na medida em que lhe permite adequar as decisões judiciais de acordo com a Constituição (TAVARES, 2005, p. 271-272).

c) Função arbitral – Dedicar-se a resolver o conflito entre Poderes ou entre entidades do Estado. Notabilizou-se pela resolução dos conflitos políticos inerentes à federação dos Estados Unidos por sua respectiva Suprema Corte. O conflito político que desafia a função arbitral não ocorre apenas de poder compartilhado/dividido de modo vertical, mas também de modo horizontal entre diferentes ramos da autoridade política em nível central (parlamento e governo). Assim, o propósito dessa função consiste em manter o balanceamento entre a performance dos diferentes atores políticos, protegendo a estrutura pluralista da ordem constitucional (PASQUINO, 2016, p. 18). Especificamente, o exercício da função tem por principal finalidade estabelecer os limites, os contornos precisos, constitucionalmente estabelecidos, para cada um dos poderes ou entidades envolvidas no conflito. A norma resolutiva do conflito consistirá em comando genérico aplicável indiscriminadamente para todas as situações futuras nas quais se pudesse reproduzir semelhante ocorrência (TAVARES, 2005, p. 319).

d) Função legislativa – Trata-se de poder do qual resulta a inauguração de comandos com efeito de caráter geral e abstrato”, que tipicamente constitui competência do Poder Legislativo (TAVARES, 2005, p.322). Não obstante, admite-se o exercício da função legislativa pelo Tribunal, quando esta versar sobre: “(i) competência para elaborar leis; (ii) controle preventivo das leis; (iii) controle das omissões legislativas inconstitucionais; (iv)

decisões aditivas, redutoras e substitutivas; (v) elaboração de seu regimento interno.” (TAVARES, 2005, p.327). As omissões do legislador no tocante à sua missão de regulamentar a Constituição tem implicado na atuação direta do Tribunal no tocante à produção do provimento legislativo esperado, apesar de ser medida excepcional.

e) Função governativa – Não se desenvolve de forma autônoma, uma vez que a atividade governativa se constitui em atribuição típica do Poder Executivo, estabelecendo o Tribunal sempre excepcionalmente e em conjunto com o exercício de outras funções. É possível o exercício dessa função juntamente com função arbitral, no intuito de buscar um governo participativo com a atuação de cada um dos órgãos no âmbito de sua respectiva competência. Outra hipótese é quando a atividade do Tribunal visar à preservação das minorias contra as majorias, estabelecendo medidas que evitem que estas governem sozinhas. Ainda é possível seu uso quando o Tribunal age na função de controle preservando a estrutura do sistema jurídico (TAVARES, 2005, p. 352-354).

f) Função comunitarista – Trata-se de função inovadora, pois decorre do recente estágio de formação do Direito Comunitário no mundo. Volta-se para a defesa da superioridade do Direito Comunitário (pró-comunidade) em face do direito estatal (de cada Estado integrante de uma comunidade maior) (TAVARES, 2005, p.359). Caracteriza-se como um controle de constitucionalidade indireto, já que “promove-se, em um primeiro momento, a proteção da Constituição, especialmente de sua supremacia e, particularmente, da norma constitucional que determina o cumprimento do Direito Comunitário” (TAVARES, 2005, p. 262). Apenas em seguida à atribuição da vontade da Constituição é que ocorrerá a proteção do Direito Comunitário em si.

Apresentadas as funções fundamentais da Justiça Constitucional, convém mencionar que o surgimento de cada uma das funções descritas está atrelado à evolução do Estado Constitucional e ao cumprimento de duas premissas básicas: “(i) a colocação da Constituição como *lex superior*, pois, não havendo supremacia da Constituição, não haverá lugar para tribunais constitucionais e (ii) a necessidade de que a Constituição contemple um Tribunal Constitucional e a ele atribua sua guarda” (TAVARES, 2006, p. 22).

Portanto, as citadas funções, próprias da Justiça Constitucional, consistem em instrumentos auxiliares do Tribunal na realização da sua finalidade de defesa e cumprimento da Lei Maior, bem como servem para confirmá-lo como órgão máximo de curadoria da ordem jurídica. Além do mais, as mesmas funções não se confundem com aquelas exercidas, ordinariamente, pelo Poder Judiciário, que, providas de menor densidade política, buscam

resolver as situações de conflito social-concreto mediante técnicas disciplinadas, basicamente, pelos códigos materiais e processuais do direito.

1.7 Repensando o perfil constitucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro

A despeito de outorgar ao STF a competência para exercer jurisdição constitucional especialmente pelas vias “de ação” e de “recurso extraordinário”²², a Constituição de 1988 ainda o atribui competências de justiça ordinária em pelo menos duas ocasiões: em intervenções originárias, para julgar ações criminais e cíveis (art. 102, I, CRFB/88, valendo citar como exemplo as alíneas b, f e n), e como corte de recursos ordinários (art. 102, II, CRFB/88)²³.

Sem embargo, as competências de justiça ordinária são “incompatíveis” com o STF “enquanto instituição imprescindível ao Estado Constitucional” (TAVARES, 2006b, p. 27). São classificadas como funções impróprias da Justiça Constitucional, uma vez que não encontram “fundamento para serem exercidas por esse órgão”, salvo o fundamento formal do comando estatuído na Lei Maior (TAVARES, 2006b, p. 28). Assim, por tratarem de demandas técnicas de disciplinas infraconstitucionais (cível, penal etc.), deveriam estar reservadas ao exame dos tribunais inferiores do Poder Judiciário, permanecendo sob a jurisdição do Tribunal apenas as demandas de natureza mista ou propriamente constitucionais, ou seja, aquelas que exigem do julgador qualidades tanto jurídicas quanto políticas em defesa da supremacia da Constituição (SOBRINHO, 1997, p. 149).

Decerto que, no contexto da atual Lei das leis, o STF recebeu maior respaldo para realizar a curadoria da ordem jurídica no Brasil, o que contrasta com o papel ao qual se dedicava outrora, durante os regimes jurídicos pretéritos, quando operava eminentemente como um guardião da lei federal do que da Constituição (SOBRINHO, 1997, p. 149-150). No entanto, ao

²² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...); III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

²³ b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; (...); f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; (...); n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; (...); II - julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; (...).

acumular a já exigida condição de Corte Suprema com o exame de demandas infraconstitucionais, o STF acaba por dedicar-se menos à matéria constitucional do que deveria, isto é, menos à tarefa de afirmar-se como ator político isento, o que não se trata de praticar política partidária, mas sim de “perceber o que é melhor para a *res publica*” (SOBRINHO, 1997, p. 148).

Retirar ou reduzir do STF as competências de juiz ordinário consiste em solução que o permite aprofundar, com seriedade, seu método de trabalho constitucional, que, como já tratado no item 1.5 desta dissertação, somente passou a existir, de fato, a partir da segunda metade dos anos 2000 (FGV, 2013, p. 424-425). Por essa razão, apesar do progresso já alcançado até então, o citado método ainda está pouco amadurecido se comparado com a realidade de outros Tribunais, como é o caso do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual tem desenvolvido uma “clara e consistente jurisprudência” sobre “quase todos os problemas hermenêuticos” que surgiram nas seis décadas e meia em que opera como Corte Constitucional do país (MARTINS, 2016, p.25). Ademais, a medida de especialização ajudará o STF a contribuir com a própria cultura constitucional do país (CUNHA, 2011b, p. 9).

Por sua vez, a proposta também cumpre o propósito de fazer com que o pressuposto de independência – observado tanto sob o viés externo, mediante a não submissão a outro poder do Estado, quanto sob o viés interno, mediante a não sujeição a hierarquias internas do Poder Judiciário – pré-constitua, *ex ante*, a imparcialidade do juiz constitucional, transmitindo ao cidadão a certeza de que aquele que o julgará não será um juiz tendencioso (ROMBOLI, 2002, p. 146).

Para tanto, convém que o Tribunal se afaste das tensões do caso concreto (típicas da jurisdição ordinária) e reserve-se a moderar desacordos sobre o sentido da norma constitucional (MENDES, 2018). Ou seja, com o STF menos exigido no sentido de julgar conflitos que sejam de interesse meramente individual, haverá como dar mais atenção ao interesse da Constituição, diminuindo as críticas que contestam sua imparcialidade e duvidam do seu comportamento ético, ao acusá-lo de, por exemplo, entregar tratamento diverso a pessoas processadas por fatos análogos.²⁴

²⁴ Sobre isso, vale destacar a forte crítica que Mendes faz ao STF, chamando-o de “protagonista de uma democracia em desencanto”. Assinala que a Corte está em dívida com muitas perguntas que colocam em dúvida sua isenção política, tais como: “e Delcídio do Amaral (PT-MS), Eduardo Cunha (MDB-RJ), Renan Calheiros (MDB-AL) e Aécio Neves (PSDB-MG) detinham as mesmas prerrogativas parlamentares, por que, diante das evidências de crime, receberam tratamento diverso? Se houve desvio de finalidade no ato da presidente Dilma Rousseff (PT) em nomear Lula (PT) como ministro, por que não teria havido o mesmo na conversão, pelo presidente Michel Temer (MDB), de Moreira Franco (MDB) em ministro? Se o STF autorizou a prisão após condenação em segunda instância, por que ministros continuam a conceder habeas corpus contra a orientação do plenário, como se o precedente não existisse?”. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agriem a**

Ao encontro da reflexão tratada neste item, destaca-se que o STF passou a limitar sua própria competência em matéria penal originária, prevista no art. 102, I, b, da CRFB/88, ao entender que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas. A decisão ocorreu por maioria de votos no julgamento pelo Plenário de questão de ordem na Ação Penal (AP) nº 937, em 03/05/2018.

A “disfuncionalidade do foro privilegiado” foi tratada como principal argumento em favor da reinterpretação constitucional, ideia que, segundo o voto do ministro Roberto Barroso, se explica no fato de que o acúmulo de processos criminais no STF transformou-o numa espécie de “tribunal criminal de primeiro grau”, e o afastou da sua condição de Corte Suprema. Ademais, o Tribunal “não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa”. Assim, a Corte procedeu ao *overruling* sobre a questão constitucional, bem como concluiu que o precedente firmado deveria ser aplicado aos processos em curso a partir de então, respeitadas as decisões já proferidas sob a luz do precedente anterior.

Não obstante o importante propósito da decisão, insta mencionar a resistência apontada pelo ministro Gilmar Mendes, no sentido de que não caberia à função interpretativa do Tribunal, mas sim ao poder constituinte reformar, a restrição do foro por prerrogativa constitucionalmente prescrito, notadamente porque de que o novo precedente “desborda não apenas do texto constitucional, mas da interpretação a ele dada ao longo da história”,

Por fim, sugere-se que os ministros do Tribunal ajam, individualmente ou coletivamente, com maior parcimônia no tocante à sua relação com a sociedade e com a imprensa, evitando, especialmente, proferirem manifestação política sobre fatos e pessoas sujeitos à jurisdição da Corte e se alinharem a qualquer interesse privado, público ou partidário que comprometa sua independência para tomar decisões socialmente confiáveis (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2017). A ideia é que o juiz constitucional resguarde seus juízos de valor sobre questões controvertidas ao momento dos respectivos julgamentos, para que a sociedade não coloque em dúvida a legitimidade da Justiça Constitucional.

Portanto, o perfil constitucional do STF deve estar em constante aprimoramento, visando a preservar sua integridade institucional, especialmente para bem atender a vontade da Constituição e os anseios da comunidade política brasileira.

2. DEMOCRACIA MATERIAL E POLITICIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No capítulo primeiro, demonstrou-se que a constitucionalização dos Estados não representou, necessariamente, o estabelecimento da Justiça Constitucional, havendo sistemas jurídicos que negaram ao Tribunal a condição de curador da Constituição por acreditarem que a preponderância de um curador político atenderia melhor à vontade do povo.

Com efeito, considerando que as Constituições, escritas ou históricas, perseguem sua força normativa para se autoafirmarem como carta de direitos imediatamente aplicável, a formação da Justiça Constitucional acontece, contextualmente, à medida que se torna imperiosa para controlar os vícios de realização da Constituição pelo poder político.

Nos cenários estudados, a Justiça Constitucional revelou-se, a partir das suas origens, uma instituição multiforme, peculiar aos fatos histórico-culturais de cada país, mas imbuída do dever de afirmar a sociedade política (ou a nova sociedade política) por meio da Constituição (CUNHA, 2007, p. 9-10).

Como pressupostos de Justiça Constitucional extraídos das experiências investigadas no capítulo anterior, destacam-se a presença de um “Tribunal da Constituição”, composto por juízes profissionais e independentes, acessível, preferencialmente e no mínimo, por cidadãos e minorias institucionais e destinado a exercer funções proeminentemente jurídicas em favor da Constituição (embora o resultado das suas atividades também adquira inafastável caráter político). Assim, a Justiça Constitucional é um órgão de preeminência jurídica – ainda que lhe haja uma eminência política em menor grau – da Constituição, incumbida de controlar a observância da medida constitucional de toda ação do Estado ou da relação entre entes privados.

Apesar da sua importância sob o aspecto teórico, a discussão sobre se o Tribunal deve estar no Poder Judiciário ou como Quarto Poder²⁵ revela-se secundária à luz de uma perspectiva

²⁵ No Brasil, a ideia de uma Corte Constitucional, enquanto detentora de toda a competência para julgar a matéria constitucional, situada fora do Poder Judiciário e fora dos demais poderes, foi pensada por Mello, em 1968, para a ordem constitucional à época vivida pelo país. Para o autor, a “função constitucional” carecia de um agente operador capaz de fazer guardar as justas proporções das funções judiciária, governativa e legislativa. Assim, só a instituição de um Quarto Poder ou Poder Moderador, acreditada à figura da Corte Constitucional, seria capaz de conciliar as conveniências tanto jurídicas quanto políticas da Constituição, e não juízes pertencentes ao Poder Judiciário. Nas palavras do próprio autor, a função constitucional “É uma atividade discricionária ligada à Constituição e equitativa, presa ao ambiente político, o que não se coaduna bem com as atribuições e competências do poder judiciário, ainda que se necessite, como se reconhece sempre, dos ritos e dos atos comuns à justiça em geral”. (Cf. MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação dos poderes à guarda da Constituição**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 232).

pragmática. Isso porque esteja o Tribunal ligado à estrutura judicial ou, até mesmo, dos poderes políticos de um Estado democrático, é admissível que cumpra seu papel de defender a Constituição, desde que lhe sejam conferidos independência e imparcialidade para que o exercício obtenha resultado neutral e juridicamente consistente. Em outras palavras, o constitucionalismo judicial reivindica mais um modelo funcionalista, voltado ao funcionamento da proteção da Constituição, do que um modelo estruturalista, dedicado à estrutura orgânica de quem o faz.

As experiências estadunidense e europeia foram importantes para que a Justiça Constitucional brasileira obtivesse razoável institucionalidade para agir no campo das necessidades da Constituição e também para que passasse a adquirir suas características próprias²⁶, tornando-se notável para os estudos do Direito Constitucional.

Percebe-se, portanto, que a Justiça Constituição revela a preponderância do controle jurídico em relação ao político no âmbito dos países democráticos que a acolhem. No entanto, tal ideia concilia-se com as particularidades da democracia de cada país, a qual é necessariamente tangenciada por processos políticos de profundo significado histórico, cultural e ideológico, elementos que, portanto, são de enorme impacto no âmbito do direito.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se ao exame da relação de pertinência entre duas ideias que tangenciam o constitucionalismo na atualidade: democracia material e politicidade do STF. Os pressupostos teóricos que justificam tal interação e análises concretas consistirão no objeto deste segundo capítulo.

As Cortes Constitucionais ao redor do mundo têm se notabilizado pelo desafio de defesa da democracia. Não se trata de uma missão simples, pois a democracia não representa apenas a um comando formal ou de procedimento, pautado em regras. A democracia também é um comando material ou de conteúdo, fruto ou expressão dos princípios da Constituição, o qual é dinâmico e avança conforme a evolução da sociedade.

²⁶ Prova disso é que o Supremo Tribunal Federal, a partir dos anos 2000, notabilizou-se por desempenhar um papel ativo no tocante à correção das omissões (legislativas e administrativas) inconstitucionais, sobretudo àquelas decorrentes de ofensa direta à Constituição, denominadas pela doutrina de omissões normativas. Cf. TAVARES, André Ramos. The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge. *In: Federalismi.it* – Focus America Latina, n. 1, 2016d, p. 6-7. Essa posição do Tribunal serviu, aliás, de paradigma para outras Cortes Constitucionais e como objeto de estudo à doutrina estrangeira da Justiça Constitucional. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Conversas acadêmicas: Gilmar Mendes e a jurisdição constitucional (II) [mar. 2010]. Entrevistador: Os constitucionalistas. *In: Os constitucionalistas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii>>. Acesso: 14 jun 2018.

Portanto, a defesa da materialidade democrática adquire novos contornos com o passar do tempo, exigindo do Tribunal a tarefa de promover o constante aprimoramento doutrinário de sua jurisprudência, para que interprete a Constituição de acordo com os direitos humanos.

No contexto brasileiro, a citada tarefa torna-se ainda mais difícil porque, a cada nova interpretação que o STF dá à Constituição, vê-se inegavelmente alterado o espaço de decisão das instâncias políticas para tratar sobre assuntos da vida social, o que aumenta o atrito entre o político e o jurídico.

A defesa para além do conceito formal de democracia, que resguarde, sobretudo, sua acepção material, dá ao STF o papel de registrar a afirmação de numerosos direitos e até de “novos direitos”. No tocante a esses últimos, sua existência sequer depende de qualquer codificação pelo direito positivo, pois nascem como resposta a novos desafios universais ou a novos grupos de interesse que assumem relevância em virtude dos progressos da sociedade (DAL CANTO, 2016, p. 1).

Essa atividade exercida pela Justiça Constitucional não nega a importância do princípio majoritário, o qual consiste em tradicional manifestação da soberania popular. Pelo contrário. Ao eventualmente conformar tal princípio à observância dos direitos fundamentais, o Tribunal visa a expandir a democracia também a uma perspectiva contramajoritária (ainda pouco explorada), que, além de assegurar liberdade e participação política aos cidadãos, reconheça-lhes a igualdade substancial.

Quanto ao objeto a ser protegido pelo conceito de democracia material, o presente estudo dedica especial atenção a dois fatos históricos universais e como foram importantes para abertura da cláusula democrática no século XX, interferindo a realidade de diversos Estados Constitucionais, inclusive o do Brasil: o fim da segunda guerra mundial e a queda do muro de Berlim.

O primeiro fato, movido pelo sentimento de justiça em face da opressão a povos praticada pelo nazifacismo, introduziu no paradigma democrático o princípio do pluralismo político. Seus conteúdos manifestam o dever de equidade de tratamento entre pessoas e grupos sociais diferentes entre si, ou seja, na capacidade “de pensar do ponto de vista de outra pessoa” (ARENDT, 2009, p. 62) em busca da consagração da igualdade substancial no contexto humano.

Já o segundo fato foi caracterizado pelo fim da tensão geopolítica entre Estados Unidos e União Soviética (guerra fria) e o triunfo político-econômico do liberalismo no mundo. No âmbito jurídico, ao provocar a reconstitucionalização de vários países da Europa, América e África submetidos a regimes autoritários (MOREIRA NETO, 2011, p. 77), consolidou como

valor democrático o direito dos povos por “maior participação política”, mediante sistemas eleitorais limpos, imunes a golpes ou autoritarismos.

Esses novos contornos da democracia passaram a exigir dos Estados democráticos avanços concretos em prol da proteção dos direitos fundamentais. No tocante às conquistas do segundo pós-guerra, isso se revela na promoção de políticas afirmativas (promoção de direitos sociais, por exemplo) necessárias à efetiva inclusão de minorias e categorias de grupos vulneráveis no espaço público. Por sua vez, no que se refere ao fim da guerra fria, tais avanços resumem-se na criação de um ambiente adequado para a confluência entre soberania popular, competência eleitoral e instituições (públicas e não-públicas) estáveis.

No Brasil, o conceito de democracia material tem sofrido dificuldade de efetivação ou chances de retrocesso. O motivo maior é a fragilidade das instituições políticas (parlamento e governo) na promoção desses deveres positivos. Tal constatação fez com que o Supremo Tribunal Federal – enquanto guardião da Constituição do país – assumisse a responsabilidade política de resguardar a materialidade democrática, visando a evitar sua involução ou retrocesso.

Nesse contexto, discute-se o papel de uma Corte Constitucional na proteção da democracia material, enquanto instituto em constante evolução política. Em particular, dedica-se atenção às posturas progressistas do Tribunal, que visem relacionar o texto da Constituição às novas necessidades democráticas, as quais sofrem severas críticas por, supostamente, politizarem a justiça (SCHMITT, 2007, p. 33).

De forma mais clara, o problema sob investigação na presente dissertação é este: diante da fragilidade ou omissão da instância política para lidar sobre assuntos constitucionais controvertidos, até que ponto (natureza e grau) a Constituição admite uma atuação mediante componentes políticos (politicidades) do seu Supremo Tribunal Federal voltada a proteger as conquistas oriundas do conceito de democracia material?

Essas conquistas democráticas ocorreram, profundamente, nos períodos moderno e contemporâneo do direito e foram especialmente aprimoradas no século XX com as conquistas atinentes aos pós-segunda guerra mundial e guerra fria

Para responder à problematização, o capítulo procura, com ênfase na realidade brasileira, conhecer qual a natureza e grau de politicidade que uma Constituição confere a sua Corte Constitucional em prol da preservação do conceito de democracia material. Para tanto, o capítulo, inicialmente, descreve dois eventos históricos do século XX (pós-segunda guerra e guerra fria) que, além de marcarem a abertura do conceito de democracia, inegavelmente aumentaram a capacidade do direito para lidar com assuntos de natureza política.

Em seguida, analisa-se a existência de dois componentes políticos da Corte Constitucional, doravante denominados politicidades, que não têm o condão de comprometer a juridicidade deste órgão, mas de dar-lhe alguma conexão com o ambiente social: o recrutamento político dos juízes constitucionais e a participação da sociedade em causas de interesse ou repercussão política decididas no âmbito da Justiça Constitucional; para, em seguida, apresentar a importância da valorização cultural no processo decisório da Corte Constitucional.

A terceira ideia trabalhada parte da análise da legitimidade da Corte Constitucional para realizar a “abertura” da Constituição aos influxos políticos que interferem, historicamente, no conceito de democracia material, dando-lhes a devida linguagem jurídica.

Busca-se também refletir sobre quais os cuidados (jurídicos e políticos) que devem ser tomados para que o Fiscal da democracia material brasileira (o STF) não fracasse na atividade de proteção desse conceito nem ofereça riscos para a própria Constituição nacional.

Por fim, examina-se como os deveres correlativos aos “novos direitos” podem constituir-se em barreiras mais delicadas à adaptação pelo STF da democracia material à Constituição de 1988, exigindo dos ministros da Corte o emprego de método de trabalho constitucional sensivelmente qualificado, o qual, dentre outros propósitos, respeite a preservação dos núcleos fundamentais dos “velhos direitos”.

2.1 Os principais avanços da democracia material no século XX.

A diferença entre democracia formal e material, num exame rápido, pode ser aferida equivocadamente, de modo a afirmar-se que o primeiro conceito está inserido no segundo. Mas, se, por um lado, formal é a democracia – genericamente – consagrada no texto da Constituição (SERRANO, 2016, p. 107), não se pode concluir, por outro, que democracia material é conceito que se encerra na literalidade desse documento escrito.

Com efeito, as normas materialmente constitucionais não são necessariamente (formalmente) prescritas no texto da Constituição (TOMAZ, 2016, p. 139-140). Em verdade, conectam-se com a ideia de democracia material, cujo teor decorre da interpretação aberta dos seus princípios fundamentais ou da influência proveniente dos direitos humanos em âmbito internacional, admitindo-se, inclusive, estabelecer “novos direitos” da Constituição, ligados ao progresso sociocultural, científico e tecnológico (DAL CANTO, 2016, p. 3-4).

No caso do Brasil, a ampliação, aperfeiçoamento ou transformação do rol de direitos previstos na Constituição de 1988 tem-se demonstrado possível, justamente, em decorrência da

previsão, contida no seu art. 1º, de que o país se constitui em “Estado Democrático de Direito” e, especialmente, pela regra de abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, trazida pelo art. 5º, §2º²⁷, da mesma Carta.

Piovesan assinala que o conteúdo da citada disposição normativa é uma afirmação do “impacto transformador do Sistema interamericano no contexto latino-americano”. Com efeito, não só o Brasil, mas praticamente toda a América latina apresenta Constituições emergentes que consistem em “marcos jurídicos de transações democráticas e da institucionalização de direitos”. Assim, tais Constituições contêm normas que propiciam “maior diálogo de interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”, visando a tutelar de direitos e justiça da sociedade civil (PIOVESAN, 2017, p. 1360).

A propósito, Sarlet (2012, p. 81) assinala que abrir o catálogo dos direitos fundamentais implica uma dificuldade em identificar “quais os direitos – e aqui deixamos de adentrar o terreno espinhoso da conceituação do termo ‘direitos’ – que efetivamente reúnem as condições para poder ser considerados materialmente fundamentais”.

Isso porque não é só o texto escrito da Constituição que se apresenta como fonte de direitos fundamentais; em “outros textos legais nacionais ou internacionais” é possível haver direitos igualmente relevantes e que, apesar de serem gerados por uma fonte de direito externa, podem interagir com o direito interno brasileiro e até serem absorvidos por este (SARLET, 2012, p. 81).

Portanto, a democracia material não se trata de uma mera norma de tipo fechado, que serve apenas de reenvio ao catálogo de direitos expressamente previstos na Constituição. Em verdade, trata-se de uma norma de caráter inovador²⁸, pois oferece “relevância constitucional também a expectativas ou pretensões não explicitamente contempladas em pontuais previsões constitucionais, mas amplamente advertidas na sociedade e amadurecidas na consciência coletiva”²⁹ (DAL CANTO, 2016, p. 4).

Entretanto, o reconhecimento de democracia material é uma aquisição recente das sociedades. Até o constitucionalismo moderno, apenas a democracia formal era objeto de

²⁷ Art. 5º, § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²⁸ Nesse sentido, vale ressaltar a postura do STF no tocante ao julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (PET nº 3.388, de 25/09/2009), por meio do qual o Tribunal demonstrou destacada postura criativa no campo do direito indígena e da proteção ambiental mediante a interpretação de princípios da Constituição, estabelecendo medidas a serem observadas na demarcação da terra indígena que não constava da literalidade constitucional nem da legislação.

²⁹ No original: “relevancia constitucional también a expectativas o pretensiones no explicitamente contempladas en puntuales previsiones constitucionales pero ampliamente advertidas en la sociedad y maduras en la conciencia colectiva”.

atenção pelo direito no mundo, pois, à luz de uma corrente de pensamento doutrinário de viés mais conservador, a proteção democrática se esgotava na mera defesa do texto da Constituição.

Isso restou claro com a hegemonia, durante esse período, da doutrina do positivismo jurídico analítico, para a qual o direito, isolado da moral, consistiria – tão somente – em texto, ou melhor, em prescrição jurídica válida³⁰. Não caberia ao direito tratar sobre justiça – pois seria valor inerente ao campo da moral. Ademais, em caso de penumbra do direito (HART, 2011, p. 70), isto é, quando sobre o caso concreto não incidisse qualquer das normas previstas na ordem jurídica, não haveria outra saída senão delegar sua solução à discricionariedade judicial (STRECK, 2011, p. 179).

Ao tratar a democracia apenas pelo aspecto formal, o positivismo analítico contribui, certamente, com avanços relativos à cientificidade do direito, na medida em que ajuda a “entender os modos de funcionamento do direito, seguindo um caminho descritivo que tenta eliminar a subjetividade” (DIMOULIS, 2018, p. 194). Todavia, sua aplicação hegemônica num passado recente também gerou algumas consequências indesejáveis, valendo citar, em especial, a de não treinar juristas, sobretudo juízes, na prática de ler, interpretar e operar valores relevantes para a sociedade.

Aliás, Dallari (1996, p. 38) sustenta que os magistrados que foram formados segundo a lógica positivista “muitas vezes não chegam a perceber que o excessivo apego às exigências formais impede ou dificulta ao extremo a consideração dos direitos envolvidos no processo”. O autor denomina esses juízes formalistas de “cúmplices inconscientes dos violadores de direitos humanos”, uma vez que “não se sensibilizam pelas mais graves violações de direitos humanos, desde que sejam respeitadas as formalidades”.

O quadro altera-se com o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, quando a democracia material passa a ser resguardada juridicamente, inclusive, com particular cuidado. Essa nova fase do constitucionalismo, originada no segundo pós-guerra, concilia o direito com a moral. Em outras palavras: os valores consagrados na Constituição (princípios jurídicos) passam a receber, ao lado das regras jurídicas, caráter normativo direto, com o fim de estabelecer uma relação de diálogo entre legalidade e justiça – o que, de fato, não era uma preocupação à doutrina jurídica, sobretudo na Europa, ao longo do século XIX e início do século XX (FAVOREAU, 2004, p. 20).

³⁰ Para Kelsen, “Todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.

No que tange a esse novo cenário, não há dúvida de que o século XX apresentou uma série de eventos históricos que contribuíram marcadamente para que o conceito de democracia material ganhasse seus primeiros contornos, repercutindo no universo do direito dos países democráticos.

Sendo assim, a presente pesquisa esclarece como grandes eventos históricos do século anterior auxiliaram no reconhecimento dos direitos democráticos expondo dois dos seus principais exemplos: o segundo pós-guerra e o pós-guerra fria. Ambos repercutiram no Direito Internacional Humano e no estrangeiro, e, sem dúvida, trouxeram especial contribuição para o Direito Constitucional brasileiro.

2.1.1 A democracia material no segundo pós-guerra: a conquista do pluralismo político

Dentre as conquistas da humanidade provenientes do fim da segunda guerra, destaca-se a mobilização articulada entre povos democráticos – especialmente os diretamente afetados pelos impactos deletérios da guerra – em favor do reconhecimento do direito de diversas visões socioculturais (e dos seus respectivos valores fundamentais) até então ocultas no espaço político.

Trata-se de resposta contundente ao desrespeito dos direitos humanos praticado pelos regimes totalitários que governaram a Alemanha e a Itália, sob a principal liderança de Hitler e Mussolini, respectivamente. Tais regimes adotaram como projeto de poder “sistematizar a infinita pluralidade e diferenciação dos seres humanos” (ARENDT, 1990, p. 488), proibindo-os de possuir suas próprias individualidades e hierarquizando grupos sociais em nome de um discurso populista dominante.

Prova disso é que o regime fascista estabeleceu uma verdadeira política de censura contra minorias linguísticas situadas na Itália. Estas foram proibidas de utilizar outras línguas além do italiano e o governo ainda favoreceu a emigração de grupos linguísticos dominantes para as mesmas áreas onde as aquelas minorias estavam presentes (CAMPANINI, 2014, p. 19).

O avanço discriminatório ainda levou o regime ideológico nacional a impor aos governos provinciais a observância do exclusivo uso da língua italiana em atos oficiais, em toponímia, na educação e nos demais assuntos de interesse do Estado. Assim, percebia-se que o principal intuito era desincentivar a permanência de minorias dentro do território do país (CAMPANINI, 2014, p. 19).

Paralelamente, situação até mais bárbara e radical ocorria na Alemanha, devido à política nazista de perseguição e extermínio dos judeus das mais diferentes origens: alemães,

austriacos, poloneses, húngaros, tchecos, franceses, italianos e outros povos que, de algum modo, sofreram com a ascensão ao poder do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães.

Como assinala Kestler (2007, p. 7):

Não cabe aqui traçar um painel histórico das leis antissemitas que vão sendo paulatinamente promulgadas na Alemanha e a partir de 1938 na Áustria após a anexação deste país à Alemanha, que objetivavam primeiro a exclusão dos judeus da vida pública e que culminam com a retirada da cidadania alemã segundo a lei de cidadania alemã de 25 de novembro de 1941. É com a expatriação que se inicia a deportação dos judeus alemães para os guetos nos países ocupados à leste da Alemanha (Polônia, Lituânia, Estônia e Letônia) e para os campos de extermínio também localizados em sua maioria na Polônia. Havia na Alemanha em 1933 cerca de 400.000 judeus de nacionalidade alemã e 109.000 de outras nacionalidades, no total em torno de meio milhão, ou seja, eles eram 0,76 % da população total. Além disto, havia cerca de 380.000 pessoas de ascendência judaica.

Portanto, a política nacional-socialista pode ser considerada como um atentado contra a humanidade, na medida em que, por meio de um discurso de identidade nacional, realizou incompreensível perseguição e exclusão contra os judeus, de 1933 a 1941, e estabelece a “solução final”, assassinando judeus alemães e judeus de outros países europeus, de 1941 a 1945 (KESTLER, 2007, p. 7).

O resultado da segunda guerra mundial levou à queda dos regimes nazifascistas e transformou o conceito político de democracia, mediante o reconhecimento de formas pluralistas relacionadas ao campo cultural, linguístico e social, imprimindo um ambiente de tolerância e de coparticipação política entre maioria e minorias.

No âmbito constitucional, a democracia do pós-segunda guerra passou a ser juridicamente regulada sob o prisma do pluralismo político. Quer-se dizer, o direito encarregou-se de preestabelecer deveres de comportamento ao Estado destinados a estimular e respeitar o dissenso no debate público, ao invés de eliminá-lo. Como explica Bobbio (2015, p. 102-103), o direito à democracia expandiu-se ao entendimento de que “apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é real” e que “apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justeza democrática”.

Portanto, o pluralismo político é considerado uma das maiores conquistas do pós-segunda guerra e foi consensualmente internalizado como princípio jurídico na maior parte dos Estados democráticos. Por consequência, as Constituições nacionais e legislações infraconstitucionais adotaram medidas de discriminação positiva em favor das diversidades

ideológicas dantes repudiadas pela vontade da maioria³¹, além de exercer tanto papel antimajoritário quanto de respeito à igualdade material entre grupos sociais formalmente desiguais. A ideia seria entregar ao direito um novo paradigma: o da constitucionalização mais profunda, ou seja, capaz de ultrapassar “o direito objectivo e o direito subjectivo, e passando para um novo tempo de direito fraterno, humanista”, dedicado a unir as pessoas a partir das suas próprias diferenças, com a sensibilidade de um “coração inteligente” (CUNHA, 2011a, p. 18)

Cite-se, como exemplo, a disposição do art. 6º, X, da Constituição da Itália de 1948, que prevê a tutela dos direitos das minorias linguísticas. Como salienta Panizza (2018, p. 72-73), “a Constituição, além de proibir a discriminação com base na língua (art. 3º), impõe a proteção das minorias linguísticas, reconhecendo a presença de comunidades que falam outros idiomas diferentes ao do grupo majoritário”³². Ademais, a citada norma-princípio tem recebido uma implementação mais orgânica pelo legislador italiano nas últimas décadas, valendo destacar a Lei nº 482/1999³³, que busca atribuí-lhe maior praticidade social.

No que tange à atuação das Cortes Constitucionais, o primeiro modelo de precedentes que prega o reconhecimento e a proteção da democracia material passou a ser desenvolvido a partir da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, em meados do século XX.

Após a adoção das políticas socioeconômicas do *New Deal*, de 1933 a 1937, destinadas ao resgate da economia do pós-crise de 1929, o presidente Roosevelt sinalizou ao Congresso que iria propor a criação de novas cadeiras de juízes da Suprema Corte com o intuito de que esta deixasse sua jurisprudência conservadora para agir de modo mais progressista. Tal sinalização política foi o bastante para que o Tribunal transformasse seu viés ideológico por dado período, especialmente durante a Corte de Warren, entre 1953 e 1969, e a primeira fase da Corte de Burger, adotando posições mais comprometidas com aspectos sociais.

Nesse contexto, vale destacar o prestigiado Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, onde a Corte Constitucional estadunidense decidiu pela inconstitucionalidade da doutrina dos “separados, mas iguais”³⁴. A posição predominante entendeu que o direito à igualdade de tratamento, estatuído pela Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense,

³¹ O conceito de maioria não segue aqui critério necessariamente numérico, mas de acúmulo de poder no cenário político.

³² No original: “La Constitución, además de prohibir la discriminación con base en la lengua (art. 3), impone la protección de las minorías lingüísticas, reconociendo la presencia de comunidades que hablan otros idiomas diferentes al del grupo más grande”.

³³ “Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche”.

³⁴ No original: “separate but equal”.

vedava a segregação racial nas escolas públicas, devendo o Poder Público adotar medidas para impedir que escolas negassem a matrícula de alguém em razão da raça.

Desse modo, o comportamento do Tribunal rompeu com o secular posicionamento firmado no Caso *Scott v. Sanford*, de 1857, quando a Corte reconheceu a escravidão negra sob a alegação de proteção do direito à liberdade e propriedade dos senhores de escravo.

Outro modelo digno de nota é o desenvolvido pela Corte Constitucional Federal Alemã, o qual, em muitas ocasiões, notabilizou-se pelo alto caráter progressista em relação à defesa da democracia. Dentre seus julgamentos mais marcantes nesse sentido, vale destacar o Caso L $\ddot{u}$ th, de 1958, cujo precedente foi um simbólico desagravo contra as dores sofridas pelo povo judeu na Alemanha.

O debate girou em torno do direito de Eric L $\ddot{u}$ th manifestar-se pelo boicote ao filme “Amada Imortal” de Veit Harlan, cineasta alemão que, durante o regime nazista, produziu filmes de divulgação das ideias totalitárias contra o povo judeu, a exemplo do filme *Jud S $\ddot{u}$ ß*, de 1941. Na sua decisão, o Tribunal entendeu que L $\ddot{u}$ th, enquanto judeu, teria a liberdade de protestar publicamente contra o histórico de produção cinematográfica – de viés opressor – de Harlan, inclusive por meio do ato de boicote.

Em especial, o precedente destaca-se pelo modo como a Corte operou o conceito de democracia material, esclarecendo que os direitos constitucionalmente previstos incorporam “uma ordem objetiva de valores” que deve ser irradiada não só à relação entre cidadão e Estado, como também à de “todas as áreas do Direito” (ALEXY, 2003, p. 132-134), garantindo a preservação do padrão de civilidade preestabelecido pelo país.

Assim como Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, o Caso L $\ddot{u}$ th entendeu que a vigência do Estado Constitucional é terminantemente incompatível com ações ou omissões que visem à separação de grupos de pessoas nos espaços públicos (nas escolas, produções artísticas etc.) por preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Quanto ao modelo jurisprudencial do Brasil, o STF somente adotou efetivos precedentes em prol do pluralismo político após a promulgação da Constituição de 1988. A principal justificativa para tanto atraso em relação a outros Estados Constitucionais dá-se em razão da tardia democracia do país, bem como da baixa “cultura constitucional” (CUNHA, 2011b, p. 8-10) desenvolvida no âmbito das Constituições brasileiras anteriores.

Com efeito, até o advento da ordem jurídica em vigor, as instituições típicas de Estado, e sobretudo o STF, não estavam efetivamente dedicadas a assumirem funções fundamentais claras e permanentes em favor da matéria constitucional (SOBRINHO, 1997, p. 150). Ademais,

o Estado brasileiro caminhou entre reiterados golpes de Estado e suportou um profundo período de regime autoritário militar (1964-1985), no qual não foi possível firmar um conceito de democracia material relevante.

Apesar do atraso, o texto escrito da Constituição acolheu o pluralismo como princípio fundamental (1º, V³⁵), estabeleceu como seus objetivos constitucionais a redução das desigualdades sociais e regionais e de combate à discriminação sob qualquer forma (art. 3º, III e IV³⁶), além de, como já tratado acima, ter promovido uma abertura expressa (art. 5º, §2º) a influxos democráticos oriundos de sistemas jurídicos externos (internacionais e estrangeiros).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em matéria de pluralismo político foi inaugurada com célebre julgamento do Caso Ellwanger (HC nº 82.424/RS), de 2003. Por meio deste, a Corte enfrentou se a publicação de livros no Brasil que negavam o acontecimento do holocausto judeu na segunda guerra e, implicitamente, defendiam o antisemitismo, poderia ser configurado como crime de racismo (previsto pelo art. 5º, XLII³⁷, da CRFB e prescrito pela Lei nº 7.716/1989³⁸).

A tese vencedora no Tribunal desvinculou a noção de raça ao crime de racismo, rechaçando a premissa de que “como os judeus não são raça, não há racismo e imprescritibilidade”. Segundo tal entendimento, a compreensão mais fundamental seria reconhecer o racismo como fenômeno político-social, não sendo adequado vincular o crime de racismo ao conceito de “raça”.

Ademais, os ministros recusaram o argumento de que a prática de Ellwanger estaria protegida pela liberdade de expressão, pois entenderam que o acusado, ao difundir intencionalmente publicações antissemitas, praticou incitação ao ódio discriminatório, excedendo os limites de liberdade preestabelecidos pela Constituição.

O citado precedente do STF revela uma inegável correlação com uma das maiores conquistas advindas do pós-segunda guerra mundial: o princípio do pluralismo político como valor humano inegociável e, analogamente ao Caso Lüth, considerou a violação à dignidade do povo judeu para interpretar como inconstitucional qualquer tentativa de discriminação negativa por motivo de diferença cultural.

³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político.

³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁷ Art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (...).

³⁸ “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.

Diante dos aspectos teóricos e jurisprudenciais abordados neste item, percebe-se que a atuação do direito se expandiu, durante o século XX, para promover uma substancial igualação entre os membros da comunidade política do país, entre a maioria e as minorias, permitindo, inclusive, a “possibilidade concreta de proposição de ações contra atos manifestamente inconstitucionais, isto é, violadores das garantias constitucionais, perante os juízes constitucionais” (PUGLIESI, 2015, p. 239).

Já demonstrada a importância do primeiro grande evento histórico a ser tratado neste capítulo, passa-se a analisar o segundo: o pós-guerra fria.

2.1.2 A democracia material na queda do muro de Berlim: a conquista do processo político-democrático nos Estados nacionais

Foi Fukuyama (1989) quem, ante a queda do muro de Berlim e o término da concorrência ideológica (guerra fria) entre Estados Unidos e União Soviética, noticiou o triunfo político-econômico do liberalismo sobre o comunismo. Tal fato, tão logo ocorreu, já produziu importantes consequências para a democracia, redefinindo o seu núcleo material.

Com efeito, antes dividido, o mundo foi então tomado por um processo de “globalização da política” liderado pelos Estados Unidos, que, com a derrocada da União Soviética, tornou-se o maior líder hegemônico internacional. Dentre as principais características da citada globalização, destacou-se o fato de ter por premissa uma das grandes tradições e objetivos da política externa americana: “a aceitação como valor e como prática de sua concepção liberal de democracia” (VILLA, 2003, p. 56).

Segundo Villa, o governo americano acolheu como decisão estratégica a criação de medidas que levassem todos os estados *ipso facto* a adotarem o seu modelo de democracia ocidental. Em outras palavras, os valores democráticos dos Estados Unidos não apenas deveriam servir como padrão para o resto da humanidade como caberia ao citado país difundirlos³⁹ (VILLA, 2003, p. 56).

Todavia, a tentativa estadunidense de proceder à universalização democrática não conseguiu suprimir as peculiaridades políticas, regionais e culturais de cada país. É certo que os elementos próprios do valor democrático ocidental foram, relativamente, absorvidos pela maior parte dos países do mundo, mas obtiveram maior ou menor espaço na vida de cada

³⁹ Nesse sentido, ilustra-se que a influência americana fez com que a OEA aprovasse em 1991 a Resolução nº 1080, que previu o mecanismo da cláusula democrática, ou seja, prescrevendo a suspensão da participação no sistema interamericano daqueles países onde exista quebra da ordem constitucional e institucional democrática.

comunidade política tangenciada, a depender das semelhanças e diferenças entre propósito do citado valor e o modo como essa comunidade se identifica e lida com a pacificação dos seus conflitos. Portanto, essa visão sugere que, a despeito de todos os esforços de padronização, hoje não existe democracia (no singular), mas democracias (no plural), as quais apresentam certos pontos de conexão entre si (VILLA, 2003, p. 57).

Há dúvidas sobre se, realmente, um discurso voltado à legitimação dos interesses geopolíticos de um país no cenário internacional pode contribuir para a democracia material dos países afetados. Com efeito, como se sabe, não foi uma razão “romântica” que motivou os Estados Unidos a exportar seu modelo de democracia; foram razões econômicas e de poder. Apesar disso, é inegável que essa onda democrática do pós-guerra fria produziu avanços importantes para o direito, como o de obrigar países a reestruturar seus ordenamentos internos, preestabelecendo o respeito ao Estado de Direito, às liberdades civis e ao pluralismo, como condição para que pudessem promover suas relações de Estado e participar de organismos internacionais.

Sem embargo, o impacto mais importante decorreu do como esse enredo histórico também precipitou reivindicações do povo destinadas a lutar por governos legítimos e eleitos, em detrimento dos regimes autocráticos estabelecidos. Os primeiros países afetados por essa reação popular foram aqueles ligados à ex-União Soviética, os da América Latina comandados por ditaduras militares, bem como outros que durante a guerra fria estavam sujeitos a regimes de exceção (ISSACHAROFF, 2016, p. Kindle 1924-1938 de 6102).

Segundo Moreira Neto (2011, p. 78), em seguida até os povos árabes partilharam dessa onda democrática, por meio do que se denominou de “primavera islâmica”. Tal marco teve o fim de “eliminar ou reduzir a dominação dos regimes políticos fortemente teocráticos e autocráticos em seus países”, o que, segundo o mesmo autor, representou não só uma “recuperação global da adesão dos povos aos valores democráticos, como uma expressiva demonstração da crescente confiança universal no valor de suas instituições”.

Esse novo período democrático buscou, em princípio, o fortalecimento do processo político nacional, especialmente através de eleições livres e competitivas, ou seja, capazes de atribuir legitimidade popular aos eleitos e assegurar a chance de que os vencidos nas eleições anteriores possam sair vencedores no próximo pleito.

No entanto, países recém-aderentes à democratização política realizaram novas eleições sem que suas instituições estivessem estáveis, o que fez com que recebessem uma ameaça imprevista, que não seria a asfixia de uma democracia submetida ao poder autocrático do antigo regime, mas sim o “excesso de democracia”, ou seja, o receio de que o acúmulo exagerado do

poder democrático passasse a concentrar-se em um único partido político cada vez mais hegemônico (ISSACHAROFF, 2016, p. Kindle 1974 de 6102).

Dentre os problemas a serem causados por esse excesso de democracia está, em especial, o risco de que o governante, logrando-se de popularidade transitória, aproveite-se do poder constituinte para perverter a democracia, com o único intuito de perpetuar-se no poder, correspondendo a um estado de “constitucionalismo abusivo” (LANDAU, 2015, p. 63). Além do mais, permite que governos populistas subam – ou tentem subir – ao poder com o fim de promover qualquer tipo de ameaças e consumações de golpes no espaço político.

Contra esse ímpeto antidemocrático, as Constituições outorgaram às Cortes Constitucionais a competência de impedir o uso indevido da autoridade política, dando contornos atuais à doutrina judiciária de Hamilton, para quem os juízes deveriam interpretar os dispositivos da Constituição no intuito de fazer com que a vontade do povo prevalecesse sobre o interesse dos seus agentes (HAMILTON, JAY e MADISON, 1840, p. 157).

Assim, no ensejo de assegurar a conquista do processo político-democrático nos Estados nacionais, as Cortes Constitucionais passaram a exercer a moderação sobre o processo político. Tal atividade identifica-se com o que Tavares (2005, p. 297) denomina de “função arbitral”, na medida em que, nessa hipótese, o Tribunal se reportará “à atuação normativa ou material dos ‘poderes’”, fiscalizando a distribuição destes e impedindo sua concentração excessiva nas mãos de um único grupo político, tudo isso em favor da proteção da democracia material.

Tavares segue afirmando que a atuação pacificadora em prol desse ideal não se imporá apenas em tempos de crise, mas também em tempos de paz. Com efeito:

É equívoco, contudo, considerar que a atuação do Tribunal Constitucional se imponha apenas nos momentos de crise. Mesmo no mais completo equilíbrio entre os órgãos constitucionais, nem por isso deverá o Tribunal ficar inerte. É que poderá ocorrer que um órgão esteja, com o beneplácito ou não de outro órgão, usurpando as funções deste. Em tais circunstâncias, caberá a intervenção do Tribunal Constitucional para garantir a separação promovida constitucionalmente. Não se pode tolerar um costume constitucional *contra legem*, especialmente quando se trata da *lex legum* (TAVARES, 2005, p. 300).

Desse modo, recomenda-se que o Tribunal opere com previdência e tão logo seja possível, para evitar um conflito político-democrático insustentável, o qual ofenda o conceito de democracia material.

No tocante aos modelos de jurisprudência que abordam o tema, ilustrando risco ou efetivo atrito institucional contra a estabilidade do processo político nacional, três casos despertam especial atenção, os quais passam a ser ilustrados adiante.

O primeiro, e certamente um dos mais representativos da última década, é o precedente da Corte Constitucional da Colômbia, de 2010, que decidiu pela inconstitucionalidade da Lei nº 1354/2009⁴⁰, que convocava os colombianos a se manifestarem sobre a possibilidade de habilitar o presidente Álvaro Uribe para ser candidato a uma segunda reeleição consecutiva.

Apesar de desfrutar de “grupos de pressão” (Cf. PUGLIESI, 2015, p. 236-237) em seu favor – como a alta popularidade nacional e de ser um dos aliados mais próximos dos Estados Unidos na América Latina –, Uribe, que já havia vencido as eleições de 2002 e 2006, foi impedido de participar da campanha presidencial de 2010 por imposição do citado julgamento da Justiça Constitucional colombiana.

Além de encontrar vícios formais na convocação do referendo pelo Congresso, entendeu a Corte Constitucional do país que a renovação do mandato presidencial de Uribe violaria a separação de poderes, a igualdade, a alternância democrática e o sistema de freios e contrapesos estabelecido pela Constituição Colombiana de 1991 (REDACCIÓN EL TIEMPO, 2010).

Com a decisão, o Tribunal, ao impedir que o presidente da República se perpetuasse no poder, superou atrito entre entidades constitucionais de acordo com as peculiaridades do seu Estado Constitucional, precavendo do risco de populismo no país

A atuação da Corte Constitucional da África do Sul no Caso *Democratic Alliance v. Presidente of South Africa and Others*, de 2011, também merece destaque. Na ocasião, o tribunal revisou judicialmente o ato do presidente da República Jacob Zuma de nomear o advogado Menzi Simelane para ocupar o cargo de diretor nacional de perseguições públicas, o que, à primeira vista, significou uma forte interferência na competência do Poder Executivo.

Todavia, nas razões do voto vencedor, o Tribunal justificou que a declaração de inconstitucionalidade do ato de nomeação de Simelane deu-se porque este estava envolvido em acusações de irregularidades financeiras, suscitadas por órgãos de controle de investigação, as quais foram, completamente, desconsideradas durante o procedimento de nomeação, pela autoridade presidencial.

Assim, o precedente firmado considerou que, à luz da Constituição sul-africana, a questão da confiança política sobre a idoneidade moral dos ocupantes de cargos públicos está intrinsecamente ligada à democracia material do país, merecendo a rigorosa fiscalização da Justiça Constitucional (ISSACHAROFF, 2016, p. Kindle 2289-2310 de 6102).

Por fim, no que concerne às experiências de atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro no tema do processo político-democrático, a decisão na ADPF nº 378, de 17/12/ 2015,

⁴⁰ *Ley que convoca a referendo de iniciativa popular - combinación de formas de democracia representativa y democracia participativa.*

serve de recente exemplo a respeito de como a Corte se comporta em situações que lhe exigem a moderação do jogo político.

No citado precedente, os ministros da Corte reconheceram que o procedimento de *impeachment* previsto na Lei nº 1.079/50⁴¹ deveria receber “interpretação conforme à Constituição”, para se adequar aos direitos e garantias fundamentais previstos na norma constitucional vigente. Para este Tribunal, todo e qualquer processo acusatório sujeito à Constituição pressupõe uma tutela de proteção em favor do acusado, no sentido de imunizá-lo de arbitrariedades e excessos estatais. Desse modo, somente se assegurados direitos como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, seria possível aplicar o citado rito procedimental em face de alguém sob suspeita de ter praticado crime de responsabilidade no exercício de função pública.

A decisão foi tomada em momento importante para o país. À época, a Câmara dos Deputados iniciara o uso do rito para examinar a admissibilidade de denúncia formulada contra a então presidente da República Dilma Rousseff, por suposta fraude fiscal nas contas do governo, o que poderia acarretar seu *impeachment* da função presidencial, além de outras penas políticas (MARTINS, 2017).

Então, no intuito de evitar atropelos na adoção de procedimento político, a Corte Constitucional definiu, com base nas experiências do processo judicial brasileiro, os padrões de comportamento que deveriam ser seguidos pelas casas parlamentares até eventual julgamento da denúncia, evitando, assim, o risco de afastamento sumarríssimo da autoridade presidencial eleita.

Os três precedentes citados narram atuações bem-sucedidas da Justiça Constitucional em matéria de moderação do processo político, embora nem sempre seja assim. Por exemplo, ainda em relação ao processo contra a presidente da República Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal foi duramente criticado por não ter realizado o controle de viés substancial da questão após o parlamento tê-la condenado e decidido por seu *impeachment*, apesar de provocado. Como salienta Tavares (2016c), assim como examinou a questão sob o aspecto procedimental no momento oportuno, caberia à Corte Constitucional examinar se a decisão final pelo *impeachment* tinha ou não base substancial na Constituição.

É notório o cuidado que as Cortes Constitucionais devem adotar com decisões que tocam o conceito de democracia material, mas omitir-se diante de casos que envolvem suposto

⁴¹ Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

enfraquecimento da qualidade do processo político não reflete solução condizente com a preservação do progresso civilizatório do respectivo país.

Perceba-se que as transições democráticas materiais de que trata este tópico incluam no rol de capacidades das Cortes Constitucionais tanto um módulo de proteção progressista – promovendo especial amparo a direitos positivos previstos na Constituição – quanto um módulo de moderação do jogo político – a resguardar o processo político e o valor da democracia durante as eleições, bem como durante o exercício do mandato eleitoral.

Diante disso, uma dúvida nasce: quais instrumentos (técnico-sociais) que a Corte Constitucional possui para compreender a dimensão política da sociedade? As transições democráticas materiais evoluem de acordo com os fatos – e o movimento – da vida social, e o texto jurídico não é o bastante para inserir a Justiça Constitucional nesse contexto.

Deve, então, a Justiça Constitucional munir-se de elementos de politicidade que lhe permitam êxito na interpretação da norma constitucional, mas, em contrapartida, não lhe perturbem na sua juridicidade.

2.2 Os componentes políticos (politicidades) do Tribunal

O tema da Corte Constitucional perpassa por uma pluralidade de perspectivas. Dentre as curiosidades que tangenciam seu papel no Estado contemporâneo, revela-se importante o seguinte: afirmar que as decisões da Corte possuem natureza jurisdicional é tão certo quanto dizer também que estas apresentam caráter político. Isto porque a “juridicidade” da Corte está no método jurídico que adota para proteger a norma constitucional (TAVARES, 2005, p. 462), enquanto que sua “politicidade” advém da natureza política das questões que lhe são submetidas (ROMBOLI, 2017, p. 5).

O assunto é tão especial que leva Romboli (2017, p. 1) a consignar “as oscilações do Tribunal Constitucional entre a alma política e a alma jurisdicional”⁴², pois, a depender dos diferentes momentos político-institucionais ou das consequências particulares da situação posta, o “pêndulo” da Corte oscila, ora mais para o espectro técnico-jurisdicional, ora mais para o político (ROMBOLI, 2017, p. 8).

Nesta senda, Malfatti, Panizza e Romboli constatarem o caráter bifronte ou híbrido (jurídico-político) das ações da Corte Constitucional e defendem que esta mescele em sua

⁴² No original: “*Le oscillazioni della Corte Costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*”.

atividade “doses de jusnaturalismo com outras de juspositivismo”⁴³; tudo para que possa cumprir, a contento, com seu papel de utilizar o direito para pacificar a política. Portanto, a Corte possui uma natureza intimamente complexa, incomparável a qualquer outro ator institucional do Estado (MALFATTI; PANIZZA; ROMBOLI, 2016, p. 7-8).

Em atenção à perspectiva da politicidade, o presente tópico explora instrumentos que possibilitam às Cortes Constitucionais compreenderem a dimensão política da realidade antes de julgá-la (temas como “direito de morrer”, “casamento poliafetivo”, “distribuição de medicamentos de alto custo pelo sistema público de saúde” apresentam elevado espelho político e ainda serão, definitivamente enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil). Tais instrumentos tem o condão de preparar o respectivo Tribunal para reconhecer e preservar as conquistas da democracia material, descrevendo eventos histórico-político-sociais como atividade implicada à interpretação do direito.

Os eventos fáticos que repercutem no conceito de democracia material podem ocorrer no âmbito territorial e linguístico do país, advêm de movimentos do direito internacional humano ou ambas as coisas, simultaneamente (DAL CANTO, 2016, p. 5). Nesse cenário, caberá à Corte entender o aspecto político do caso concreto mediante a correta apreensão do contexto em que se deu o fato (lugar: nacional, estrangeiro ou internacional; tempo: passado distante, passado recente, futuro etc.; propósito: social, econômico, cultural etc.; subtemática constitucional envolvida: civil, penal, tributário etc.) e suas particularidades (sujeitos e/ou grupos de pressão envolvidos, detalhes do objeto discutido, possíveis consequências etc.).

Os juízes constitucionais assumem, também, a responsabilidade de entenderem tanto a complexidade do espaço nacional local quanto dos espaços globais, o que também lhe exige relacionar, tecnicamente, as diferenças e semelhanças entre realidades distintas (CARDUCCI, 2014, p. 14)

Essa atividade não poderá consistir em mera “comparação *ad hoc*”, que não leve em conta “a complexidade das histórias do constitucionalismo e das relações geopolíticas entre sistemas jurídicos como também ‘constituição econômica’ do direito internacional, a ‘*Konstitutionelle Verfassung*’⁴⁴” (CARDUCCI, 2014, p. 15). Em verdade, tal comparação deve observar a complexidade dos fatos, além de manifestar “sempre a exigência de um caminho crítico marcado por contínuas perguntas acerca da dupla dimensão do sujeito – o jurista que

⁴³ No original: “*dosi di giusnaturalismo con altre di positivismo giuridico*”.

⁴⁴ No original: “*La complejidad de las historias del constitucionalismo y de las relaciones geopolíticas entre sistemas jurídicos como también la ‘constitución’ económica’ del derecho internacional, la Konstitutionelle Verfassung*”.

observa – e os outros – os sujeitos e os ordenamentos observados e confrontados”⁴⁵ (CARDUCCI, 2014, p. 21).

No entanto, o êxito dessa atividade bifronte depende da observância de um pressuposto inegociável: a Corte Constitucional precisa estabelecer relação dialógica e de empatia com a sociedade a que serve. Ou seja, a ideia de “acesso à justiça” deve apresentar-se como um canal exitoso de comunicação linguística, que prestigie a troca de informações entre locutor e interlocutor num dado contexto situacional. Sem que isso ocorra, o atributo “humano” da Corte será inapto à captação do sentido de democracia.

Interessa ao presente tópico compreender como o conceito de democracia material é entendido pela Corte e como se produz a eventual decisão constitucional que lhe dá reconhecimento e proteção. Assim, torna-se desnecessário discutir a importância orgânica da Corte para o Estado Constitucional – ou mesmo reentrar na disputa teórica entre Schmitt e Kelsen sobre quem deve guardar a Constituição – à medida que o que se coloca em jogo é como o guardião decide o direito a partir dos fatos da política.

Apesar de todas as dificuldades práticas, não se pode esquecer que a Corte Constitucional deve decidir as questões controvertidas que lhe são postas por meio de método e fundamentação jurídicos. Aliás, essa forma de atuação diferencia a Corte dos poderes propriamente políticos (como o são Legislativo e Executivo), na medida em que estes se preocupam em regular e viabilizar a vida em sociedade, enquanto que aquele assume “a exclusiva finalidade de defesa da Constituição” (TAVARES, 2006b, p. 21-22), apesar de todo contexto no qual está envolvido.

Ocorre que, mesmo que o Tribunal seja pré-avisado, pela própria Lei Maior que o constitui, do seu dever de salvaguarda jurídica da norma constitucional, tal como no Brasil⁴⁶, isso não elimina o indesejável risco de que esse sujeito operador tome os fatos políticos não apenas para entender a “linguagem do problema”, mas como as próprias razões de decidir da ação constitucional.

Esse comportamento é classificado como “livre” porque não segue um método racional de julgamento, oferecendo todas as condições para que arbítrios e excessos por parte da Corte aconteçam (TAVARES, 2005, p. 463).

⁴⁵ No original: “*siempre la exigencia de un camino crítico marcado por continuas preguntas acerca de la doble dimensión del sujeto – el jurista que observa – y los otros – los sujetos y los ordenamientos observados y confrontados*”.

⁴⁶ O art. 102 da Constituição brasileira de 1988 assinala que competente ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, impondo-lhe um padrão de comportamento jurídico.

Longe de querer que esse cenário indesejado sobrevenha, o presente trabalho defende que os fatos políticos sejam trabalhados pelo direito visando à construção de uma norma de decisão efetiva para solucionar o conflito examinado. Para tanto, entende-se que a Corte Constitucional é formada por certos componentes políticos (TAVARES, 2005, p. 453-455), os quais são criados para conectar o órgão aos valores políticos do Estado.

Com isso, espera-se evitar que a Corte se transforme em mero órgão burocrático, culturalmente inflexível ou que se submeta ao excesso de tecnicismo que se lhe imponha: “isolar de correntes mais amplas da opinião pública, e deixar de perceber quando suas ações parecem ser autocráticas, tolas, ou coisa pior” (ACKERMAN, 2014, p. 21).

Esses componentes políticos não se confundem com o centro da Justiça Constitucional, mas estão no seu entorno e com ele interagem visando a atribuir-lhe certo grau de “politicidade” (DALLARI, 1996, p. 85), ou melhor, capacidade de considerar na interpretação constitucional as peculiaridades da vida social e os fatos novos que esta mesma vida não cessa de oferecer. No entanto, a politicidade da Corte Constitucional não pode comprometer a segurança jurídica, sob pena de substituir-se ao sistema jurídico, convertendo-o em mero “decisionismo”.

Decerto, a quantidade e as espécies de componentes políticos que compõem uma Corte Constitucional variam de acordo com o que disciplina a Constituição do país, mas, se se tomar o contexto do Supremo Tribunal Federal brasileiro, destacam-se como variáveis políticas mais marcantes: a participação dos poderes políticos na indicação e nomeação dos membros da Corte e a natureza política da matéria eventualmente abordada nos seus julgamentos ou dos efeitos produzidos por suas decisões. As críticas e reflexões a respeito de cada uma delas serão feitas nos itens que seguem.

2.2.1 “Politicidade” como indicação e nomeação política dos membros da Corte Constitucional.

No Brasil, o processo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal recebe a participação direta da autoridade presidencial e do parlamento do país. É o Presidente da República quem detém a competência de nomear os novos membros dessa Corte Constitucional após a devida aprovação pela casa legislativa do Senado Federal (art. 84, XIV, da Constituição).

Se o recrutamento dos juízes constitucionais é político, a primeira reflexão que se faz é se a independência destes resta comprometida ante a possibilidade – existente, embora se queira evitar – de o indicado buscar compensar quem o indicou por meio de decisões que a este

favoreçam. Em outras palavras, ainda que esse modelo de recrutamento também confira certo ponto de apoio democrático ao contexto da Justiça Constitucional (TAVARES, 2005, p. 455), porque são autoridades eleitas pelo povo que indicam e aprovam os juízes, discute-se se o elo originário entre representantes políticos e a investidura dos juízes coloca em perigo o exercício das funções da Justiça Constitucional.

À luz do pensamento de Ackerman (2009, p. 510-516), é inegável que presidentes prefiram indicar, para a Suprema Corte, juristas com os quais guardem reconhecida proximidade ideológica de pensamento, na expectativa de que a composição da Corte se torne, nas suas decisões, mais – ou ainda mais – sensível ao perfil da agenda do governo. Assim, governos conservadores anseiam por juízes constitucionais adeptos a teorias conservadoras do direito, enquanto que governos sociais preferem juízes de viés jurídico-progressista.

Ackerman salienta, no entanto, que o que mais importa em relação a isso é o caráter do compromisso que o juiz-indicado tem com a transformação do direito. Isto significa dizer que, se o juiz constitucional é indicado porque apresenta uma visão de Constituição que converge com os princípios patrocinados pelo governo que o indicou, admite-se que sua indicação para a Suprema Corte cause mudança (ou reforço) consistente na jurisprudência do tribunal, ou não, a depender do quanto o novo juiz constitucional será fiel a sua formação jurídico-doutrinária (ACKERMAN, 2009, p. 510-516).

A propósito, o autor chama de “indicação transformadora” aquela cujo juiz indicado assume coerência rigorosa com sua concepção de direito na hora de interpretar a Constituição, o que, gradativamente, causará inovação na jurisprudência da Corte Constitucional. Por outro lado, consiste em “indicação usual” aquela não imbuída desse mesmo compromisso, na maior parte das vezes porque o julgador não se filia a uma corrente de pensamento bem definida do direito, oscilando entre visões da Constituição – ou não se ligando a apenas uma visão – durante seu tempo de magistratura (ACKERMAN, 2009, p. 510-516).

Em contraponto, Agra (2005, p. 108-111) aduz que a indicação política deve guiar-se por outra finalidade. Atento ao fato de que o pluralismo político, enquanto valor fundamental, não oferece apenas duas versões de leitura da Constituição – como sugere a proposta de Ackerman, inserida no contexto binário da Suprema Corte americana, que divide sua composição entre juízes de perfil republicano e juízes de perfil democrata –, mas diversas delas, Agra aduz que, se a jurisdição constitucional ajuda a “fortalecer a participação popular nas decisões políticas e incentiva a consolidação da democracia”, “a composição do órgão que exerce a tutela da Lei Maior deve ser a mais democrática – variada – possível”.

Dessa forma, o presidente da República deveria escolher juristas capazes de pluralizar o conceito da Constituição, com o fim de incluir, no espaço público da Justiça Constitucional, novas abordagens a respeito da cultura da sociedade. A ideia seria favorecer um ambiente de Estado que primasse pela tolerância e igualdade, entrecruzando o direito com as diversas línguas (a variação linguística é muito comum em Estados plurinacionais ou pluriétnicos, como são Bolívia, Itália e, quiçá, o próprio Brasil) e signos de reconhecimento dos grupos sociais pertencentes à comunidade política (PIZZORUSSO, 2000, p. 786-787).

Ainda que se busque com a indicação política transformar ou pluralizar a visão da Corte Constitucional, o risco de que tal indicação prejudique a qualidade do debate jurídico da Corte não é presumido pelo elo meramente impessoal ou ideológico entre a autoridade nomeante e o juiz constitucional, porquanto se espera que o magistrado se comporte conforme a boa-fé, expondo seu ponto de vista com argumentos pautados nos princípios da Constituição.

O problema ocorre quando a indicação do juiz serve para atender alguma promessa ou interesse pessoal do presidente ou do partido governista relacionada com terceiros, desviando, sobremaneira, a finalidade precípua a que se destina. Nessa hipótese, o processo de escolha do membro da Corte Constitucional deixa de se basear na discussão sobre a melhor leitura da Constituição para mover-se por motivos políticos secundários, como a troca de favores visando à obtenção de apoio de grupo político ou econômico no pleito eleitoral seguinte. Nessa ocasião, projetos de longo prazo em prol da democracia restam preteridos por objetivos eleitorais de curto de prazo (ACKERMAN, 2009, p. 510).

Portanto, o componente político da indicação política deve somar-se com a juridicidade da Corte Constitucional, ao invés de confrontá-la. Quer-se dizer, a correlação entre politicidade e juridicidade deve auxiliar o Tribunal na obtenção dos pressupostos fáticos e jurídicos necessários à delimitação da controvérsia constitucional relevante, restando preservado o entendimento de que o ato de decidir exige método e fundamentação jurídicos.

Em complemento, Tavares (2005, p. 455) salienta que a indicação política do juiz constitucional não pode comprometer a sua independência funcional para decidir conforme a Constituição, sob pena de haver um indesejável deslocamento da Justiça Constitucional para uma posição política.

Bem por isso é que esse componente político resta limitado por elementos de salvaguarda da centralidade jurídica da Corte Constitucional. No Brasil, o magistrado dessa Corte resguarda-se de garantias funcionais – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade, conferidas aos ministros do Supremo Tribunal Federal e a todos os outros juízes do Poder

Judiciário, consoante art. 95 da CRFB/88 – voltadas a preservar sua independência e imparcialidade.

Mas, além das salvaguardas, é importante pensar em melhorias em relação ao processo de recrutamento do juiz do Tribunal brasileiro. Com efeito, embora não se negue a utilidade do componente da indicação política, propostas de reforma à Constituição podem contribuir para a maior impessoalidade na relação entre autoridade nomeante e magistrado nomeado. Citem-se duas a seguir.

A primeira possibilidade está na fixação de mandatos temporais não coincidentes para ministros do Supremo Tribunal Federal. Assim, os mandatos terminariam em datas diferentes, possibilitando que cada presidente da República que sucedesse no governo ficasse com a incumbência de renovar certa, porém limitada, quantidade de vagas da Corte (entre dois e três membros, a título de sugestão). Isso tenderia a proporcionar uma constante oxigenação das ideias do citado Tribunal sem comprometer a estabilidade de sua jurisprudência. Seguem esse modelo as Cortes Constitucionais da Alemanha, França e Portugal, cujos juízes exercem mandatos de doze, nove e seis anos, respectivamente (FAVOREU, 2004, p. 30-31).

Já a segunda é que ao candidato a ministro do Supremo Tribunal Federal seja exigida formação acadêmica ou profissional distinta, e não apenas a qualificação geral “notável saber jurídico e reputação ilibada”, atualmente disposta no art. 101 da Constituição brasileira⁴⁷. Isso ocorre no Peru, onde para ser juiz do Tribunal Constitucional a Constituição de 1993 do país exige: “Haver sido magistrado da Corte Superior ou Fiscal Superior durante dez anos, ou haver exercido a advocacia ou a cátedra universitária em matéria jurídica durante quinze anos”⁴⁸ (artigos 147 e 201). Ademais, é salutar que os magistrados recebam capacitação pluralista, multidisciplinar e humanista do direito, o que contribui para que melhor operem a politicidade.

Essas mudanças poderiam aprimorar o aumento do compromisso institucional do juiz do Supremo, já que o acesso ao cargo limitar-se-ia a juristas mais fieis às suas convicções doutrinárias do que a vontades político-partidárias, prevenindo a Corte de *politização* na Corte.

2.2.2 “Politicidade” como participação (aberta) da sociedade em causas de interesse político ou de repercussão política processadas perante a Corte Constitucional

⁴⁷ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

⁴⁸ No original: “Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacia o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años”

A decisão do Tribunal em matéria constitucional não está adstrita a atores do processo. Sua repercussão se dá de modo mais horizontal, pois implica o sentido definitivo da Constituição e seus efeitos interferem, diretamente, na rotina de vida da comunidade política. Então, ainda que a decisão decorra de demanda formulada por uma parte (modelo de controle difuso de constitucional) ou por um legitimado constitucional (modelo de controle concentrado), a responsabilidade da Corte pressupõe a observância do “objeto” por seus diversos pontos de vista, a fim de que possa valorizar as particularidades de todos os grupos sociais que serão, direta ou indiretamente, afetados pelo respectivo ato decisório (PIZZORUSSO, 2000, p. 789-790).

Moreira Neto (2011, p. 48, 70) contribui com o estudo da politicidade da Corte Constitucional ao assinalar que essa instituição, a despeito da sua função neutral, deve compreender as necessidades sociais para bem agir na pacificação dos conflitos. Para tanto, entende que o meio mais adequado para que se conheça e compreenda a democracia material da sociedade é estabelecendo canais de comunicação diretos com os cidadãos, para que estes possam contribuir em prol da interpretação do direito.

Decerto, no ambiente de interpretação constitucional moderna, não havia sido conferida maior importância à possibilidade de outros atores sociais, que não os agentes do Estado, participarem da interpretação da Constituição. Por causa disso, era comum pensar no princípio da igualdade segundo um “critério de mecânica uniforme de tratamento”, isto é, sem levar em conta outros fatores político-sociais desconhecidos pela cultura oficial (PIZZORUSSO, 2000, p. 790-791).

Esse fato, além de dificultar a compreensão dos juízes do Tribunal sobre a dimensão política em torno das questões constitucionais, prejudicava a análise acerca do concreto e da atribuição da justiça ao âmbito do caso.

Só com o advento do constitucionalismo contemporâneo atribuiu-se maior atenção à participação da sociedade como instrumento auxiliar à atividade da Corte Constitucional de concretização permanente do princípio da igualdade entre maioria e minorias. Ademais, contribuiu para que o Estado se obrigasse a estabelecer diversos níveis de tutela fundamental para atender às diversas situações de grupos minoritários existentes no mesmo país, dando-lhes tratamento proporcional na medida das suas desigualdades (PIZZORUSSO, 2000, p. 790-791).

Nesse sentido, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Härberle (1997, p. 11-13) propõe que a Constituição deve receber interpretação de um círculo mais amplo de participantes, que não se restrinja à sociedade fechada dos juízes, uma vez que a realização constitucional depende da interpretação de todos aqueles que, de fato, vivem a Constituição.

Se cada pessoa ou grupo da sociedade (incluídas as instituições privadas e públicas) detém perfil cultural próprio, o autor entende que isso lhe faculta o direito de ser pré-intérprete da Constituição. Ou seja, de apresentar sua perspectiva de norma constitucional ao caso concreto para que, somente por último, o juiz constitucional realize a interpretação definitiva. Isso permite que a Corte Constitucional deixe-se influenciar por observações sociais até então não consideradas na sua jurisprudência.

Dessa forma, Härberle (1997, p. 15) critica o dogma de que o Estado deve fechar-se a fatores reais de poder (LASSALLE, 1998, p. 26) ou aos participantes formais do processo constitucional, alegando que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.

Não obstante, a manifestação da sociedade a respeito da Constituição não se confunde com os argumentos de política, os meramente consequencialistas e os que visem apenas constranger a atividade da Justiça Constitucional. Com efeito, ainda que não pronunciado sob o rigor técnico-jurídico, o pronunciamento sociocultural deve corresponder a algum princípio protegido pela Constituição para que seja convertido em linguagem jurídica. Assim, a pré-interpretação da sociedade aberta influenciará no julgamento da Corte desde que se traduza em argumento de princípio, o qual será balanceado com os outros princípios envolvidos no caso concreto.

O que distingue a interpretação oriunda da participação social daquela desenvolvida pela Justiça Constitucional é a relação imediata que essa última possui com a Constituição. Ou melhor, apenas o Tribunal Constitucional é apto a operar/manipular os sentidos possíveis que a Constituição possui e, juridicamente, atribuir-lhes o efeito vinculante ao sentido que melhor serve para a fiscalização do concreto (TAVARES, 2005, p. 464-465).

Em casos práticos, o fenômeno da pré-interpretação da sociedade aberta desperta na Corte Constitucional o dever de exercitar dupla habilidade. Inicialmente, a habilidade da politicidade dá ao Tribunal o poder de ler o contexto social, extraindo dele os valores fundamentais (princípios) da Constituição que estão sendo debatidos. Logo após, a habilidade da juridicidade apresenta e nivela esses argumentos de princípio contrapostos para, em seguida, submetê-los ao processo de tomada de decisão segundo a máxima efetividade da Constituição.

Além disso, ensina Tavares (2005, p. 472-473) que, em relação aos casos judiciais que causem profunda divisão na opinião pública, deve o Tribunal zelar pela concordância prática entre os interesses rivais para que não se perca o mínimo indispensável do papel integrativo da Constituição.

Nesse aspecto, a participação da sociedade no debate jurídico merece ser tecnicamente articulada para que auxilie, com eficácia, a Corte Constitucional na busca por maior aprofundamento a respeito do elemento de fato (que deverá ser virtualizado na hipótese de ação de controle abstrato de constitucionalidade) a ser judicialmente apreciado.

Visando a organizar o modo como as manifestações da sociedade serão ouvidas pela Justiça Constitucional é que a legislação de processo constitucional tem conferido “canais de comunicação e de institucionalização de demandas, substancialmente democráticos, neutros e apartidários” (MOREIRA NETO, 2011, p. 48), que garantem ao povo o diálogo com a Corte Constitucional.

Dentre os institutos processuais que assumem esse propósito, estão: a audiência pública, a designação de peritos, o *amicus curiae* e os métodos alternativos de resolução de conflitos. São ferramentas que colocam a Corte Constitucional a par da dimensão política à medida que lhe permitem capturar o máximo de pré-interpretações possíveis da Constituição. Assim, esses canais dialógicos apresentam dois benefícios diretos: a redução das chances de o juiz do Tribunal julgar à sombra do desconhecido e o aumento da percepção sobre a diversidade social.

É a politicidade como “participação social” que dá à Corte Constitucional condições para construir uma jurisprudência socialmente aceitável sobre temas de interesse político ou de repercussão política, uma vez que a Justiça Constitucional não tem, em regra, conhecimento prévio sobre temas exógenos à formação jurídico-acadêmica. Neste contexto, as expressões socioculturais dão os fatos e o Tribunal transforma-os em linguagem jurídica.

Esse processo não implica dizer que o julgamento será necessariamente como deseja a opinião pública (TAVARES, 2005, p. 473), mas certamente terá o seu respeito. Com efeito, a politicidade da participação social não tem, em regra, a função de afirmar o princípio majoritário, pois, quando se está diante de um conflito social envolvendo minorias, tal politicidade deverá suprir a insuficiência da democracia da maioria – expressão de contrapoder (MOREIRA NETO, 2011, p. 78) –, para que a democracia da minoria seja igualmente ouvida, em atenção à nova exigência pluralista da democracia material.

Essa é a razão pela qual a abertura hermenêutica pela Corte Constitucional não deve ser meramente formal, mas substancial, com a presença de todos ou da maioria dos membros do Tribunal como ouvintes-ativos, ou seja, atentos e ativamente envolvidos na relação comunicacional. Com isso, espera-se que os magistrados recebam das minorias alternativas efetivas para a interpretação constitucional.

Em síntese, como assinala Dallari (1996, p. 94), o reconhecimento da politicidade da Corte Constitucional não tem relação com eventual opção político-partidária dos seus membros

– o que significaria indesejada politização. Também não vai de encontro à autenticidade e à legitimidade das suas decisões. Em verdade, isso acontece porque o juiz que assume a sua politicidade – dimensão político-social – apresenta a indubitável tendência de fazer um esforço a mais para concretizar a Justiça Constitucional, tendo em vista sua inserção no contexto social, é capaz de diferenciar o direito concreto da mera abstração jurídica, que, muitas vezes, ao invés de justiça, serve apenas para sustentar desigualdades em prol de um discurso cultural oficial.

2.3 Legitimidade do STF para operar a Constituição em conformidade com a democracia material.

O processo de concretização promovido pelo STF, se atento à democracia material e à politicidade do direito, tende a implicar inovação no sentido da Constituição. Com efeito, ao passo que seus magistrados exploram a complexidade dos fatos, a norma constitucional desafia uma nova perspectiva de atuação, produzindo, assim, resultados diferentes ou mais aprofundados do que os de outrora. Mas o que credencia esses magistrados a atuarem como “artesãos da norma constitucional”, construindo-a a partir da confluência entre o político e o jurídico? Isso poderia significar um problema à atividade da justiça?

De início, Cappelletti assinala que, malgrado o julgador seja reconhecidamente um criador do direito, isso não quer dizer que seu papel se confunda com o exercido pelo legislador, na medida em que a formação jurisdicional e a formação legislativa do direito são fundamentalmente distintas (CAPPELLETTI, 1999, p. 130). Ademais, “o verdadeiro perigo a prevenir não está, portanto, em que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o ‘modo’ do processo jurisdicional” (CAPPELLETTI, 1999, p. 132).

Se a Justiça Constitucional deve estar pronta para condicionar as escolhas políticas, faz-se mister a discussão sobre qual a sua capacidade para interpretar, além da disposição do texto normativo, as condições sociopolítico-econômicas que qualificam o caso judicial (AGRA, 2005, p. 111). Essas condições, aliás, compreendem necessariamente o processo linguístico da concretização da Constituição, pois “nenhuma prescrição está subtraída ao debate da política (jurídica); ela é revista, anulada, modificada – e isso novamente com vistas à futura atividade concretizadora” (MÜLLER, 2005, p. 124).

Questão que interessa a este tópico é como o papel da Corte Constitucional de proteger a democracia material sustenta-se em face do princípio majoritário. Dito de outro modo: ao fazê-lo, o Tribunal não estaria a usurpar a legitimidade inerente à representação popular?

Segundo Agra (2005, p. 109), o princípio majoritário não se trata da única forma de manifestação da soberania popular. Ao seu lado – ou do lado oposto, a depender da tensão revelada no caso concreto – está o princípio da supralegalidade constitucional, que, densificado pelo constituinte, também representa a soberania popular, mas sob a acepção de fiscalização da Constituição.

Assim, o princípio da supralegalidade constitucional, utilizado na presente dissertação à luz da conceituação de Agra (2005), outorga à jurisdição constitucional a função de adequar as decisões políticas aos termos da Constituição, sem desmerecer o peso e a importância do princípio majoritário.

No entanto, mesmo que ocorra a coexistência harmônica entre o princípio majoritário e o princípio da supralegalidade constitucional, Cappelletti (1999, p. 91-93) aprofunda a discussão apresentando outra objeção ao caráter não-majoritário da justiça, a saber: quanto mais independentes forem os juízes do processo eleitoral, menor a sua prestação de contas ao povo, a maioria destes e seus representantes. Por esse viés, salienta o autor, “até um judiciário dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos pode terminar por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática”.

Insta salientar, contudo, que, no Estado Constitucional, o que é “democrático” não se resume ao que decorre de eleição, havendo outras formas idôneas para que a Corte Constitucional preste suas contas com o povo em relação ao seu modo de proteger as transições democráticas materiais para além do texto da Constituição. Nesse contexto, a atividade da Justiça Constitucional está justificada por diversos modos de legitimação democrática, a saber.

Antes convém esclarecer que os elementos de politicidade da Corte Constitucional, anteriormente citados, já lhe reservam inegável legitimação política para operar a Constituição. O primeiro elemento – indicação política dos juízes constitucionais – evita que sobrevenha insustentável contraste entre a ideologia jurídica do Tribunal e a ideologia política do país, pois possibilita a renovação periódica dos membros da Corte Constitucional (CAPPELLETTI, 1999, p. 96).

Por sua vez, o segundo elemento – participação (aberta) da sociedade em causas de repercussão política – confere alternativa para que outros grupos ou atores sociais de menor influência junto aos poderes políticos possam acessar e levar suas demandas ao Estado. Nem sempre os poderes políticos refletem o sentimento da maioria da população (ex: crise de

representatividade dos agentes políticos eleitos), muito menos atendem ao interesse das minorias sociais (CAPPELLETTI, 1999, p. 93-94).

A teoria da Justiça Constitucional também apresenta novos modos de legitimação democrática da Corte Constitucional, que atuam concomitantemente na perseguição deste fim. Este estudo expõe três desses modos adiante.

Primeiro modo – a legitimidade funcional. Diferentemente dos órgãos políticos eleitos, à Corte Constitucional são outorgadas funções próprias⁴⁹ (estruturantes), destinadas precipuamente à defesa da força normativa da Constituição. Não se quer com isso dizer que os demais órgãos do Estado não devam zelar pela Constituição, mas que a atuação da Corte se difere pela especialidade e intensidade com que persegue esse objetivo (TAVARES, 2005, p. 234-248).

Nesse contexto, cabe ao Tribunal exercer a função de interpretar os princípios, o momento histórico-evolutivo da sociedade, bem como o desenvolvimento das liberdades públicas no país, o que claramente produzirá resultado normativo não-coincidente com a literalidade do texto constitucional.

Afinal, ao sofrer uma nova interpretação pelo Tribunal, ainda que para um caso concreto particular, a Constituição sempre será vista por uma nova perspectiva e o seu conteúdo, longe de passar impune, ficará também comprometido com o novo significado atribuído. A interpretação da Constituição é, assim, uma via de mão dupla, pois cuida por compromissar significados possíveis do parâmetro (Constituição), numa tarefa que, aparentemente, deveria relacionar-se apenas ao objeto (TAVARES, 2006a, p. 202).

Segundo modo – a legitimidade técnica: os juízes são normalmente chamados a explicar por escrito e abertamente ao público as razões de suas decisões, seguindo a racionalidade técnico-jurídica (CAPPELLETTI, 1999, p. 96-99), uma vez que se trata da melhor maneira de absorver os argumentos debatidos em termos democráticos.

Ademais, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal do Brasil, apesar das críticas, as sessões do colegiado são televisionadas pela TV Justiça, fato que coloca a sociedade a par das técnicas jurídico-argumentativas empregadas por cada juiz, em atenção ao princípio da transparência. O Tribunal é, portanto, órgão técnico no meio da estrutura política da Constituição e que está mais apto e bem aparelhado para resolver os problemas jurídico-políticos da sociedade (TAVARES, 1998, p. 46).

⁴⁹ Sobre as funções estruturais (próprias) da justiça constitucional, Cf. TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005; e TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. In: **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006b..

Terceiro modo – a legitimidade substancialista. A democracia deve corresponder a decisões constitucionalmente justas, ou seja, de acordo com os princípios da Constituição (DWORKIN, 2014, p. 251-259), o que nem sempre provém de um procedimento endossado pela maioria dos cidadãos (DWORKIN, 2006b, p. 25).

A democracia deve, então, considerar que os membros da comunidade política, um a um, constituem sujeitos de direitos e que a decisão majoritária apenas será democrática se respeitar, também, os direitos individuais contramajoritários (DWORKIN, 2006a, 131). Por essa razão, o conceito majoritário da democracia não deve excluir decisões da Justiça Constitucional destinadas à proteção da democracia material, restando reservada à Justiça Constitucional a responsabilidade política de fiscalizar a aplicação da Constituição no caso concreto.

Portanto, entende-se que a Corte Constitucional possui legitimidade democrática para operar a Constituição em defesa da democracia material, ainda que, em alguns casos, precise exercê-la através do seu papel contramajoritário: ou (1) negando reconhecimento e validação às decisões políticas do parlamento, ou (2) resistindo à vontade da maioria momentânea da população. Em qualquer hipótese, tal atividade contramajoritária deverá, mediante sua “politicidade”, observar os fatos histórico-socioculturais envolvidos na matéria constitucional para atribuir maior precisão argumentativa ao respectivo ato jurídico-decisório.

2.4 O “Fiscal da democracia” como um risco?

O poder do STF não se sustenta pelo “voto”, mas pela própria condição de *res publica* (“coisa pública”) do Estado Constitucional brasileiro. Por outro lado, o Congresso Nacional afirma-se diretamente pela democracia, pois carece da legitimidade popular para exercer seu poder. Essa distinção, a propósito, é o que faz Zagrebelsky (2006, p. 166) assinalar que “a Justiça Constitucional é uma função da república, não da democracia”⁵⁰. As cortes são hóspedes desagradáveis na casa dos outros, a democracia; mas são donas da casa quando estão na sua, a república”⁵¹.

⁵⁰ Embora o autor não tenha tratado sobre isso expressamente, entende-se que a expressão “democracia”, supostamente, foi empregada no seu significado de democracia majoritária.

⁵¹ No original: “*La justicia constitucional es una función de la república, no de la democracia. Las cortes son huéspedes desagradables en casa de otros, la democracia; pero son dueños de la casa cuando están en la suya, la república*”.

Na linha do pensamento do citado autor, a natureza de “órgão republicano” não retira do STF, todavia, o dever de participar ativamente da democracia como seu fiscal. Pelo contrário, é justamente por ser uma instituição não-votada que se lhe confere o controle sobre a política, sua representação eleitoral e sua efetiva atuação em favor da sociedade. Assim, esse Tribunal age, notadamente, enfraquecendo as pressões antidemocráticas produzidas contra o sistema constitucional.

Um bom trabalho republicano do Tribunal pode contribuir para que a Constituição aumente sua resiliência. Neste sentido, Steinbeis (2017) ensina que o melhor modo de medir a força de uma Constituição não decorre da sua habilidade de evitar agressões inconstitucionais, mas, sobretudo, da desenvoltura de sobreviver a elas quando efetivamente ocorrerem. Assim, em quadros de crise política no Brasil, o êxito na atuação do STF poderá oferecer relevante apoio para que o *status* da Lei Maior permaneça vigente.

Sem embargo, a legitimidade que o Supremo Tribunal brasileiro possui para “reforçar as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema” não impede que mesmo os seus ministros venham a promover ações antidemocráticas. Com efeito, se é certo que esses magistrados se sujeitam a um complexo processo de escolha e de nomeação, para, ao final, adquirem independência para exercício do seu mister, não se pode negar que, assim que assumem a “toga”, podem decidir a Constituição “imunes a qualquer controle democrático”. Em outras palavras, suas decisões podem anular “a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado”, mas, se forem tais decisões excessivas ou desarrazoadas, não podem ser reprogramadas “a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda” (MENDES, 2000, p. 4-5).

Essa particularidade revela que, acaso aconteça um substancial conflito entre o “fiscal e o objeto fiscalizado”, o resultado será o “pior dos mundos” para a Constituição, uma vez que, contra o fracasso do Tribunal, o sistema jurídico não indica quem poderá resolver o problema. Não é exagero pensar que, a depender da dimensão e profundidade da falha do Tribunal, haja o bloqueio “do desenvolvimento constitucional do país” (MENDES, 2000, p. 5).

Por isso, o esforço teórico deve estar voltado para “preservar o equilíbrio e evitar disfunções” do Tribunal (MENDES, 2000, p. 5). Nesse sentido, a participação (aberta) da sociedade pode servir para controlar, sob o ponto de vista “exógeno”, os processos e julgamentos conduzidos pelos juízes constitucionais, oferecendo alternativas para a interpretação constitucional e criticando (mediante recursos constitucionais, manifestações via

amicus curiae ou audiência pública, notas técnicas ou manifestações entregues diretamente ao ministro relator, manifestações publicadas em veículos da imprensa nacional etc.) eventuais posturas da Corte inclinadas a um pensamento não-pluralista da Constituição.

Essa atuação de “terceiros” no processo constitucional tende, certamente, a favorecer o adequado manuseio dos atributos da politicidade e da juridicidade (Cf. TAVARES, 2005, p. 480), para que o Tribunal não ultrapasse os “limites prudenciais” da Constituição nem se feche a decisões constitucionais estritamente vinculadas à literalidade da lei.

Por sua vez, não é demais pensar em blindagens preventivas que evitem que as decisões do STF se baseiem em argumentos de política, ou seja, não observem o dever de seguirem método e fundamentados de cunho jurídico.

Como destaque, Agra (2005, p. 113) assinala que o aperfeiçoamento da técnica de redação constituinte, evitando termos vagos e ambíguos no texto da Constituição, pode contribuir para que o conteúdo da norma de decisão possua maior qualidade. Com efeito, “isso impedirá a prática de decisões política porque a estrutura de seu texto permite antever um direcionamento das decisões”. Caso contrário, ante a imprecisão do enunciado textual, “haverá a ausência de uma definição para a atuação da tutela da Magna Carta, o que ensejará a prática de decisões judiciais de cunho político”.

Nesse ponto, o aperfeiçoamento do legislador-constituente contribuirá com o trabalho da Justiça Constitucional brasileira, uma vez que tende a reduzir a quantidade de conflitos sociais derivados da falta de compreensão do texto, além de pautar melhor o trabalho de interpretação da Corte.

Não obstante, isso jamais deixará o texto da Constituição de 1988 completo ou privado de ambiguidades. É que, como já assinalado, a cada nova maneira de associar a Constituição ao concreto, nasce um novo sentido constitucional, que deve necessariamente seguir ao encontro da democracia material do país.

Nesse cenário, o produto da interpretação do STF sempre será mais extenso do que o produto do legislador constituinte porque aquele consubstanciará a articulação de três fatores – texto da Constituição, elementos (fáticos) histórico-socioculturais e democracia material –, que visam a atribuir ao direito maior flexibilidade, concretude e adaptabilidade às circunstâncias do caso concreto (CAPPELLETTI, 1999, p. 83-85).

Ainda assim, no tocante aos casos constitucionais análogos, o legislador tem criado mecanismos capazes de estabelecer segurança jurídica e isonomia na aplicação da Constituição, evitando decisões aleatórias, como o princípio do vínculo aos precedentes (*stare decisis*) e a disponibilização de coleções sistemáticas das decisões da Corte Constitucional e

(CAPPELLETTI, 1999, p. 84), ferramentas que, inclusive, estão sendo desenvolvidas no Brasil⁵². Já, por outro lado, diante de situações diversificadas, que digam respeito à tutela fundamental de minorias ainda não enfrentada pelo Tribunal, caberá a este adotar meios para promover a dignidade dos diversos bens culturais envolvidos (PIZZORUSSO, 2000, p. 791).

Por último, registre-se que um comportamento da Corte Constitucional que leve em conta todos os fatores políticos e culturais, buscando tratar com proporcionalidade a relação entre maioria e minorias, reduz o poder das críticas que a rotulam como órgão de “populismo judicial” (PINTO, 2016, p. 10). Com efeito, o trabalho pluralista do Tribunal terá melhores condições para assegurar o “direito das minorias” e o “próprio processo político-democrático”; não usurpará a função representativa da sociedade, mas buscará compreendê-la.

Com isso, espera-se que a democracia do Estado Constitucional não se confunda “com o jogo volúvel do partidarismo e suas conjunturais maiorias, ou com o autoritarismo dos executivos muito lesto a legislar (e a agir, em geral) sem ouvir, a pretexto da sua legitimação democrática” (CUNHA, 2007, p. 5-6).

O que se espera com isso é que a reserva de democracia material confira ao Estado Constitucional a missão de preservar a tutela mínima dos direitos fundamentais e o Tribunal, enquanto órgão isento ou afastado da direta influência político-partidária, apresenta-se gabaritado para equacionar a proteção desses direitos e moderar a divergência entre ideologias políticas.

Portanto, o STF deve funcionar como eixo de balanceamento do Estado Constitucional brasileiro e jamais como um mero instrumento de maiorias políticas, pois estas são “pendulares” e, muitas vezes, instantâneas, ou seja, além de assumirem o ônus de se desmancharem rapidamente, operam no campo político mediante o comportamento livre, que pode ou não se revelar por meio da racionalidade. Também podem expressar um mero sentimentalismo, a opinião “sob o calor da emoção”.

⁵² Sobre o tema, Abboud faz um comparativo entre o conceito original de precedente do *stare decisis* e o precedente brasileiro, reconhecido pelo legislador nacional, com maior amplitude, por força do art. 927 do NCPC. Assinala o autor que, por uma importação apressada do instituto, diversas decisões judiciais de tribunais brasileiros já surgem “vinculantes”, apesar da qualidade dos argumentos jurídicos que as sustentam. “Ou seja, ainda que não coerente ou íntegras do ponto de vista da cadeia decisória, elas nascerão vinculantes”. O autor explora o fato hermenêutico evitar “qualquer tentativa de aplicação mecânica, ou meramente subsuntiva, de qualquer provimento vinculante”. Defende que a previsão de precedentes listados no art. 927 do NCPC não dispensa “atividade interpretativa por parte do julgador, bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para sua aplicação no caso concreto”. Pelo contrário, Abboud sustenta que há uma “obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência”. ABBoud, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Ano 2, vol. 2, n. 1. Jan-Jun 2016.

Por outro lado, a aplicação da Constituição de 1988 deve ser de atividade contínua e necessária variação racional. As suas mudanças democráticas devem ser cuidadosamente aferidas pelo Tribunal enquanto um intérprete independente da política partidária, pois, na maioria das vezes, ocorre de maneira lenta, gradual e experimental. A democracia movimenta-se, então, conforme o movimento da Constituição, o que não significa que necessariamente se concordará com o movimento da opinião da maioria representada pelo parlamento.

Nesse sentido, os riscos do STF à democracia não se revelam *a priori*, embora possam vir – infelizmente – a ocorrer concretamente, especialmente por uma hipótese de interesses escusos de um dos seus membros. Apesar de haver o risco, desconfiar da institucionalidade dos ministros da Corte não é a melhor solução para enfrentar o problema, pois enfraquece o Estado Constitucional. Uma melhor saída é, sem dúvida, a apuração e eventual responsabilização por meio de mecanismos constitucionalmente aceitos, tal como a fórmula do impeachment de juízes constitucionais (art. 52, II, da CRFB/88⁵³). Por fim, pensar no aperfeiçoamento do processo constitucional de modo a buscar conduzir os membros do Tribunal a um trabalho mais culturalmente qualitativo é sempre uma solução importante.

Desse modo, o STF está legitimado à missão de proteger a Lei Maior por último; inclusive, se preciso for, evolutivamente, adaptando a leitura do texto da Constituição às mudanças materiais da democracia que, a despeito de ocorrerem “no tempo e espaço” histórico-político, tangenciam, decisivamente, a realidade jurídica do respectivo país.

2.5 Acomodando a questão dos “novos deveres” à Constituição brasileira de 1988

Ao contrário do que se imagina, a tarefa de receber “novos direitos” advindos da democracia material não se encerra na simples aplicação do art. 5º, §2º, da CRFB/88. Isso porque a natureza fundamental que adquirem quando adentram na ordem jurídica em vigor pressupõe que tais direitos sejam, necessariamente, acompanhados de deveres correlativos, ou seja, de uma “face passiva” (NABAIS, 2002, p. 17) que funcione como medida substancial à sua implementação (PIOVESAN, 2006, p. 40), dirigida contra qualquer cidadão ou agente do Estado dotado do potencial de interferir no gozo do respectivo direito fundamental (PECES-BARBA, 1987, p. 340).

⁵³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (...).

Os deveres correlativos versam sobre dimensões básicas da vida social humana e sobre bens jurídicos de primordial importância para o bem-estar social. Apesar disso, há certa resistência na doutrina em considerá-los como espécie da categoria dos “deveres fundamentais”. Com efeito, para autores como Nabais (2002, p. 15-16), somente seriam fundamentais os deveres de cunho constitucional autônomo, ou seja, previstos em disposição da Constituição (portanto criados pelo legislador constituinte) independentemente de conexão imediata com algum direito.

Demonstra-se, no entanto, mais consentâneo com o panorama do constitucionalismo contemporâneo o posicionamento que se direciona no sentido de compreender que os deveres correlativos podem ser considerados espécie do gênero deveres fundamentais. Isso porque, a despeito de sua existência estar atrelada à de um certo direito (“novo direito”) e de prescindirem de previsão constitucional direta ou expressa, tais deveres possuem caráter fundamental ao passo que resguardam, materialmente, direitos fundamentais e preservam a autoridade do Estado Constitucional. Ademais, registre-se que os deveres correlativos jamais poderiam ser compreendidos como meros deveres porque não incidem apenas em face dos sujeitos da relação jurídica, mas alcança uma dimensão de utilidade geral, que atende ao conjunto da comunidade política (PECES-BARBA, 1987, p. 336, 340-341).

Nessa conjuntura, se o alargamento dos direitos fundamentais tem como consequência lógica o alargamento de deveres fundamentais correlativos, é lógico concluir que, quanto mais abrangentes estes sejam, menor será o espaço ocupado pelos “velhos direitos”, os quais, por consequência, poderão vir a sofrer sacrifício ou redução significativa (VENTURA, 2018, p. 2).

Em outras palavras, os titulares dos velhos direitos terão menor liberdade para exercê-los assim que os “novos” forem reconhecidos, uma vez que aqueles passarão a suportar ônus prestacionais ou de abstenção até então inexistentes (SGARIONI; RAMMÊ, 2011, p. 41).

Por outro lado, isso poderá acarretar resistência jurídica por parte da parcela da sociedade que se sentir desfavoravelmente afetada. Ainda será plausível pensar no surgimento de forte mobilização no plano político, a qual será mais densa quanto maior for a pressão exercida pelos insatisfeitos.

A esse respeito, destacam-se os intensos debates que têm levado autores, dentre eles Sustain (2003, p. 387), a admitir certos animais como titulares de direitos fundamentais, o que se caracteriza como hipótese de novo direito. Tal pensamento, decerto, vai de encontro ao viés antropocêntrico que, historicamente, justifica os regimes constitucionais liberais e que prefere tratar a condição animal como “objeto de direito” (FIUZA; GONTIJO, 2014, p. 67).

A despeito de as posições teóricas que patrocina a personalidade e a subjetividade dos animais ainda não prevalecerem no direito brasileiro, suas contribuições já vêm atraindo a atenção das instâncias políticas do país, em prol de maior proteção ao bem jurídico tutelado. Percebe-se isso, por exemplo, pelo fato de o Congresso Nacional ter incluído o tema na sua agenda política, ao discutir o projeto de lei complementar (PLC) nº 27/2018, no âmbito do Senado Federal, cujo teor propõe alteração no Código Civil brasileiro para garantir direitos aos animais e protegê-los de maus-tratos, os quais passariam a ser sujeitos “despersonificados”⁵⁴.

Sem embargo, o avanço da questão animal como “novo direito” tem sido contestado por grupos sociais que os exploram com fins culturais, desportivos ou turísticos, os quais alegam tal prática social como regular e de sensível valor histórico. A tensão entre essas duas correntes argumentativas foi, recentemente, ilustrada no fato da promulgação da Emenda Constitucional nº 96/2017⁵⁵, pelo Congresso Nacional, voltada a legitimar práticas como as vaquejadas e os rodeios em todo o território brasileiro, mesmo após o STF ter entendido a atividade como inconstitucional, por violação ao meio ambiente, no âmbito da ADI nº 4986/MT⁵⁶. Trata-se de uma verdadeira reação legislativa (ou reversão jurisprudencial, ou efeito *backlash*⁵⁷) contra a Justiça Constitucional⁵⁸, cujo pano de fundo revela o quanto é difícil adaptar a Constituição a uma nova expressão da democracia material.

Portanto, a absorção de novos direitos interfere no raio de tutela dos velhos direitos ao ponto de incomodá-lo. Isso implica repensar, com o devido cuidado, a ideia de que os direitos

⁵⁴ Cf. SENADO NOTÍCIAS. **Animais podem deixar de ser tratados como 'coisas' e ganhar maior proteção** [ago. 2018]. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2018/08/animais-podem-deixar-de-ser-tratados-como-coisas-e-ganhar-maior-protecao>>. Acesso em: 10 ju. 2018.

⁵⁵ A citada EC possui a seguinte redação: “Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º: ‘Art. 225. (...) § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.’(NR)”

⁵⁶ A citada ADI foi julgada em 06/10/2016 e teve por propósito o exame da validade da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, cujo teor regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado.

⁵⁷ Sobre o efeito *backlash* praticado pelo legislador contra julgamento da Justiça Constitucional, Cf. MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial [set. 2015]. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisducao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁵⁸ O STF ainda poderá dar resposta definitiva sobre a questão ao examinar se a EC nº 96/2017. Com efeito, segundo entendeu o Tribunal no julgamento da ADI 5105/DF, de 01/10/2015, sob relatoria do ministro Luiz Fux, “a) o Tribunal não subtrai “ex ante” a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário; b) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas hipóteses estritas de ultraje aos limites do art. 60 da CF; e c) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa evidente ao texto constitucional, a Corte tem adotado comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador”. Desse modo, como, no caso em comento, o Congresso editou uma emenda constitucional visando à alteração do entendimento firmado pelo STF sobre o tema, essa emenda apenas poderá ser declarada inconstitucional se violar uma cláusula pétrea ou o devido processo legislativo em relação à edição de emendas.

fundamentais jamais poderão sofrer diminuição no tocante à sua eficácia. Tendo em vista que, cada vez mais, devido à atual dinâmica da sociedade, será preciso adaptar velhos direitos para harmonizá-los com novas categorias jurídicas advindas de avanços científicos e tecnológicos (VENTURA, 2018, p. 2).

Para tanto, propõe-se que a Justiça Constitucional brasileira aceite desenvolver e empregar método viável que legitime⁵⁹ a convivência entre manifestações democráticas advindas do poder constituinte com novas manifestações atinentes à democracia material.

Em outras palavras, se os “novos deveres” se tensionam com os “velhos direitos”, deve-se buscar uma fórmula que, ao invés de causar a sucumbência de um dos dois, favoreça a integração entre ambos através de um sentimento de solidariedade constitucional. A ideia é que o intérprete (juiz constitucional) descreva os objetos tensionados e esclareça em que medida cada um poderá sofrer concessão, para que a Constituição opere, concomitantemente, na maior diversidade de núcleos de direitos fundamentais possível (RUGGERI, 2018a, p. 24-26). Assim, as mudanças tácitas da Constituição ocorridas por manifestação da democracia material pressuporão que bens jurídicos fundamentais, ainda que supostamente conflitantes, coexistam de maneira equilibrada.

Não cabe aqui, nos estreitos limites desta dissertação, discutir um método fechado que alcance a finalidade proposto. No entanto, recomenda-se que tal processo de harmonização do sistema jurídico observe, pelo menos, dois pressupostos vitais para que consiga bem cumprir tal mister:

a) percepção do aspecto interdisciplinar do “novo direito” – um novo direito fundamental surge em função do progresso sociocultural, científico e tecnológico (DAL CANTO, 2016, p. 3-4) e do respaldo da democracia material. Portanto, possui uma estrutura essencialmente interdisciplinar que somente poderá ser medida através do suporte de outras ciências. Como ilustração, cite-se o novo direito denominado biodireito, o qual “regula a conduta humana em face dos avanços da biomedicina e biotecnologia, abrangendo todas as normas jurídicas que possuem interface com temáticas bioéticas”. Para entender as dimensões horizontal e vertical desse direito, é imprescindível que o intérprete explore várias disciplinas como medicina, biologia, direito e filosofia, com sua substância ética, a fim de construir um saber teórico-prático aprofundado em questões ligadas à vida e à saúde (CARREIRO; OLIVEIRA, 2013, p. 56-57). Sem esse esforço hermenêutico, a chance de o dever correlativo

⁵⁹ A legitimidade consiste, nesse sentido, na conformação do direito às necessidades metajurídicas. Remete-se a um conceito sociológico-político de “Constituição material”. Cf. VENTURA, Luigi. *Le modifichie tacite della costituzione, settant'anni dopo*. In: **Rivista del Gruppo di Pisa**, 2/2018, p. 2.

ao novo direito ser mal acomodado no sistema jurídico cresce exponencialmente, pois não se saberá, ao certo, qual a eficácia jurídica necessária a que o respectivo bem jurídico seja tutelado com adequação.

b) interconexão entre “novo dever” (dever correlativo) e “velho direito” – após conhecer a realidade do novo direito (da forma como propõe o primeiro pressuposto), busca-se integrar sua eficácia com a do velho direito, em face do qual também estabelecerá relação de tensão ou interferência normativa. A integração dedica-se a demarcar o modo de penetração do dever correlativo ao novo direito no sistema jurídico em vigor, modulando-o a fim de que interfira o mínimo possível no raio de incidência do velho direito afetado. Em seguida, preestabelecidas as fronteiras teórico, normativa e institucional inerentes ao “novo dever”, ao intérprete recai a missão de reacomodar o “velho direito” dentro do sistema jurídico, para que os dois núcleos fundamentais de direitos possam estabelecer uma interface concomitante e complementar (CARREIRO; OLIVEIRA, 2013, p. 60).

O ônus de coordenar todo esse processo de harmonização jurídico-sistêmico no Brasil cabe ao STF, o qual, a propósito, não deve permitir que a política se sobreponha ao direito, o que possibilitaria que as escolhas trágicas tomadas pelo poder constituinte pudessem ser revistas a qualquer sorte, sem considerar elementos democráticos importantes para o Estado Social do país, como a inafastável tutela dos Direitos Humanos.

Nesse sentido é que Ventura classifica como “pejorativa” a atuação da instância política voltada a revogar direitos fundamentais. Isso porque uma atuação dessa natureza exprime conteúdo que excede o princípio da representação política ao passo que dá ao poder constituído (exercido pelos representantes) a prerrogativa de ser mais forte do que o próprio poder constituinte (exercido pelo povo) (VENTURA, 2018, p. 3-4).

Ademais, uma perspectiva de sobreposição da política, como, por exemplo, propõe o pensamento de Carl Schmitt⁶⁰, se absorvida pela Justiça Constitucional nacional, esvaziaria a importância do poder constituído, já que este ficaria, aleatoriamente, sob manipulação da maioria política, ruindo a tutela de proteção das minorias desprovidas de representação política (VENTURA, 2018, p. 6).

De fato, o que se recomenda aqui é uma solução de equilíbrio, que admita a importância do poder constituído, mas permita que este se conflua com o poder constituinte, numa espécie de diálogo permanente entre ambos, que autorize que velhas e novas conquistas materiais

⁶⁰ Vale conferir o que já desenvolvido sobre o assunto no item 1.4.1 desta dissertação.

democráticas coabitem o mesmo espaço, ainda que, para tanto, seja necessária a realização de concessões mútuas.

Em arremate, uma última consideração, que, a propósito, será aprofundada no capítulo terceiro. O reconhecimento de novos direitos da democracia material, especialmente quando estes não dependerem somente da função interpretativa da Justiça Constitucional e não forem expressamente reconhecido por ato normativo veiculado pelo legislador, deverá acontecer excepcionalmente, levando em conta ao menos dois pressupostos: a importância do “novo direito” aos Direitos Humanos em âmbito internacional e o grau do impacto que seu reconhecimento causará à implementação de velhos direitos fundamentais, já consolidados.

3. MODIFICAÇÃO DOS COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS VIGENTES: COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODE ADAPTAR OS “AVANÇOS” DA DEMOCRACIA MAJORITÁRIA À PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA MATERIAL

O capítulo anterior esclareceu como é importante que o STF se prepare para bem compreender a realidade social em que está inserido, a fim de que interprete o direito conforme as conquistas da democracia material.

O êxito dessa tarefa depende de que o Tribunal se valha de componentes metajurídicos (politicidades), fazendo-o operar como um ouvinte ativo da dimensão política ao invés de isolar-se no seu ambiente judicante. Com isso, os fatos concretos apurados poderão ser consubstanciados em linguagem do direito e compor a razão de decidir da questão controvertida, o que, certamente, renderá maior legitimidade à Justiça Constitucional para pacificar grandes conflitos.

Dito de outro modo, como a função constitucional implica, em alguma medida, “mister misto”, carecendo de julgamentos que não sejam exclusivamente técnico-jurídicos (SOBRINHO, 1997, p. 152), as politicidades emprestam ao STF condições para resolver o conflito sociopolítico mediante o convencimento argumentativo interdisciplinar, confluindo direito e política, bem como direito e outras ciências.

Dessa forma, esse Tribunal, decerto, longe de deliberar pelo “constrangimento da força” ou por argumentos meramente políticos, resguarda sua preeminência jurídica, porquanto suas politicidades não servem senão para a apreensão do contexto da Constituição.

Soma-se a isso a possibilidade de a interpretação constitucional, em certas ocasiões, mitigar a “moldura da norma”⁶¹, construindo sentido para além do texto escrito da Lei Maior, ao aproximar-se do ambiente do Direito Humano Internacional⁶² e interconectá-lo com o direito interno, especialmente a partir de “janelas de abertura” tal como a do art. 5º, §2º, da CRFB/88⁶³.

⁶¹ Kelsen emprega essa expressão para aduzir que, à luz do seu positivismo jurídico, é impossível empregar técnicas de interpretação jurídica para encontrar soluções prontas para os casos concretos, tal como defendiam os adeptos da escola da exegese. Assim, defende que a interpretação do aplicador do direito é sempre autêntica, na medida em que produz o ato jurídico dentro da moldura da norma (dentro das hipóteses de sentido que o texto da norma lhe dá); nos limites dessa moldura, a “criação” do direito é livre e, inegavelmente, válida (Cf. Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 393-394).

⁶² Consoante Sobrinho, Kelsen “não chega a negar a importância de outras investigações do fenômeno jurídico (por exemplo, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito), como pretendem alguns desavisados, mas somente opta por uma demarcação que se pretende rigorosa no campo jurídico, de modo que se expurguem elementos reputados metajurídicos por incabível na perspectiva estritamente jurídica”. Cf. SOBRINHO, José Wilson Ferreira. Por um tribunal constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 209, 143-152, Rio de Janeiro, jul./set., 1997, p. 146.

⁶³ Cunha assinala que a Constituição brasileira de 1988, assim como as Constituições de Portugal, Espanha, Alemanha e Itália, consiste em uma Lei Maior com uma particular sensibilidade social, e, desde logo no seu

Se os poderes políticos representam, precipuamente, a vontade da maioria dos cidadãos, a Corte Constitucional dedica-se a conter qualquer excesso que essa “democracia majoritária” imprima contra a “democracia material”, especialmente:

a) protegendo direitos fundamentais consagrados desde sua promulgação ou – em relação aos “novos direitos” – durante o curso da sua vigência;

b) preservando o processo político para que a representatividade popular se viabilize mediante pleito eleitoral legítimo, refutando ameaças de autoritarismo e populismo político.

Diante da grande responsabilidade de “fiscalizar a democracia”, o STF submete-se à crítica de assumir um estilo de “hiperativismo judicial” ao censurar atos políticos, ocasião em que estaria se intrometendo no âmbito de competência de outros poderes (CUNHA, 2014, p. 1132). Portanto, sugere-se à citada Corte Constitucional que assuma uma posição intermediária entre o elenco das instituições de Estado, a fim de que possa, sempre, ser a medida de equilíbrio entre os interesses envolvidos.

Feitos esses esclarecimentos, o presente estudo centrará agora sua atenção no potencial de modificar os valores fundamentais da Constituição brasileira de 1988 por decisão da democracia majoritária ou por decorrência da jurisprudência criativa da Justiça Constitucional.

O tema desperta atenção porque, à luz das cláusulas pétreas, há um dogma teórico de que todo movimento político decisivo deve observar, rigorosamente, os valores fundamentais da ordem jurídica em vigor para que seja considerado legítimo (MARTINS, 1997, p. 111).

Isso porque os valores fundamentais têm como propósito salvaguardar pressupostos essenciais para o funcionamento de um Estado Constitucional, como: o rol de direitos fundamentais, a estrutura estatal e a identidade política da sociedade (ALBERT, 2018, p. 39). Para quem defende a utilidade do citado dogma, as “propostas revisionistas e até de ruptura constitucional” tenderiam a se aproveitar de “tempos de crise” para buscarem reprimi-los em nome de uma “força normativa dos factos”, uma espécie de tradução da “lei dos mais forte”. Assim, apesar dos novos anseios da soberania popular, os paradigmas ideológicos ou estruturantes da Lei Maior não deveriam sofrer modificação, por se tratarem de verdadeira expressão atemporal da vontade do povo ou, quiçá, de síntese do patrimônio ético do Estado (CUNHA, 2011b, p. 6).

Preâmbulo, posiciona-se ainda mais na vanguarda de uma compreensão multidimensional dos valores, dos princípios e dos direitos, incorporando maior abertura a novos direitos e realidades (art. 5, §2º, da CRFB/88 – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), sem, entretanto, esquecer a sua matriz na liberdade e nos direitos sociais. Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. Uma filosofia constitucional comum (luso-brasileira). In: TAVARES, André Ramos de (org.). **1988-2008: 20 Anos da Constituição Cidadã**, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 3.

Historicamente, essa crença só existe em razão do emprego da teoria do poder constituinte no ordenamento brasileiro, para a qual o povo tem o poder de ditar fundamentos que organizam o Estado, desde que crie uma nova Constituição (NEGRI, 2015, p. 2). Sob esse aspecto, os compromissos constitucionais estariam na vontade do constituinte originário e somente poderiam sofrer alteração mediante o começo de um novo regime jurídico, especialmente criado para o novo momento social.

São, no entanto, cada vez mais recorrentes entendimentos que defendem o emprego de uma leitura dinâmica desses compromissos constitucionais, tal como a teoria da Constituição Viva, imbuída do propósito de preservar a Constituição vigente, mas lhe obrigando absorver mudanças políticas relevantes à medida que a sociedade evolui.

Para essa segunda visão, desde que se pautar no interesse representativo da sociedade, seria admissível a modificação dos compromissos constitucionais originalmente assumidos, mediante manifestações dos poderes constituídos, em especial da Justiça Constitucional. Sob esse aspecto, consistiria em equívoco pressupor que, indubitavelmente, toda revisão ideológica ou estruturante no decorrer da ordem jurídica seria uma afronta à proteção do povo contra os tempos de crise, na medida em que despreza as chances de a Constituição, apesar do esforço de resistência, não conseguir pacificar os novos conflitos da vida social, a menos que reconsulte o povo sobre suas decisões políticas (SILVEIRA; FRAZÃO, 2018, p. Kindle 1408-1415-3521).

Decerto que as duas visões citadas admitem que os compromissos constitucionais exsurtem de forte e duradoura mobilização no espaço político, que se presta a elaborar os rumos do Estado. Todavia, dissentem sobre quando esses compromissos nascem: para a teoria do poder constituinte, com os trabalhos da assembleia nacional constituinte; para a teoria da Constituição Viva, a qualquer tempo, desde que exista mobilização política suficiente para tanto.

Pelo exposto, duas questões serão levantadas pela presente pesquisa: é possível a modificação dos valores fundamentais da Constituição em curso, ou melhor, sem interromper a vigência do atual regime jurídico? Qual o papel do Tribunal nesse eventual processo?

Sobre o assunto, o presente capítulo investiga até que ponto é necessário seguir o caminho – traçado pela teoria do poder constituinte – de convocação de uma assembleia constituinte, visando a promulgar uma nova Constituição ao país (NEGRI, 2015, p. 3), quando os poderes constituídos conseguem, diligentemente, patrocinar o desejo da sociedade de transição de seus valores fundamentais, assim como se existisse um “poder constituinte evolutivo” (NOGUEIRA, 2005, p. 89).

Como hipótese, parte-se de uma noção de *diritto vivente* ou direito vivo (MALFATTI; PANIZZA; ROMBOLI, 2016, p. 339), para admitir a “refundação” ou “revisão” da ordem constitucional vigente em face do amadurecimento da sociedade interessada, cabendo ao Tribunal dispor sobre a legitimidade desse fenômeno no caso concreto, além de balanceá-lo de acordo com os paradigmas da democracia.

Esse caminho tem sido tomado, especialmente, por democracias estáveis, que decidem não substituir suas Constituições com frequência, para incentivar a conservação de conquistas políticas obtidas durante o regime jurídico em atividade (STEINBEIS, 2017).

Em contrapartida, tal plano de resiliência assume o dever de absorver “irritações” do ambiente social voltadas a alterar o espírito da Constituição, o que, em “condições normais”, provavelmente, incorreria em inconstitucionalidade por violação dos valores fundamentais dantes consignados. Entretanto, em ocasiões peculiares, o Tribunal evita decretar tal inconstitucionalidade pelo propósito “maior” de preservação do direito constituído (STEINBEIS, 2017).

Entre as maiores preocupações que orbitam o fenômeno da modificação dos valores fundamentais está a possibilidade de que tal processo aconteça em nome do povo, mas na contramão do real interesse deste. Com efeito, a permissão para reformar o “DNA” de uma Constituição poderá servir, como adverte Albert (2018, p. 51), tanto para defender quanto para prejudicar a democracia liberal, fato que, inegavelmente, é motivo de apreensão.

Vale ressaltar que a mudança da Lei Maior que será examinada é aquela que, longe de transparecer gradual ou suave, causa profundo impacto em um ou mais dos seus valores fundamentais, ressignificando o material constitucional elementar. Para tanto, a teoria da Constituição Viva consiste no marco teórico do presente capítulo, para a qual as questões que envolvam a leitura e reforma do direito escrito devem abrir-se às necessidades presentes do povo soberano, admitindo, assim, que a Constituição receba novo sentido evolutivo, ainda que em oposição à literalidade do seu texto (ACKERMAN, 2009, p 117-118).

A expressão *living Constitution* ou Constituição Viva foi adotada pela primeira vez por Howard Lee McBain (1927) na obra denominada “‘*The Living Constitution*’. *A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law*”. Na oportunidade, o autor apresentou significativa contribuição para o pensamento político da época ao afirmar que a Constituição dos Estados Unidos não se encerraria no produto escrito da Convenção da Filadélfia de 1787, mas estaria em constante evolução à luz dos precedentes, usos e interpretações do direito.

Muito embora idealizada ao cenário estadunidense, busca-se utilizá-la aqui com o propósito de compreensão da Constituição pátria de 1988, ainda que, para que isso se viabilize,

façam-se necessários certos ajustes. Dentre as medidas tomadas, adotam-se mais duas teorias que, advindas de outras realidades constitucionais, complementam a teoria da Constituição Viva sob o aspecto metodológico, facilitando que esta se aplique a outras realidades nacionais, tal como a do Brasil. A primeira é a do desmembramento constitucional⁶⁴, criada pelo autor canadense Richard Albert e apresentada, recentemente, no artigo intitulado *Constitutional Amendment and Dismemberment*, publicado na 43ª edição do *Yale Journal of International Law*, em 2018. Seu principal intuito é descrever os atos jurídico-normativos que implicam a refundação ou revisão da ordem constitucional vigente, justificados em forte decisão política.

Já a segunda chama-se de função paraconstituente do Tribunal Constitucional⁶⁵. Construída pelo brasileiro André Ramos Tavares, tal teoria foi publicada no Capítulo XXII da obra do mesmo autor, denominada “Teoria da Justiça Constitucional”, de 2005, com o objetivo de identificar a figura do Tribunal enquanto catalisador (incentivador) das aspirações democráticas durante o curso da Constituição vigente.

Em contraste, também se investiga como os críticos observam esse movimento de transformação constitucional. Ante a impossibilidade de exibir todos os pensamentos que se contrapõem à teoria da Constituição Viva, este capítulo elegeu duas críticas dentre as que mais incomodam o seu desenvolvimento atualmente. A primeira, feita pelo originalismo, rejeita que a Lei Maior absorva transformações sociais, a menos que isso seja possível pelo procedimento formal de reforma constitucionalmente previsto. A segunda, advinda do procedimentalismo de Jeremy Waldron, até aceita que grandes evoluções se deem no seio da Constituição, mas desde que ocorram exclusivamente por meio do parlamento, rejeitando a participação do Tribunal nesse processo.

Por fim, o capítulo analisa de que modo o Tribunal pode equilibrar o curso evolutivo da Constituição do Brasil de 1988, considerando a democracia majoritária e o respeito à democracia material, para, ao fim, abordar como esse debate se associa à questão das cláusulas pétreas.

3.1 A teoria da Constituição Viva

A Constituição Viva reflete a experiência cotidiana de empregar sentido à Constituição não conforme a expectativa “do mundo que foi, mas sim do mundo que é”⁶⁶. Trata-se de uma

⁶⁴ Maiores esclarecimentos sobre o tema serão tecidos no item 3.2 deste capítulo.

⁶⁵ O assunto será desenvolvido no item 3.4 do presente capítulo.

⁶⁶ No original: “*del mundo que fue, sino del mundo de hoy*”.

teoria que vê a propensão ao futuro como essência da vida constitucional e que confere à jurisprudência a tarefa de renovar as respostas que a Lei Maior dá “para as novas perguntas”⁶⁷ advindas da sociedade (ZAGREBELSKY, 2006, p. 163-165).

Curiosamente, seu primeiro experimento foi atribuir atualidade à Lei Maior mais longeva do mundo: a dos EUA, de 1787. Esta, dentre outras características, é marcada pelo seu conteúdo sintético-liberal e pelo seu rigoroso procedimento de emenda constitucional, razão porque se viu poucas vezes modificada durante sua vigência⁶⁸.

A Constituição Viva transforma a ordem jurídica em outra praticamente nova à medida que os poderes constituídos do Estado, com ênfase à Corte Constitucional, respondem eficazmente às novas aspirações do povo soberano (ACKERMAN, 2011, p. 23). Isso abre possibilidade para que o texto constitucional adquira o sentido de realidade que logre evitar sua natural erosão (STRAUSS, 2010, p. 1-5).

Nessa senda, para os adeptos da teoria sob exame, o atributo “viva” relembra a carta que Thomas Jefferson escreveu – em 1789, de Paris, quando foi embaixador dos Estados Unidos na França – para dizer a James Madison que a Constituição pertenceria à geração dos vivos, e não à dos mortos. Portanto, seria um erro petrificar o direito, sujeitando os atuais cidadãos a uma norma constitucional feita à vontade de uma geração já falecida, haja vista que “uma geração é para outra assim como uma nação independente é para outra”⁶⁹ (STRAUSS, 2010, p. 24).

Em outras palavras, nota-se a transformação da sociedade à medida que alguns de seus paradigmas de comportamento não atravessam gerações, ficando suplantados por novos anseios e costumes. Assim, tornar a “constituição inerte” seria o mesmo que impor à população hoje uma vida presa ao passado (ZAGREBELSKY, 2006, p. 165).

Então, como uma Constituição formalmente “envelhecida” poderia acompanhar as atuais questões civis, morais e políticas envoltas na sociedade sem abdicar da sua vigência? Segundo Chemerinsky (2012), um dos partidários da *living Constitution*, a solução seria adaptá-la ao presente, a fim de que se torne uma base normativa igualmente renovada e capaz de pacificar os conflitos contemporâneos.

Então, a teoria da Constituição Viva defende que “a lei da boa vida das constituições é o desenvolvimento da sua continuidade”⁷⁰ (ZAGREBELSKY, 2006, p. 165), o que se opera

⁶⁷ No original: “*a los nuevos interrogantes*”.

⁶⁸ Vale conferir importante pesquisa sobre os problemas e dilemas envolvendo a reforma constitucional nos Estados Unidos em: LEVINSON, Sanford (ed.), **Responding to Imperfection**. The Theory and Practice of Constitutional Amendment, Princeton, Princeton University Press, 1995.

⁶⁹ No original: “*one generation is to another as one independent nation is to another*”.

⁷⁰ No original: “*la ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad*”.

mediante a releitura dos seus princípios mais básicos, revisitados tal como se fossem decompostos por um poder constituinte “difuso” ou “invisível”⁷¹, esvaziando-se a necessidade de promulgação de uma nova Constituição.

Mesmo no Brasil, regido por uma Constituição de estilo (social-progressista) diverso da que possui a estadunidense, e onde as reformas constitucionais acontecem num ritmo mais constante⁷², a Constituição Viva merece importância. Isso porque o Congresso Nacional pode não ser ágil para adaptar a Lei Maior aos câmbios socialmente desejados. Quiçá isso se explique por um *delay* entre o tempo da instância política e a rapidez com que as dinâmicas sociais se estabelecem ou até pelo fato de os parlamentares evitarem projetos de emenda que tratam sobre assuntos de grande dissenso na opinião pública, por receio de perderem popularidade eleitoral. Mas há um complicador ainda maior: mesmo que se pressuponha a alta eficiência do parlamento pátrio, este provavelmente ficará impossibilitado de promover, sozinho, as transformações mais avançadas, ante as limitações formais inerentes ao processo de reforma previsto no art. 60 da CRFB/88⁷³.

Portanto, o auxílio do Tribunal torna-se indispensável para que o sistema político não se deixe paralisar diante dos desafios de modernização da Constituição vigente, ajudando o legislador a absorver os “produtos de manifestações políticas reveladoras do sentimento do povo” (SILVEIRA; FRAZÃO, 2018, p. Kindle 1192 de 3521), notadamente pela interpretação constitucional (ACKERMAN, 2011, p. 20).

⁷¹ Sobre a ideia de poder constituinte difuso, Cf. BURDEAU, Georges. **Traité de Science politique**. T. IV. Paris: LGDJ, 1969, p. 247. No Brasil, o tema é desenvolvido com profundidade em FERRAZ, Ana Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2015, p. 183.

⁷² Diferentemente do que ocorre nos EUA, no Brasil o procedimento de reforma é bem mais flexível. Neste, “a reforma é deixada nas mãos da maioria do Congresso: sem participação do Executivo; sem controle e necessidade de aprovação pelos estados-membros da Federação; sem previsão de controle popular, mediante referendo”. Cf. DIMOULIS, Dimitri... [et al.]. **Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual**, 1. ed, São Paulo: Direito GV, 2013. Por efeito, se, em 15/12/2017, a Constituição dos EUA, vigente desde 1787, só havia aprovado 27 emendas constitucionais, até a mesma data a Constituição do Brasil de 1988 já possuía 99 emendas constitucionais, além de um tratado internacional aprovado como equivalente de emenda constitucional, na forma do 5º, §3º, CRFB/88.

⁷³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

O emprego da Constituição Viva, todavia, exige da Corte que colha os sentimentos políticos que sustentam as atuais interações sociais e políticas do país (ALBERT, 2016, p. Kindle 4020 de 6102), o que não consiste numa tarefa simples.

Como proposta de solução para tanto, dois dos principais teóricos da Constituição Viva, Ackerman e Strauss, divergem quanto ao modo pelo qual a jurisprudência da Justiça Constitucional será utilizada para a extração desse sentimento político. Para Ackerman, tal jurisprudência deve, preferencialmente e dentro do possível, “legitimar” os trabalhos realizados pelo parlamento, no intuito de obter o sentido exato dos momentos políticos constitucionais da cidadania. Há, nesse viés, uma relação de complementariedade entre Justiça Constitucional e instâncias políticas. Já Strauss reserva à jurisprudência quase que todo o ônus de modernizar as normas constitucionais, seguindo, para tanto, o método próprio do sistema de precedentes do *common law*. Esse último autor desmerece, a propósito, o emprego do procedimento de reforma formal da Constituição ao vê-lo como um mero instrumento excepcional de renovação. As semelhanças e distinções entre as teorias dos dois autores serão melhor esclarecidas a seguir.

Por fim, longe de ser “uma questão de política judicial e, menos ainda, de direita e esquerda”, ressalta-se que a Constituição Viva “é um assunto da teoria da interpretação e da constituição⁷⁴” (ZAGREBELSKY, 2006, p. 164) e, por isso, é que os trabalhos da Justiça Constitucional que visem a conhecê-la não devem ser ignorados por qualquer estudo doutrinário de alto nível.

3.1.1 A fórmula de Bruce Ackerman

Ackerman inicia sua incursão sobre a Constituição Viva sugerindo que, em ocasiões especiais, veículos introdutores de normas jurídicas realizam mais do que seu mero propósito específico (ACKERMAN, 2011, p. 33-35). Para atender a um forte momento de exercício da cidadania, tais veículos inserem, no ordenamento em vigor, certo princípio cujo conteúdo sintetiza o novo momento político vivido pela sociedade (ACKERMAN, 2009, p. 10), o qual, ao produzir efeitos, renova o Estado Constitucional profundamente.

Esses veículos introdutores podem ser natureza legislativa ou judicial (ACKERMAN, 2011, p. 31). Os primeiros consistem nas emendas constitucionais, além das leis infraconstitucionais que decorrem e encontram validade na própria Constituição. Esses “corpos

⁷⁴ No original: “No es ésta, por tanto, una cuestión de política judicial y, menos todavía, de derecha e izquierda. Es un tema de teoría de la interpretación y de la constitución”.

legislativos” carregam consigo conteúdo mais denso (transformador) do que o das meras reformas ou regulamentações da Lei Maior, tal como se adviessem do próprio poder constituinte. Tratando-se desse quadro, a jurisprudência agirá para “confirmar” ou “validar” a transformação constitucional proposta pela instância política.

Por sua vez, os segundos decorrem da “jurisprudência criativa” da Justiça Constitucional (ZAGREBELSKY, 2006, p. 162-163), ou seja, dos precedentes que, autonomamente, interferem na norma de valor fundamental ao atribuí-la novo sentido por meio da interpretação (ACKERMAN, 2011, p. 31). Nessa ocasião, o precedente produz “mutação constitucional” (TAVARES, 2017, p. 189), afetando o significado, sentido e alcance da norma constitucional anteriormente estabelecida (FERRAZ, 2015, p. 9).

Dito de outro modo, por detrás da edição de uma emenda constitucional, e até mesmo de normas legislativas infraconstitucionais ou jurisprudência criativa do Tribunal, pode haver um sentimento político da sociedade dirigido a alterar as profundas camadas da sua ordem jurídica (ACKERMAN, 2009, p. 15), ou melhor, um ou mais compromissos constitucionais.

Em qualquer ocasião, o trabalho do Tribunal será importante, seja atestando validade da transformação proposta por certo veículo legislativo, seja criando a transformação por meio dos seus próprios precedentes. Por óbvio que, em relação à primeira opção, quando o legislador produz corpo legislativo que sinaliza à Justiça Constitucional qual o curso que a soberania popular decide percorrer, isso torna mais fácil aos juízes identificar o momento vivido pela sociedade (ACKERMAN, 2009, p. 543).

A título de ilustração, Ackerman explica que grande parte da jurisprudência mais expressiva da Suprema Corte dos EUA serviu para confirmar o impacto da Décima Quarta Emenda no tocante à Constituição do país.

O Tribunal foi se apercebendo, gradualmente, da história legislativa da citada emenda para tomá-la como marco de reconstrução do direito americano (ACKERMAN, 2009, p. 324-322). Dito de outro modo, segundo entendimento da sua jurisprudência, desde a Convenção da Filadélfia, de 1787, a federação do país não foi concebida com enfoque nacional, mas sim estadual, o que somente mudou com o advento da Décima Quarta Emenda (ACKERMAN, 2011, p. 25-27). Entretanto, a batalha sangrenta da guerra civil, que durou de 1861 até 1865, uniu o país, fortalecendo o sentimento de união do povo americano. Esse momento político serviu de cenário para que a Décima Quarta Emenda fosse ratificada⁷⁵, cujo teor concebeu,

⁷⁵ A emenda obteve dura dificuldade para que três quartos dos estados-membros a ratificassem, pois que governos dos Estados sulistas se negavam a fazê-lo, o que prejudicava sua validação. Em resposta, o Congresso respondeu

implicitamente, o princípio jurídico da proeminência da cidadania nacional em face da estadual (ACKERMAN, 2009, p. 18).

Para Ackerman, esse processo causou a modificação da estrutura política do Estado Constitucional estadunidense, muito embora o parlamento, resistindo a assimilar o novo momento constitucional, não tenha formalmente alterado a estrutura da federação do país⁷⁶ (ACKERMAN, 2011, p. 26).

No âmbito da jurisprudência, a interpretação “confirmatória” que a Suprema Corte deu ao alcance da Décima Quarta emenda fez-lhe desenvolver grandes precedentes. Esse é o caso de *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954⁷⁷, que, segundo Ackerman, hoje é um ponto de referência, para juristas, até mais importante do que várias normas escritas na Constituição (como a que prevê os EUA como “uma forma republicana de governo”) que, à época da fundação, eram centrais para a geração constituinte do país (ACKERMAN, 2011, p. 33-34).

Ackerman também exemplifica situação em que o direito americano levou em conta uma lei infraconstitucional como elemento de transformação da Lei Maior. Narra que Abraham Lincoln, enquanto presidente da República, atuou, em várias ocasiões, para que a lei denominada *Missouri Compromise* ou “Compromisso de Missouri”⁷⁸, de 1820, fosse identificada como “lei marco”, isto é, cumpridora de funções constitucionais ou “quase-constitucionais”. Graças ao empenho de Lincoln, a citada legislação produziu efeitos importantes no âmbito da sociedade dos EUA. Destaque-se, nesse exemplo, que a lei marco sequer dependeu do assentimento da Suprema Corte⁷⁹ para que fosse tratada, no âmbito político,

com o uso da força, destruindo os governos dos estados dissidentes, reconstruindo uns novos e mantendo os estados reconstruídos fora da União até que manifestassem consentimento à nova emenda nacionalizadora.

⁷⁶ Apesar do entendimento do autor, estruturas de organização dos poderes e eleição presidencial nos Estados Unidos permanecem com ênfase nos estados, prova disso é que não houve mudança na forma de eleição do líder máximo do povo, o presidente da República, que permaneceu sendo eleito pelos colégios eleitorais dos estados, e não na vontade da maioria dos americanos. Cf. ACKERMAN, Bruce. **La constitución viviente**. Traducción e Introducción de Carlos M.^a Enrígue. Marcial Pons: Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011, p. 23-29.

⁷⁷ O caso foi explicitado no item 2.1.1 desta dissertação.

⁷⁸ O compromisso de Missouri foi celebrado entre estados do norte (que queriam a abolição da escravidão) e sul (que queria que a escravidão fosse preservada enquanto direito de propriedade) dos Estados Unidos, proibindo a escravidão em territórios dos EUA. Tratou-se de uma tentativa de resolver a tensão entre norte e sul por questão da questão da escravidão, latente desde a Independência. O compromisso foi assinado quando havia igualdade em números de estados escravistas e livres. No documento, ficou definido que para a anexação do estado do Missouri como escravista, “nenhum outro estado escravocrata seria criado a partir da parte da Louisiana que se situava ao norte da latitude 36º 31’ (a latitude da fronteira sul do Missouri)”. Cf. Xavier, Matheus Carletti. O legado da escravidão e os usos do passado sobre Abraham Lincoln. In: **Revista Outras Fronteiras**, Cuiabá, vol. 1, n. 2, jul-dez., 2014, p. 146.

⁷⁹ A Suprema Corte decidiu sobre o compromisso de Missouri, em 1857, no caso *Dred Scott v. Sandford*. Entretanto, na oportunidade, o Tribunal julgou inconstitucional a citada legislação, por violação da Quinta Emenda da Constituição. Com o precedente, o pacto político que limitava a exploração da escravidão nos estados-membros foi revisto, restaurando o entendimento anterior que entendia os escravos ou seus descendentes como meras

como uma lei de valor tão relevante quanto a própria Constituição (ACKERMAN, 2011, p. 33-35).

Por fim, o autor afirma que quando a soberania popular não é atendida por um corpo legislativo, não resta outra saída senão a de que os próprios juízes constitucionais editem “jurisprudência criativa”, realizando a mutação constitucional para atribuir atribuindo novo sentido a um ou mais valores fundamentais da Constituição (ACKERMAN, 2009, p. 543). Como exemplo, Ackerman aponta que, no período do *New Deal*, a transição informal da Constituição aconteceu graças a uma mudança de postura da Suprema Corte, que passou de conservadora a progressista. Essa Corte mudou para atender o “espírito pragmático que os estadunidenses endossavam” e, de fato, promover mudanças constitucionais por meio de precedentes, já que o excesso de formalismo, especialmente pelo “poder do veto concedido aos Estados-membros pelo art. 5º” da Constituição, estava impedindo que uma reforma constitucional ocorresse (ACKERMAN, 2009, p. 454-455).

Portanto, nota-se que Ackerman emprega à Constituição Viva um conceito de transformação do Direito Constitucional tanto pela atuação das instâncias políticas quanto pela da Justiça Constitucional.

3.1.2 A fórmula de David Strauss

Strauss (2000, p. 1459), ao contrário de Ackerman, não demonstra qualquer entusiasmo com o emprego de emendas constitucionais – e muito menos de outros corpos legislativos – na transformação dos compromissos constitucionais preexistentes. Em outras palavras, Strauss defende que a ordem jurídica independe da edição de emendas constitucionais para manter-se atualizada. Para tanto, baseia-se em quatro razões:

Primeira razão – com frequência, o significado da Constituição dos EUA tem sido alterado por mutações constitucionais, e não por uma correspondente reforma formal do texto expreso. Exemplo: a “revolução do *New Deal*” alterou o significado da Constituição sem que, de fato, o texto fosse refeito (ALBERT, 2016, p. Kindle 4007 de 6102);

Segunda razão – às vezes, a mutação constitucional dá à Constituição o mesmo sentido que lhe almejava dar uma proposta de emenda constitucional (PEC) recusada. Ou seja, a rejeição de emenda não é óbice a que a modificação pretendida aconteça informalmente.

propriedades e não como pessoas. Apenas em 1865 e 1868, com a Décima Terceira e Décima Quarta Emendas Constitucionais, o precedente foi superado pelo devido processo legislativo.

Exemplo: a “Emenda da Igualdade de Direitos” foi rejeitada pelos estados-membros dos Estados Unidos, mas seu propósito foi alcançado por outros meios (ALBERT, 2016, p. Kindle 4007 de 6102);

Terceira razão – em algumas circunstâncias, as emendas constitucionais somente servem para ratificar, formalmente, as mudanças que já haviam ocorrido na sociedade. Exemplo: a maioria dos estados-membros dos Estados Unidos já haviam mudado seu sistema de eleição para senadores por meio de leis estatais ou mediante suas práticas políticas muito antes que se ratificasse a Décima Sétima Emenda⁸⁰ (ALBERT, 2016, p. Kindle 4007-4011 de 6102);

Quarta razão – as emendas, ocasionalmente, fracassam em seu intuito de modificar as práticas sociais. Exemplo: a promessa de igualdade na Décima Quarta Emenda⁸¹ foi negada a muitos por um longo período, e segue sendo ilusória para outros hoje (ALBERT, 2016, p. Kindle 4007-4011 de 6102);

O autor age assim, provavelmente, porque emendar a Constituição dos EUA é algo difícil, talvez quase impossível, e por isso prefere dirigir sua atenção para como os atores do Estado podem utilizar-se da mutação constitucional para manter a Constituição renovada.

Nesse passo, o autor dá à Constituição Viva um conceito focado na ideia de “jurisprudência criativa” ao entender que o direito emerge de um processo evolutivo que se desenvolve através de avanços praticados pelos precedentes da Justiça Constitucional. Dito de outro modo, para que a vida constitucional dure, “o instrumento normal é a jurisprudência; a reforma é um instrumento excepcional⁸²” (ZAGREBELSKY, 2006, p. 166).

O Tribunal, ao se deparar com um caso constitucional difícil, analisa as suas próprias decisões anteriores e também a forma como as cortes inferiores decidiram essa mesma questão ou questões semelhantes, para, sempre que possível, adotar solução que guarde relação de coerência com os precedentes (STRAUSS, 2010, p. 38).

⁸⁰ A emenda, ratificada em 08/04/1913, tem o seguinte teor, em tradução livre: O Senado dos Estados Unidos será composto de dois Senadores por Estado, eleitos pelo povo desse Estado, por seis anos; cada Senador terá um voto. Os eleitores em cada Estado deverão possuir as mesmas qualificações exigidas dos eleitores do Legislativo Estadual mais numeroso. Quando no Senado ocorrem vagas na representação de qualquer Estado, o Poder Executivo desse Estado expedirá editais de eleição para o preenchimento das vagas, podendo, porém, a Legislatura de qualquer Estado autorizar o Poder Executivo a fazer nomeações provisórias até que o povo preencha as vagas por eleição conforme prescrever a Legislatura. A presente emenda não será entendida como alcançando a eleição ou mandato de qualquer Senador escolhido antes de se tornar ela parte integrante da Constituição.

⁸¹ A emenda, ratificada em 09/07/1868, tem o seguinte teor, em tradução livre: Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência.

⁸² No original: “*El instrumento normal es la jurisprudencia; la reforma es un instrumento excepcional*”.

Strauss aduz ser uma má ideia que o Tribunal tente resolver um problema à sua própria maneira, sem se deixar influenciar pelo conjunto de outras respostas judiciais que já foram praticadas para resolver situações similares. Assim, é recomendado seguir os precedentes como caminho juridicamente mais seguro, especialmente se são claros para o caso concreto e se já estão assentados por um longo tempo (STRAUSS, 2010, p. 41).

Ainda quando os precedentes são impraticáveis para a resolução de casos difíceis, Strauss defende a utilidade do seu método afirmando que “a abordagem do *common law* tem flexibilidade suficiente para permitir um papel maior para ideias abstratas de justiça e boa política social, e um papel menor para o precedente”⁸³ (STRAUSS, 2010, p. 44).

Em face de tais circunstâncias, caberá à Corte Constitucional, argumentando de forma fundamentada, conferir interpretação evolutiva sobre a Lei Maior, estatuinto o sentido mais condizente com os princípios que regem as expectativas da atual geração da sociedade.

Desse modo, o Tribunal fica vinculado a observar os precedentes e, ao promover inovação da norma constitucional, deverá expor o critério jurídico novo e as razões expressas para adotá-lo, no ensejo de realizar estabilidade interpretativa (DIMOULIS, 2013, p. 70).

Importante ressaltar que, para o autor, as técnicas interpretativas próprias do *common law* combinam uma atitude humilde frente ao precedente e outra de sabedoria prática (empirismo cauteloso), conduzindo o Tribunal a indagar-se acerca de qual solução lhes oferece melhores resultados (STRAUSS, 2010, p. 40-43).

À luz do método proposto, portanto, os juízes vão além de preocupações meramente teóricas, constantes de livros e conferências, para dedicarem-se com mais afinco à justiça do caso concreto, devendo, para tanto, levar consigo a virtude da sabedoria judicial à confecção, respeito e evolução dos precedentes sobre questões constitucionais.

A Constituição Viva de Strauss reforça a ideia de mutação constitucional⁸⁴, o que se torna claramente perceptível “quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas” (FERRAZ, 2015, p. 9).

Neste ínterim, o autor não rejeita a importância do texto. Pelo contrário, classifica-o como ponto de encontro ou terreno comum para o Tribunal discutir os problemas que surgem

⁸³ No original, “And to the extent that those arguments are exaggerated, the common law approach has enough flexibility to allow a greater role for abstract ideas of fairness and good policy and a smaller role for precedent”.

⁸⁴ O assunto é profundamente explorado no item “5.8 A assim chamada ‘mutação’ constitucional e suas formas de manifestação: algumas aproximações” da obra SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

na sociedade. Sem o texto, a atividade de atribuir vida à Constituição perderia seu referencial, transformando-se numa espiral de “desencontros negativos” (STRAUSS, 2011, p. 111).

Portanto, vê-se que, ao passo que fornece um método visando à formulação de jurisprudência criativa, Strauss ignora que o procedimento de reforma constitucional, além de praticar funções triviais (como a de cumprir a necessidade de criação de um método para corrigir as falhas do texto e a de fazer com que a modificação da Lei Maior seja mais difícil do que a das leis ordinárias), também possa ser útil para descobrir qual o paradigma de democracia⁸⁵ está sendo, de fato, seguido pela sociedade (ALBERT, 2016, p. Kindle 4016-4024 de 6102), tal como a proposição de Ackerman. Por outro lado, a proposta de Strauss oferece, como alternativa, referencial igualmente relevante ao trabalho da Corte: o paradigma da república, da coisa pública, que não se mede segundo as expectativas políticas (pelo voto), mas de acordo com os consensos de bem comum formados na sociedade (ZAGREBELSKY, 2006, p 167-168), ideia que se aproxima do conceito de democracia material tratada no capítulo 2 desta dissertação.

As fórmulas apresentadas por Ackerman e Strauss, embora distintas, não se anulam, podendo serem perfeitamente aglutinadas para que os precedentes, que reinterpretem compromissos constitucionais, se perfaçam à luz de uma justificativa política, extraída tecnicamente de instituições políticas representativas da própria sociedade.

3.1.3 A Constituição Viva e o STF

Num país como os Estados Unidos, regido por uma única Constituição escrita, sintética e liberal desde o final do século XVIII, a tradição da política e do direito narra uma história contínua que esclarece como os poderes constituídos conseguiram acompanhar a sociedade da era moderna até o momento presente. Já o Brasil teve pelo menos seis ciclos constitucionais⁸⁶ da sua independência até agora.

Cada ciclo recebeu sua própria constituição e seus poderes constituídos. Quer-se dizer que o Estado Constitucional pátrio, ao passo que desenvolvia sua maturidade, via-se, periodicamente, obrigado a interromper seu funcionamento em face da curta vigência dos seus regimes jurídicos. Sem conseguir se dedicar a metas de longo prazo, os poderes constituídos não puderam aprimorar a cultura constitucional do país tal como poderiam.

⁸⁵ Utiliza-se aqui a expressão como democracia majoritária.

⁸⁶ Vale relembrar o breve exame sobre história das constituições do Brasil constante do item 1.5 desta dissertação.

Decerto que a Constituição de 1988 avançou em relação às constituições pretéritas por ter inaugurado regime jurídico com maior nível de resiliência. Este, até o momento, vem suportando as críticas que questionam sua capacidade de cumprir com as ambiciosas promessas sociais que assumiu perante o poder constituinte. Dentre as provas do seu bom desempenho estão o fato de a vigente Constituição ser palco do mais abrangente período de estabilidade democrática já vivido pelo país, além de ter empregado significativa efetividade às suas normas constitucionais. Entretanto, não se quer dizer que as promessas estejam sendo satisfeitas a contento nem que as instituições já estejam devidamente amadurecidas. De fato, há muitos comandos constitucionais ainda sem operação em razão da baixa confiança na instância do parlamento, a qual é inábil até hoje para, por exemplo, editar complementos legiferantes imperiosos às necessidades sociais (DIMOULIS, 2013, p. 7).

Nesse quadro brasileiro, o constitucionalismo vivo pode auxiliar os poderes constituídos na tarefa de estender, ao máximo, o tempo de resiliência da atual ordem jurídica, sem deixar que a Constituição perca a relação de pertinência que possui com a sociedade nacional. Para tanto, será preciso admitir que, também no Brasil, a norma constitucional é dotada de viés evolutivo e que aos poderes constitucionais nacionais, sobretudo ao STF, recai a importante missão de interpretar a Constituição.

Decerto que a jurisprudência criativa do Supremo pressupõe a existência de uma margem de elasticidade, quer dizer, de discricionariedade (ZAGREBELSKY, 2006, p. 162). No entanto, recomenda-se que a autonomia da Corte se ampare tanto no paradigma democrático (democracia majoritária) – extraído da fórmula de Ackerman – quanto no paradigma do bem comum (democracia material) – extraído da fórmula de Strauss – aceitos pela presente geração de cidadãos, compensando, em certas ocasiões e com o devido cuidado, o eventual desinteresse do Congresso Nacional do país de exercer suas respectivas competências legislativas.

Sobre se o STF deve trabalhar em prol da Constituição Viva, saliente-se que os pensamentos de Ackerman e Strauss, apesar de dissentirem em certos aspectos, concordam que será da respectiva Corte do país a palavra final sobre a transformação.

Vale destacar que, diante de uma transformação lastreada na soberania popular, exprimida pela instância política, o Supremo Tribunal deve ter em mente que esta deve, sempre, exprimir um sentimento político de mudança, não meramente temporário, mas duradouro. Isso, aliás, se identifica com a previsão da art. 60, §1º, da CRFB/88, que impede a edição de emendas constitucionais durante períodos de estado de exceção ou de anormalidade democrática. Quer-se dizer que somente maiorias estáveis e permanentes podem representar um novo momento constitucional. Para que não se incorra em erro sobre a qualidade da manifestação política,

deverá o STF aguardar o amadurecimento da discussão pública sobre o conteúdo de transformação, que poderá acontecer mediante sucessivas confirmações no espaço político, por proposições legislativas, plebiscitos, referendos, eleições, audiências públicas ou outras ações de iniciativa popular. “O papel do Tribunal aqui não é proibir uma mudança (da Constituição), mas sim aumentar os custos para os agentes políticos competentes obterem-na”⁸⁷ (ALBERT, 2018, p. 70-71).

Já para quando a transformação se firma no paradigma do bem comum, caberá a advertência de que a Constituição Viva não é uma teoria dedicada a ler fragmentos isolados da vivência constitucional. Longe disso, busca compreendê-la como um caminho histórico percorrido, que perpassa por todas as gerações (ACKERMAN, 2011, p. 30). Assim, o Tribunal, partindo dos elementos jurídico-textuais, deverá ler as mudanças almejadas no presente como um curso evolutivo em relação ao sentido constitucional anterior, dantes promovido pelas gerações do passado. Sem o conhecimento crítico sobre aquilo que antecede a transformação, “o direito constitucional fracassará ao fornecer aos estadunidenses do século XXI as orientações que necessitam para enfrentarem os desafios do futuro”⁸⁸ (ACKERMAN, 2007, p. 1751).

Portanto, o constitucionalismo vivo pode, sim, contribuir para o trabalho do STF, desde que a Lei Maior, por razões fundamentadas, precise seguir o amadurecimento da cidadania e das instituições de Estado, em atenção a novos valores fundamentais que surgem do povo brasileiro.

Como se verá no item adiante, soma-se ao universo da Constituição Viva a teoria descritiva do desmembramento constitucional, a qual auxiliará na compreensão de como o “espírito” da Lei Maior pode, efetivamente, sofrer alteração por atuação dos poderes constituídos. Por meio do método dessa teoria, o Tribunal atua como agente catalítico, e não obstrutivo, de transformações constitucionais (ALBERT, 2018, p. 67). Os tribunais mantêm uma importante função na revisão de alterações constitucionais, mas devem, preferencialmente, adotar uma postura defensiva, colaborativa e construtiva em prol dos movimentos políticos, evitando uma imediata confrontação.

3.2 O desmembramento constitucional: uma descrição político-jurídica dos fenômenos da Constituição Viva

⁸⁷ No original: “*The role of the court here is not to prohibit a change but rather to raise the costs for amending actors to pursue it*”.

⁸⁸ No original, “*constitutional law will fail to provide Americans of the twenty-first century the guidance they require as they confront the challenges of the future*”.

Apesar de se tratar de uma experiência fenomênica que hoje se cumpre habitualmente perante as várias Constituições democráticas, a modificação dos compromissos constitucionais não costuma seguir um método normativo, uma vez que lhe falta regulamentação própria no âmbito do direito.

Em regra, o conteúdo das Leis Supremas submete-se a uma única via de reforma: a das emendas constitucionais. Ainda quando se foge desse padrão, ampliando-se para mais de uma via de reforma possível⁸⁹, é improvável que uma delas sirva para refundar a ordem jurídica, transformando, por exemplo, uma Constituição “pacifista” em “belicosa”, ou suprimindo um direito de natureza fundamental (como o direito à saúde pública), ou ainda revogando os poderes de um órgão relevante do Estado (como a própria Corte Constitucional).

Com efeito, sob o prisma dogmático, reformar os valores fundamentais da Constituição apresenta-se como um grande acidente. Ora, não se espera que, com o passar do tempo, o poder constituído transforme o direito de forma tão – ou mais – inaugural quanto o próprio poder constituinte o faria (NOGUEIRA, 2005, p. 89-90), mas é isso que, de fato, vem ocorrendo nas democracias contemporâneas.

Albert (2018, p. 3) denomina o fenômeno que modifica os compromissos constitucionais de “desmembramento constitucional”, e entende que o mesmo fenômeno não ocorre de modo abrupto nem se revela como um evento surpresa. Pelo contrário, pode ser, cientificamente, investigado por meio de um método que, a despeito de não ser expressamente previsto no ordenamento, descreve as fases do processo de informalização dos fundamentos da Lei Maior.

O desmembramento constitucional surge para acompanhar transformações contínuas, promovidas pelo movimento político-social, que afetem qualquer compromisso da Constituição, total ou parcialmente, ensejando pelo menos três possíveis consequências relevantes:

a) a revogação ou substituição de um direito fundamental protegido pela Constituição, que não consiste em qualquer direito, mas naqueles que detêm importância central para a comunidade política;

⁸⁹ Como é o caso do Brasil, que também conta com a espécie da revisão constitucional, entendida como “um instrumento de reforma utilizado para modificações mais amplas, que abrangem um conteúdo mais extenso”. Tal espécie caracteriza-se como via extraordinária e transitória, que “tem sua eventual aplicação quando realizada a tarefa para a qual foi designada”. Em especial, a CRFB/88 restringiu o emprego da revisão constitucional a uma única vez, a ocorrer cinco anos após sua promulgação, nos termos dos arts 2o e 3o do seu ADCT. NOGUEIRA, Cláudia de Goes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 42, n. 166, abr./jun., 2005, p. 82.

b) o rompimento com o meio através do qual a Constituição organiza a alocação de poder, como ela equilibra as reivindicações e o exercício da autoridade, ou como suas instituições públicas funcionam;

c) a alteração do objetivo ideal que caracteriza a identidade política do país, ou define sua cultura cívica, ou auxilia no planejamento e execução do próprio projeto político de futuro da sociedade (ALBERT, 2018, p. 39).

A teoria do desmembramento serve para Constituições codificadas e não-codificadas, e não se presta a aferir se a modificação do compromisso constitucional terá o efeito de melhorar a democracia ou de deteriorá-la. Isso se dá porque tal teoria não possui viés substancialista, destinando-se apenas a descrever o fenômeno tal como ele é. Outras teorias, no entanto, poderão lhe ser associadas para que o propósito substancial se torne um objetivo vinculado ao desmembramento⁹⁰.

Por sua vez, tal como propõe Ackerman (2011, p. 31), Albert (2018, p. 38) assinala que tal instituto se valerá dos veículos introdutores de normas jurídicas para o transporte, ao direito, de princípio ou princípios voltados a extinguir, alterar ou criar um compromisso constitucional. Assim, ilustra-se a seguir como o desmembramento se perfaz a partir de causas legislativas e judiciais de refundação da ordem constitucional, tomando como ênfase ocorrências recentes da ordem jurídica do Brasil.

3.2.1 O desmembramento constitucional por decisão da democracia majoritária representativa

Quando o procedimento formal de reforma da Constituição não pode deliberar sobre os compromissos constitucionais – como é o suposto caso do Brasil, cuja Lei Maior os classifica como “cláusulas pétreas” ou “cláusulas inalteráveis” (TAVARES, 2017, p. 158) – a solução do desmembramento apresenta-se como a única saída para mantê-los atualizados conforme a vontade política da sociedade.

Assim, não é incomum que o Tribunal admita que uma emenda constitucional – veículo introdutor, *a priori*, previsto apenas para reformar, pontualmente, o texto escrito – possa ir além e descrever o anseio da sociedade por transformação profunda e abrangente da ordem jurídica, implicando o desmembramento da Constituição.

Neste sentido, Albert destaca que a tarefa de transformar os valores fundamentais deve recair com primazia sobre as emendas constitucionais, uma vez que, por pressuporem quórum

⁹⁰ Essa questão será abordada nos itens 3.4 e 3.5 desta dissertação.

de votação parlamentar mais qualificado, presumem representar a democracia majoritária em maior grau (ALBERT, 2018, p. 38).

De início, porém, é preciso perceber que, sob o aspecto material, o conceito de desmembramento constitucional não se confunde com o de emenda constitucional propriamente dito, uma vez que a falta dessa diferenciação técnica entre os dois instintos dificulta a compreensão sobre como e por qual razão as Constituições democráticas efetivamente mudam. Segundo Albert, as emendas constitucionais servem para implementar ajustes, visando ao melhor cumprimento dos propósitos da Constituição existente. Desse modo, a emenda continua, em tese, o mesmo projeto de Constituição promulgada.

Em contrapartida, há casos em que a promulgação de uma emenda formal significa um impacto tão intenso na estrutura de valores da Constituição existente que, na sua essência, a citada emenda descreverá um ato de desmembramento⁹¹. Desse modo, a âmago do desmembramento constitucional não consiste em simples ato de emenda nem em nova Constituição, mas assume uma posição intermediária entre essas duas extremidades (ALBERT, 2018, p. 3).

Na espécie, uma boa maneira de aferir se a emenda causa desmembramento constitucional é verificando se a transformação provocada se limitou às balizas formais expressamente propostas. Se sim, provavelmente, o ato materializa-se como simples emenda; se não, haverá desmembramento.

O Brasil, recentemente, completou esforço para desmembrar a Constituição de 1988 com a edição da EC nº 95/2016, denominada “emenda dos gastos públicos”. Tal emenda nasceu por iniciativa do então presidente da República interino Michel Temer, com o fim de limitar os gastos públicos por mais de vinte anos, com o crescimento de despesas primárias anuais limitado aos gastos do exercício imediatamente anterior, corrigido pelo IPCA acumulado em 12 meses até junho do ano precedente (art. 107, §1º, da CRFB/88⁹²). A ideia seria gerar economia orçamentária e responsabilidade fiscal, em razão do baixo crescimento econômico do país nos últimos anos.

⁹¹ Como foi o caso da edição da Décima Quarta Emenda dos EUA, tema tratado no item 3.1.1 desta dissertação.

⁹² O §1º do art. 107 da CRFB/88 tem o seguinte teor: “Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias: (...). § 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá: I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária”.

A despeito de contribuir para mitigar a pressão econômica sofrida pelo Erário, a emenda interrompeu, relativamente, a eficácia dos direitos sociais previstos na Constituição, voltados a proteger bens jurídicos como saúde, educação e redução da desigualdade regional. O entrincheiramento desses direitos não ocorreu por acaso, mas, como assinala Albert, “foi uma vitória para os grupos da sociedade civil cujas ‘energias mobilizadas’ buscavam ‘mudar a realidade brasileira’ com ‘demandas sociais’ que acabaram se traduzindo em um extenso entrincheiramento de direitos sociais na Constituição⁹³” (ALBERT, 2018, p. 41).

Frise-se que, até a edição da EC nº 95/2016, a proteção dos direitos sociais e a identidade política “social ou cidadã” da Carta de 1988 eram valores fundamentais que não haviam sido substancialmente alterados, a despeito das inúmeras reformas constitucionais já feitas (ALBERT, 2018, p. 41). Na prática, mesmo a estrutura do Estado, antes mais voltada a compensar o desenvolvimento tardio do país, “reduziu-se” para suportar severos cortes orçamentários impostos pela “nova Constituição austera”, impactando não só a geração atual como as futuras.

Decerto que o Supremo Tribunal Federal, definitivamente, não se manifestou sobre a compatibilidade da EC nº 95/2016 com a norma constitucional em curso⁹⁴, mas, observando a questão apenas sob o espectro legislativo, o desmembramento ocorreu e está produzindo efeitos.

Outra hipótese de desmembramento por edição de corpo legislativo acontece pela aprovação de leis infraconstitucionais que decorrem e encontram validade na própria Constituição, denominadas por Ackerman de “leis marco”⁹⁵. Apesar de Albert não dedicar atenção a tal possibilidade ao longo do *paper Constitutional Amendment and Dismemberment* (2018), é possível apreender tal acontecimento daquelas leis que regulamentam a Constituição no tocante a temas atinentes aos compromissos constitucionais.

No contexto brasileiro, tem-se como exemplo a lei da ficha limpa (Lei Complementar nº 135/2010), que surgiu por meio de um projeto legislativo de iniciativa popular, com o escopo

⁹³ No original: “it was a victory for civil society groups whose ‘mobilized energies’ sought ‘to change the Brazilian reality’ with ‘social demands’ that were ultimately translated into an extensive entrenchment of social rights in the Constitution”.

⁹⁴ O ministro Roberto Barroso negou, em 10/10/2016, a concessão de liminar no MS nº 34448 MC/DF, impetrado por deputados federais integrantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e do Partido dos Trabalhadores, a PEC nº 241/2016 (da qual adveio a EC nº 95/2016), por não ter vislumbrado violação de cláusula pétrea ou ao de devido processo legislativo suficiente a exigir sustação do projeto de reforma. Ademais, assinalou o ministro que “O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais tem caráter excepcional e exige inequívoca afronta a alguma cláusula pétrea da Constituição. Mais excepcional ainda é o controle preventivo de constitucionalidade, visando a impedir a própria tramitação de proposta de emenda constitucional”.

⁹⁵ O tema foi tratado no item 3.1.1 deste trabalho.

de dar nova redação à Lei Complementar nº 64/1990⁹⁶ e instituir outras hipóteses de inelegibilidade, visando à proteção da probidade e moralidade administrativas no exercício do mandato, conforme o art. 14, §9º, da CRFB/88⁹⁷.

A LC nº 135/2010 preconiza a inelegibilidade de candidato pelo prazo de 8 anos que, por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, seja responsabilizado por ato ou fato⁹⁸ que, segundo o art. 2º da mesma lei, afete sua integridade ética para representar a sociedade. Com isso, a legislação provocou uma transformação profunda no quadro de compromissos constitucionais assumidos pelo Estado Constitucional pátrio, especialmente no tocante à revalorização em matéria eleitoral dos princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB/88⁹⁹¹⁰⁰) e da irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI, da CRFB/88¹⁰¹¹⁰²).

Perceba-se, portanto, que, apesar de ser uma simples legislação infraconstitucional, a LC nº 135/2010 inseriu na ordem jurídica forte vontade popular em favor da “ficha limpa” de exercentes de mandatos eletivos¹⁰³, causando o desmembramento da Constituição nacional.

⁹⁶ “Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências”.

⁹⁷ Art. 14, §9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁹⁸ Como salientou o ministro Luiz Fux, no voto que proferiu como relator das ADCs de nº 29/DF e 30/DF, e ADI 4578/AC, as inelegibilidade criadas pela LC nº 135/2010 dividem-se em cinco grupos, a saber: “(i) condenações judiciais (eleitorais, criminais ou por improbidade administrativa) proferidas por órgão colegiado; (ii) rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso); (iii) perda de cargo (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato; (iv) renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo; e (v) exclusão do exercício de profissão regulamentada, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional”.

⁹⁹ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...).

¹⁰⁰ Uma vez que, até essa mudança legislativa, aplicava-se o entendimento literal do art. 15, III, da CRFB/88¹⁰⁰, no sentido de que só poderia ser considerado inelegível o cidadão que tivesse suspensos os seus direitos políticos mediante condenação transitada em julgado. A partir de então, a inelegibilidade passou a ser declarada havendo decisão condenatória de um órgão colegiado. Isso foi reconhecido pelo STF ao julgar as ADCs de nº 29/DF e 30/DF, e a ADI nº 4578/AC, em 16/02/2012.

¹⁰¹ Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (...).

¹⁰² Já que a lei passou a atribuir efeitos futuros a fatos anteriores à sua edição, isto é, estabeleceu a nova limitação do candidato ao direito de concorrer a cargos eletivos pelo prazo de 8 anos com base em hipóteses de inelegibilidade que ocorreram, até mesmo, antes do advento da lei. Essa posição foi confirmada pelo Supremo ao julgar a tese de repercussão geral firmada no âmbito do RE nº 929670-BA.

¹⁰³ Vale ressaltar trecho do voto proferido pelo ministro Luiz Fux, relator das ADCs nºs 29/DF e 30/DF, e ADI 4578/AC: “Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar no 135/10 – interpretações essas que ora se adotam. Não se cuida de uma desobediência ou oposição irracional, mas de um movimento intelectualmente embasado, que expõe a concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de sentimento constitucional, fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A sociedade civil

Portanto, o desmembramento constitucional, por decisão da democracia majoritária, acontece quando algum corpo legislativo introduz um novo princípio (ou provoca forte realinhamento semântico de um princípio antigo) no ordenamento, levando o Poder Político ao dever de adequar seu comportamento às novas expectativas da sociedade (reveladas no mesmo princípio). Nessa hipótese, o Tribunal recebe, *a posteriori*, a missão específica de “confirmar” o desmembramento, no sentido de reinterpretar a Lei Maior a partir das citadas mudanças, especialmente através da superação de precedentes dantes estabelecidos¹⁰⁴. A Constituição reconstruída torna-se virtualmente irreconhecível em comparação com sua respectiva forma textual (criada pela geração social anterior), resultando numa Lei Suprema significativamente nova, e não meramente emendada (ALBERT, 2018, p. 3).

Por promover mudanças mais intensas, a legitimidade do desmembramento constitucional depende de um grau maior de consentimento popular se comparada, especialmente, com a legitimidade das emendas propriamente ditas. Essa densa legitimidade é que fará com que as mudanças advindas do desmembramento não sejam, de pronto, invalidadas ante sua relativa incompatibilidade com a Constituição existente (ALBERT, 2018, p. 6).

Assim, o Tribunal assume o relevante papel de atestar, ulteriormente, a validade de um desmembramento da Constituição introduzido por decisão da democracia majoritária representativa, levando em conta o paradigma da democracia que legitima a mudança.

3.2.2 O desmembramento constitucional pela jurisprudência criativa do Tribunal

Nesta seção, observa-se como o desmembramento pode acontecer por intermédio da jurisprudência criativa do Tribunal. Nesse caso, o conteúdo transformador não é carregado por um veículo introdutor legislativo, mas diretamente por decisão do Tribunal em julgamento de questão constitucional. Ao invés de prestar-se à função de atestar a validade de mudanças promovidas pelo parlamento, ao Tribunal recai a solução excepcional de exercer, ele próprio, a representação da sociedade, realizando suas expectativas de evolução político-jurídica.

identifica-se na Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria”.

¹⁰⁴ Em pesquisa voltada à compreender a eficácia dos precedentes no âmbito do direito inglês, Becho assinala que o precedente judicial é superado, quando a regra geral estabelecida no caso anterior deixa de ser paradigma para casos novos. Tal superação não pode acontecer por qualquer motivo. Pelo contrário, em nome da segurança jurídica, a revisão de um precedente deve ser cuidadosamente debatida, a fim de que o novo entendimento espelhe o contexto social no qual será empregado. Cf. BECHO, Renato Lopes. A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários. In: **Revista Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, 499-530, jul./dez., 2017, p. 524.

Em geral, esse tipo de desmembramento dá-se quando o ordenamento torna excessivamente difícil a edição de uma emenda constitucional (ALBERT, 2016, p. Kindle 4040 de 6102), mas, no quadro brasileiro, tal fenômeno serve para fazer frente a uma peculiaridade tipicamente nacional. Isto é, segundo Barroso, o Supremo assume “papel representativo”, quando o Legislativo não atende, por falha grave ou omissão, demandas da sociedade no tempo e hora esperados, restando ao Tribunal responder a tal expectativa social, embora não tenha sua legitimidade derivada do voto popular (BARROSO, 2017).

Para tanto, Barroso assinala que é necessário que estejam presentes “condições concretas e socialmente controláveis de demanda social não atendida pelo processo político majoritário para justificar uma intervenção”. Também reconhece que “o órgão de representação popular por excelência é o Legislativo” e que a representação supletiva da Justiça Constitucional somente pode acontecer em situações eventuais e necessariamente subsidiárias. Quando for o caso, a decisão deverá sobrevir mediante fundamentos de cunho “racional e moral”, não cabendo aos juízes agirem senão de forma adequada, pois “se falharem nesse propósito, nada os salvará”. Assim, acredita que não haverá “troca de papéis” entre o Supremo e o Legislativo (BARROSO, 2017).

Convém dizer que essa “representação” a ser exercida pelo Tribunal, quando não há manifestação da soberania popular, não pode se confundir com a representação de cunho político cumprida pelos parlamentos e governos. Ora, a Justiça Constitucional é autônoma em relação à política (ZAGREBELSKY, 2006, p. 163). A discricionariedade, inerente à função jurisdicional, merece ser reduzida pela uniformização da jurisprudência, que, mesmo disposta a evoluir, deve guiar-se pelos parâmetros de estabilidade, integridade e coerência, tal como propõe Strauss¹⁰⁵.

Um exemplo que ilustra bem esse tipo de desmembramento é a decisão do STF, de fevereiro de 2016, assentada no âmbito do RE nº 126.292, que passou a admitir a execução da pena após condenação em segunda instância. Antes, o Tribunal entendia que o réu não poderia ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena enquanto não ocorresse o trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, em atenção ao princípio da presunção de inocência (v. HC nº 84078, relator ministro Eros Grau, Plenário, julgado em 05/02/2009).

Por conta própria, o STF realizou a mutação constitucional sem que qualquer corpo legislativo houvesse voltado a revisar o então pacífico entendimento sobre a incidência do art. 5º, LVII, da CRFB/88 em matéria processual penal. Em seu voto vencedor, o ministro Teori

¹⁰⁵ Conferir no item 3.1.2 deste trabalho.

Zavascki, relator do citado recurso extraordinário, firmou a tese de que “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade”, pois, como os únicos recursos ainda viáveis ao réu – recurso especial e o recurso extraordinário – não possuem efeito suspensivo (art. 637, CPP¹⁰⁶), permite-se que a decisão condenatória de 2º grau produza seus efeitos de pronto. Ademais, o relator também disse que a execução do citado título penal pressupõe que o acusado tenha sido “tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”.

O STF confirmou esse novo entendimento ao negar as medidas cautelares propostas no âmbito das ADCs nºs 43/DF e 44/DF, que pediam o reconhecimento liminar da constitucionalidade do art. 283 do CPP¹⁰⁷, cujo teor proíbe a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado.

Com essa mutação constitucional, o STF, tacitamente, buscou responder à insatisfação da sociedade quanto ao excesso de recursos e à demora no encerramento do processo penal, consequências inerentes ao sistema processual brasileiro de “quatro instâncias” e que, à época do julgamento, contribuíam para aumentar a sensação de impunidade que se alastrava pelo país (O GLOBO, 2014).

Através de tal decisão, o STF alterou profundamente compromissos constitucionais relativos ao rol de direitos fundamentais (ao passo que deu novo sentido à presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade, completamente distinto do sentido *a quo*) e à estrutura do Estado (à medida que redefiniu o modo de funcionamento das instâncias processuais penais em matérias de execução de título condenatório, autorizando que desde a confirmação da condenação pela segunda instância, a eventual ordem de prisão já possa ser decretada).

A crítica que se faz é se a decisão se justifica a partir da evolução dos precedentes da Corte, tal como segue a teoria de Strauss, ou se, devido à complexidade do tema, caberia ao Tribunal aguardar que a soberania popular indicasse, com maiores detalhes, em qual medida essa “luta contra a impunidade” deveria ocorrer. Mais que isso: o Tribunal arriscou ao praticar

¹⁰⁶ Art. 637. “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

¹⁰⁷ Art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

tal inovação numa votação bastante apertada: 6 ministros acompanharam o ministro relator Teori Zavascki enquanto que 5 ministros resistiram à mudança de entendimento.

Sem embargo, a posição adotada não reconciliou a sociedade à medida que a questão constitucional ainda causa bastante insegurança jurídica. Tanto que o ministro da Corte, Marco Aurélio, entende que a decisão é precária e que não a seguirá, dentre outros motivos, porque é violadora da Constituição e não tem efeito vinculante (FALCÃO, 2018).

Convém frisar que o STF recolocou o assunto em pauta, em 05/04/2018, quando negou (também por 6 votos a 5) o habeas corpus preventivo (HC) nº 152752, impetrado pelo ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, que buscava impedir a execução provisória de pena imposta pelo TRF da 4ª Região. Ademais, o Tribunal sofre pressão de partidos políticos como PT e PC do B para que inclua na pauta de julgamentos do Plenário o mérito das ADCs nº 43/DF e 44/DF, ante a expectativa de que a ordem de prisão por condenação em segunda instância seja revisitada (POMPEU, 2018).

Como se vê, quando não há consenso na Corte, a jurisprudência criativa tem significativa dificuldade de se manter politicamente. O sistema constitucional não lhes consegue atribuir densidade política ao passo que o Tribunal não se serve de instrumentos que o possibilitem representar, diretamente, a sociedade. Por essa razão, recomenda-se que o Tribunal não os crie, salvo quando o consenso for possível e, especialmente, quando se estiver diante de um assunto próprio do paradigma republicano ou do bem comum (ZAGREBELSKY, 2006, p. 167), que diga respeito à proteção da democracia material.

Por outro lado, se não se pode justificar que o Tribunal refunde, verticalmente, a ordem jurídica por meio da jurisprudência criativa, é possível que este sirva para fazer mudanças mais suaves nos compromissos constitucionais. Para tanto, sugere-se o emprego da proposta de Constituição Viva de Strauss (2010, p. 40-43), no sentido de que o Tribunal, com humildade e empirismo cauteloso, empregue técnicas interpretativas próprias do *common law* para construir a melhor solução para a norma constitucional.

Ainda assim, destaca-se que o caminho mais seguro para que o Tribunal não incorra em excesso é o de manter-se como intérprete de “momento constitucional”¹⁰⁸ praticado

¹⁰⁸ Os cidadãos, em “momentos constitucionais”, não agem ordinariamente, tal como se propõem a fazer nos demais momentos do dia a dia ou do cotidiano (denominados de “momentos normais”). Em outras palavras, nos “momentos normais” a política neutraliza-se nas mãos dos agentes representativos, numa espécie de monismo democrático; nos “momentos constitucionais”, por sua vez, o povo exerce a tomada de decisão, a qual não se confunde com a exercida pelos governantes, numa espécie de dualismo democrático ou democracia dual. Cf. ABAD I NINET, Antoni; MONSERRAT MOLAS, Josep. Principio de discurso y democracia directa: Faktizität und geltung y la obra de B. Ackerman In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 505-626, nº 32, 2009, p. 607.

politicamente pelo povo ou seus representantes. Tais momentos, segundo Ackerman (1995, p. 520), consistem num “movimento político que por muitos anos constrói apoio e mobiliza o consentimento de proporções crescentes da população, a ponto de poder dizer-se com credibilidade que a voz da maioria da população fala”¹⁰⁹.

Preferencialmente, essas manifestações devem ocorrer no campo da política, e não da justiça, para evitar risco de ilegitimidade democrática. Neste sentido, é recomendável que o Tribunal seja mais deferente para validar princípios transformadores introduzidos por veículos cuja edição pressuponha forte participação popular (ALBERT, 2008, p. 7).

O Tribunal deve agir como observador das manifestações políticas relevantes, evitando interrompê-las ou sufocá-las na origem. Dessas manifestações, apenas as que tiverem substancial e duradouro apoio popular¹¹⁰ são capazes de ser reconhecidas como momentos constitucionais do povo e, por conseguinte, impor “desmembramento” à Constituição.

Durante a vigência da ordem constitucional, cabe à Corte reconhecer que os resultados políticos prenunciam mudanças mais onerosas da Constituição (desmembramento), as quais, longe de revelarem ofensa à vontade do povo, consistirão num resultado que lhe é próprio (ALBERT, 2008, p. 7).

Portanto, em certa medida, o ato de desmembramento é inconciliável com o *status quo* da norma constitucional, uma vez que um dado veículo introdutor leva ao sistema um valor fundamental novo e que se choca com os propósitos até então seguidos pelo texto constitucional em vigor. O desmembramento impacta tanto no quadro de direitos fundamentais quanto no atributo de identidade central da Lei Suprema. Em especial, promove direitos e deveres novos até então inexistentes no âmbito democrático, bem como suprime outros que se tornam com eles incompatíveis.

3.3 Duas objeções à Constituição Viva

Não há dúvida de que o entendimento sobre a modificação dos compromissos constitucionais provoca inúmeras confrontações com o universo das teorias dogmáticas do direito. A princípio, busca-se esclarecer que, longe de ser uma unanimidade, essa visão evolutiva sobre o essencial da Constituição, por meio da participação assídua do Tribunal, tem

¹⁰⁹ No original: “*movimiento político que durante muchos años construya el apoyo y movilice el consentimiento de crecientes proporciones de la población, hasta el punto de que pueda decirse creíblemente que habla la voz del juicio de la mayoría de la población*”.

¹¹⁰ O assunto será melhor explorado no item 3.4 desta dissertação.

conquistado tão ou mais opositores do que seguidores durante seu processo investigativo.

Sendo assim, e considerando que a apresentação de tais críticas enriquecerá ainda mais o objeto de estudo deste trabalho, elegeu-se duas delas, consideradas como as mais ofensivas às ideias aqui expostas. A primeira, formulada pela corrente do originalismo, questiona a fragilidade de se estabelecer um marco histórico-temporal seguro para o conceito de “compromisso constitucional” que não o da data de promulgação da Constituição.

A segunda, proveniente da doutrina procedimentalista de Jeremy Waldron, sugere que, ainda que a origem do texto escrito da Constituição seja insuficiente para traduzir quais são os compromissos constitucionais, os Tribunais são incapazes de operar essas transformações, pois só os representantes políticos do povo são credenciados para tomar decisão que corrija ou reelabore uma dada questão controvertida da Lei Suprema e, ao mesmo tempo, permita a reconciliação entre as parcelas da sociedade que até então se encontravam divididas em razão do conflito.

3.3.1 A objeção do originalismo: crítica à evolução do marco temporal definidor do “compromisso constitucional fundamental”

A teoria do originalismo defende que os compromissos constitucionais sejam lidos segundo o entendimento da época em que entraram em vigor. Desse modo, em consonância com a interpretação vanguardista, não haveria margem para tentativas de “evolução” semântica da Constituição, pois isso abalaria o propósito de preservação da própria comunidade política.

Nesse contexto, tal teoria sustenta o dever de fidelidade à Constituição escrita, ao pressupor que o Tribunal opere o direito baseando-se, objetivamente, nas intenções originais dos membros da assembleia constituinte ou no significado público das palavras do texto quando de sua edição (FERREIRA NETO, 2005, p. 46-52).

De viés conservador, a tradição do originalismo nasceu no direito estadunidense com o fim de “resgatar a Constituição” em face da onda de precedentes mais progressistas¹¹¹ prolatados pela Suprema Corte. Os originalistas alegavam que o trabalho do Tribunal de “adaptação do direito aos novos padrões de moralidade política” reduzia-se a um mero exercício

¹¹¹ Cite-se o período da Corte Warren, entre 1953 e 1969, no qual a Suprema Corte americana produziu grandes precedentes constitucionais tidos como moralmente progressistas, bem como a decisão da primeira fase da Corte Burger em *Roe v. Wade*. Cf. FLEMING, James E. **Fidelidad, cambio y la buena Constitución**. In: RICHARD, Albert; PULIDO, Carlos Bernal. *Cambio constitucional informal*. Traducción de Rodrigo Camarena González. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2016, Edição do Kindle.

de realismo jurídico¹¹², “criando” a Constituição quando lhe caberia tão somente “interpretá-la” (BERNS, 1993, p. 123). Tal crítica pode ser, perfeitamente, resumida na célebre expressão do *chief justice* Hughes: “A Constituição é o que os juízes dizem que ela é”¹¹³.

Para Berns (1993), teorias evolutivas do direito – como a da Constituição Viva – valem-se de generalidades constitucionais e de suporte histórico que somente remontam a fatos da memória recente do país, para defender que a interpretação da Constituição deve mudar constantemente.

Entretanto, à medida que ignoram por completo a intenção original da Constituição, obtêm pretexto para contra-atacá-la ao tomarem como verdade esta suposta declaração dada pelo *justice* Marshall, no precedente *McCulloch v. Maryland*, de 1819: “Não devemos nos esquecer nunca de que é uma Constituição que estamos expondo...projetada para durar pelos séculos que estão por vir e, conseqüentemente, para se adaptar às várias crises dos assuntos humanos”¹¹⁴.

Berns aduz que Marshall jamais defendeu que a Constituição deveria sofrer mudanças constantes de conteúdo por meio da interpretação e que foram usadas elipses para unir duas declarações absolutamente separadas do autor, com o fim de transfigurar o seu fidedigno pensamento sobre o tema: o de que os princípios da Constituição são fundamentos permanentes e inabaláveis, a despeito do tempo (BERNS, 1993, p. 124).

Acerca do assunto, Scalia (2007, p. 3) defende que Marshall disse, em verdade, o oposto do que sustentavam os não-originalistas – expressão que conglomerava os teóricos que aceitam a interpretação evolutiva do direito –, ou seja, que aos tribunais não deveriam ser conferidos poderes para adaptar a Constituição às necessidades que pudessem surgir no futuro, por ausência de “vontade original” nesse sentido.

Segundo esse autor, a função de ajustar a Constituição às circunstâncias cambiantes seria apenas do Poder Legislativo, enquanto que ao Poder Judiciário restaria a função de aplicá-la tal como sua tradição escrita.

¹¹² Sobre o conceito de realismo jurídico, explica Dimoulis: Do ponto de vista filosófico, o realismo nega-se a oferecer uma definição do direito com base na justificativa ou não de determinada decisão (relacionando a decisão concreta com a fonte social do direito) e quer descrever as decisões jurídicas de maneira empírica (o direito como fato). Considera decisivo para a definição do direito o processo de aplicação de normas, o denominado direito em ação (*law in action*) ou direito presente (*actual law*), em contraposição às normas abstratas que não passam de um direito no papel (*law in the books*). Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2ª ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018, p. 86.

¹¹³ No original: “*the Constitution is what the judges say it is*”.

¹¹⁴ No original: “*We must never forget that it is a Constitution we are expounding...intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs*”.

Com efeito, afirma que, em *Marbury v. Madison*, de 1803, a Suprema Corte estadunidense reconheceu a Constituição como a Lei Fundamental do sistema, com força superior para controlar a validade das demais leis, mas lhe atribuiu sentido fixo determinável por meio de técnicas hermenêuticas usualmente adotadas no direito. Ademais, um convite para a aplicação dos valores atuais da sociedade não seria dirigido ao Judiciário, mas sim ao Legislativo, que é um expositor mais apropriado da expressão popular (SCALIA, 2007, p. 3).

Ressalta-se que, mesmo quando o Legislativo promove reformas mediante emendas constitucionais, Scalia (2007, p. 3) assinala que estas devem ser interpretadas exatamente de acordo com o propósito específico da sua promulgação e seguir os compromissos originários da Constituição, o que esvazia a chance de interpretação expansiva. Assim, diante de qualquer proposição legislativa, valerá ao intérprete suscitar a pergunta: qual a vontade originária por detrás dessa reforma?

Scalia adotou esse mesmo entendimento ao decidir o Caso *United States v. Jones*, de 2012. Na oportunidade, enquanto *justice* da Suprema Corte dos EUA, o autor reconheceu como ilícita a prova policial obtida, sem prévia autorização judicial, mediante a instalação de serviço de GPS que rastreou o carro do investigado pelo período de, aproximadamente, um mês (OYEZ, 2012).

Considerou Scalia que, se a vontade original da Quarta Emenda¹¹⁵ era evitar que a propriedade dos cidadãos fosse constrangida pelo governo sem ordem judicial, o ato de instalar o rastreador no carro de Jones significara justamente uma invasão ao seu direito de propriedade.

Vale ressaltar que, apesar de Scalia ter saído vitorioso no citado julgamento, sua tese foi abertamente criticada por outros membros da Corte. Inclusive, *justices* como Sonia Sotomayor e Samuel Alito, que também decidiram pela ilicitude da prova, negaram aderir às razões do voto de Scalia, optando por fundamento menos estático: o de que o ato de governo excedeu a razoável expectativa aceita pela sociedade, à medida que permaneceu, por bastante tempo, monitorando o dia a dia do investigado sem dar conhecimento à autoridade judiciária, restando violado, assim, o direito à privacidade do mesmo investigado (OYEZ, 2012).

Por fim, ressalta-se que o originalismo sustenta que a interpretação evolutiva dos valores fundamentais da Constituição implica o necessário uso de motivações advindas da filosofia política e moral. Todavia, como não há um critério objetivo de moralidade a ser adotado por

¹¹⁵ Eis o teor da emenda, ratificada em 01/03/1792, em tradução livre: “O direito do povo de estar seguro na sua privacidade, nas suas casas, papéis e efeitos, contra buscas e apreensões irracionais, não será violado, e nenhum mandado será emitido, exceto sob uma causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e que particularmente descreva o lugar a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

todos os juízes e tribunais em comum acordo, a interpretação evolutiva reflete um risco incalculável de dano à Constituição, a depender da boa ou má vontade do intérprete. A título de exemplo, até os pensamentos de filosofia moral mais difundidos no ocidente – derivados de autores como Platão, Locke, Mill e Rawls – guiam-se por diferentes critérios morais e não apresentam solução consensual sobre qual deve ser o melhor caminho. Desse modo, ao cumprir a vontade original da Constituição, o operador do direito estaria optando pelo “mal menor” (SCALIA, 2007, p. 4).

Nesta senda, o originalismo consiste numa antítese do conceito de Constituição Viva, pois simplesmente rejeita os dilemas que giram em torno da necessidade de dar interpretação evolutiva à Constituição. Para aquele pensamento, o sentido bastante da Constituição “no presente” é exatamente aquele que ela recebeu “no passado”, quando entrou em vigor. Nesse cenário, os meios informais de adaptação ou mudança constitucional são desnecessários, embora se admitam reformas formais, nos termos preestabelecidos pelo texto constitucional (STRAUSS, 2010, p. 3). No entanto, a defesa do originalismo permite que o direito e os fatos constitucionais deixem de se identificar com o passar do tempo. Isto porque, se a Constituição foi escrita conforme a moral da geração social fundadora, é plenamente possível que o que era moralmente aceito antes possa vir a sofrer forte rejeição depois – como no caso da Constituição dos Estados Unidos, de 1787, que antes assentia a venda de pessoas como bens móveis, algo que é atualmente reprovável) – bem como o que é aceito hoje – como a ingestão de animais – pode deixar de sê-lo amanhã (ALBERT, 2018, p. 50).

Strauss aproveita para frisar que, caso a sociedade americana recusasse a Constituição Viva, uma série de suas conquistas – rejeitadas pelo originalismo – restariam comprometidas, como o fim da segregação social, a proibição da discriminação contra a mulher e o reconhecimento da constitucionalidade de uma série de leis federais que tratam sobre direito trabalhista, ambiental e do consumidor (STRAUSS, 2010, p. 12-17).

À luz dessa teoria, a difícil tarefa de “retorno ao passado” estaria sendo realizada por profissionais sem qualificações aparentes para isso: os juízes. Tudo isto tendo em vista que não há razão para pensar que juristas sejam bons em entender a cultura política de décadas ou séculos passados (STRAUSS, p. 2010 p. 20).

A propósito, sequer os originalistas estão totalmente de acordo sobre o modo como esse “resgate da Constituição” acontece. Prova disso é que existem ao menos duas subcategorias do originalismo que divergem sobre a fórmula hermenêutica a ser adotada: a textualista e a intencionalista.

A intencionalista, à qual se filia Bork, busca interpretar o texto da Constituição a partir do resgate da vontade de quem detinha a função de exercê-lo. Nessa linha, a ênfase deixa de incidir sobre a linguagem do texto e passa a acontecer sobre a vontade ou intenção do legislador originário. Já a textualista, que tem Scalia como um dos seus expoentes, atém-se ao significado das palavras e ao contexto em que foram empregadas, cabendo ao intérprete aprofundar-se na atmosfera intelectual e política da época para buscar compreender o sentido da Constituição aos cidadãos médios, no momento em que foi escrita (FERREIRA NETO, 2005, p. 48).

A diferença entre as duas subcategorias já prenuncia a dificuldade de se medir com segurança qual o conteúdo original da Constituição, uma vez que as variáveis de “tempo e lugar históricos” também acarretam substancial imprecisão semântica.

Além disso, há, no mínimo, três problemas que agravam essa tarefa originalista. O primeiro é que, não raras vezes, há insuficiência de materiais históricos sobre o momento imediatamente anterior à edição do texto (original ou proveniente de emenda à Constituição), como documentos pré-legislativos ou trabalhos preparatórios (*ex vi* anais de Assembleia Nacional Constituinte), o que dificulta o amplo conhecimento sobre as propostas, emendas e debates que levaram à aprovação da Constituição.

Esse problema é menos sentido na experiência da “jovem” Constituição do Brasil de 1988 – há inúmeros registros históricos sobre sua elaboração, ainda que a Assembleia Nacional Constituinte que lhe deu origem tenha sido convocada em período imediatamente subsequente ao término de um regime de censura e exceção militar – do que na da Constituição dos Estados Unidos de 1787, vigente há mais de dois séculos e que conta com poucos ou inconclusivos¹¹⁶ registros sobre seu período constituinte, o que pode implicar manifesto déficit de funcionalidade do originalismo (RODRIGUEZ-TOUBES MUNIZ, 2013, p. 623-625).

O segundo é que o originalismo não é consistente para guiar a Justiça Constitucional em relação a novos temas jurídicos, ou seja, que não se assemelham aos tratados durante marco temporal original. Casos atuais de relevante divergência constitucional (como, por exemplo, a descriminalização das drogas, a proibição de contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais e o direito a benefício de assistência social a imigrantes refugiados) chegam aos Tribunais sem um referencial histórico do momento da edição do texto escrito da Constituição, o que deixa o Tribunal à mercê de sua própria discricionariedade (SLOBOGIN, 2012, p. 19).

¹¹⁶ Cite-se o caso narrado por Tavares de que os documentos ratificadores da Constituição estadunidense foram adulterados pelo federalista Thomas Lloyd, que deletou dos seus registros todos os discursos antifederalistas que tomaram lugar em Maryland e Pennsylvania. Nessa hipótese, a falta de materiais históricos relevantes tornaria desacreditada ou inconclusiva a tarefa dos juízes originalistas de resgatar a história. Cf. TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 77-78.

O terceiro problema indicado refere-se à natureza estática da interpretação originalista¹¹⁷. Como não admite mudanças informais, a modificação do conteúdo da Constituição é absolutamente dependente da atividade do legislador-constituente derivado. Entretanto, eventual não conformidade da atividade legislativa às mudanças dos valores fundamentais da sociedade “petrificaria uma Constituição imperfeita”¹¹⁸ (FLEMING, 2016, p. Kindle 892 de 6102), podendo causar déficit na qualidade do sistema jurídico-político do país ou até o seu colapso.

Portanto, o originalismo apresenta-se como teoria que preserva uma espécie de “fidelidade constitucional”, apesar do transcurso e das tentações do tempo. Apresenta, assim, método de interpretação do direito que considera a vontade original da Constituição como referencial objetivo à estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais. No entanto, a adoção de tal teoria poderia implicar a perda de identidade entre Constituição e sociedade, porquanto o direito tornar-se-ia incapaz de pacificar os conflitos a ele apresentados, em face da inadaptabilidade de sua letra fria aos anseios hodiernos.

3.3.2 A objeção do procedimentalismo de Jeremy Waldron: crítica à escolha da Justiça Constitucional para suprir as insuficiências textuais da Constituição

O pensamento constitucional do neozelandês Waldron surge a partir da adoção do paradigma da dignidade da legislação, por meio do qual defende o autor uma relação de coerência e harmonia entre Constituição e democracia majoritária (WALDRON, 2009, p. 279). Sob esse prisma, entende ser possível a transformação dos compromissos constitucionais, ainda que em oposição ao texto originalmente estabelecido. Ressalta, contudo, que a realização desse processo deve envolver apenas o parlamento e deve se dar através de um processo legislativo majoritário, dispensando-se a participação da Justiça Constitucional.

O autor sustenta que os compromissos assumidos pelas Constituições contemporâneas se revelam, especialmente, numa série de direitos fundamentais, mas que sua identificação e sua interpretação acompanham, necessariamente, as circunstâncias políticas. Isto é, somente no foro político é possível chegar a um acordo coercitivo sobre o caráter desses direitos, diante das eventuais opiniões e interesses divergentes que lhes permeiam (WALDRON, 1999, p. 101-2).

¹¹⁷ SLOBOGIN, Christopher. **An original take on originalism**. Harvard Law Review Forum, vol. 125:14, 2012, p. 19.

¹¹⁸ No original: “*petrificaría una Constitución imperfecta*”.

Assinala, ainda, que juristas adeptos do formalismo rígido erram ao pensar que a função primordial da Constituição é restringir a política e o governo, porque, estabelecendo o texto constitucional como um limite à expressão da comunidade política, tendem a prejudicar o avanço da democracia. Portanto, mais importante do que sobrevalorizar essa função, de caráter negativo, é reconhecer que a mesma Constituição possui uma função positiva de maior importância: a de servir de base para as deliberações políticas (WALDRON, 2009, p. 271-272).

À luz desse entendimento, os compromissos iniciais da Constituição apresentam-se como norte de direção à comunidade política, servindo como ponto de partida – e não, necessariamente, ponto de chegada – para que o povo, diretamente ou por meio de seus representantes, tome as decisões relevantes que desejar, o que permite, inclusive, reformular o caminho percorrido no decorrer da vigência constitucional. Assim, Waldron admite que a Lei Maior pode ser “desmembrada” segundo a deliberação política da sociedade.

Com efeito, os pré-compromissos e as regras de procedimento político contidos na Constituição escrita não podem ser considerados como mera limitação ou restrição ao debate. Pelo contrário, devem estabelecer uma matriz de interação que permita a participação efetiva dos membros da comunidade (WALDRON, 1998, p. 290), voltada à deliberação dos temas importantes da vida constitucional (WALDRON, 2009, p. 279).

Waldron (2009) assinala que os desacordos a respeito dos significados dos direitos e demais valores fundamentais devem ser considerados como desacordos razoáveis ou de boa-fé, na medida em que decorrem do estado de livre manifestação política, inerente a qualquer sociedade democrática. Assim, as decisões relevantes sobre tais assuntos devem ser tomadas no plano político, podendo serem revistas com o passar do tempo, desde que haja uma mudança de opinião substancial sobre o tema por parte da sociedade interessada.

Todavia, o autor rejeita a proposta da teoria da Constituição Viva, que dá, em certa medida, protagonismo (curador da Constituição?) aos Tribunais em relação à atividade de redefinição dos compromissos constitucionais. Segundo o procedimentalismo de Waldron, cabe ao parlamento fazê-lo, acolhendo a decisão majoritária como princípio de autoridade.

Com efeito, uma decisão de natureza política respeita a diferença de opinião sobre “justiça” e “bem comum” que permeia a sociedade. O foro político, por sua vez, assegura que uma percepção individual diferida não seja depreciada ou silenciada em razão da importância imaginária do consenso, incorporando um princípio de respeito com relação a cada pessoa no processo decisório (WALDRON, 1999, p. 109).

Waldron vai além ao afirmar que sequer o exercício do controle judicial de constitucionalidade deve ser aplicado para barrar a vigência de inovações oriundas do princípio

majoritário, exercido pela representação legislativa. Para tanto, argumenta que não há razão para supor que direitos são melhor protegidos pela prática judicial do que seriam pela democracia legislativa. Em seguida, sustenta que, para além dos resultados que gera, a revisão judicial é democraticamente ilegítima (WALDRON, 2006, p. 1346).

Para Waldron, mesmo que o conteúdo político transformador desafie compromissos consagrados na Constituição, esta não será propriamente violada à medida que o embate entre ideias disser respeito a questão de desacordo razoável – temas como cotas raciais, casamento entre pessoas do mesmo sexo e aborto, além de outros os quais contem com segmentos da sociedade que sustentem posicionamento divergente, são típicos exemplos dessa forma de desacordo (WALDRON, 1999, p. 248-9).

Em outras palavras, acaso as pessoas discordem sobre o que os direitos prenunciam ou sobre o que eles realmente são, o resultado da decisão política majoritária irá parecer – ao grupo que apoiou essa decisão – estar de acordo com a justiça, entretanto, o resultado irá demonstrar-se injusto para aqueles contrários à opção feita. Ao decidir pela deferência à deliberação política majoritária, o Tribunal terá levado em conta todas as expectativas possíveis expressas pela sociedade. E, como não há caminho neutro sobre o que realmente se busca com a participação da vontade popular (WALDRON, 1999, p. 248-9), optar por qualquer das opções postas à mesa receberá o respeito dos derrotados, contribuindo para a reconciliação da sociedade que, até então, estava dividida.

Waldron, deste modo, defende uma espécie de constitucionalismo político, em que a renovação dos compromissos constitucionais não acontece por decisão do Tribunal, mas sim do foro político. Para o autor, este ambiente pode ser concebido como uma instância empoderada para, legitimamente, reunir os “vitoriosos” e “derrotados” de uma eventual batalha política controvertida. Nesse sentido, a legitimidade para transformar os compromissos constitucionais do povo deve ser conferida a órgão cujo funcionamento permita que os cidadãos se reconciliem uns com os outros, mesmo após os desgastes inerentes aos debates sobre os desacordos políticos (WALDRON, 2006, p. 1395-1396). Assim, só haveria um pré-compromisso constitucional inalterável, qual seja: reconhecer que as instâncias políticas devem levar em consideração os desacordos políticos existentes nas sociedades contemporâneas, deixando aberta a possibilidade de discussão sobre todos os temas que são objeto de desacordo.

Waldron revela não concordar com a prática de Cortes Constitucionais que se isolam em seu ambiente de decisão e tentam julgar casos difíceis sem ouvir o parlamento. Além do mais, os mesmos Tribunais recebem uma equivocada autorização para derrubar o trabalho parlamentar através de um quórum de “maioria simples” ou “maioria absoluta” (como é o caso

do Brasil). Na verdade, por se tratar de um produto político de representação popular, deveriam evitar contestá-lo, a menos que obtivessem um quórum de consenso ou de quase unanimidade no Plenário da Corte, o que poderia ensejar dúvida razoável sobre a credibilidade do produto legislativo (WALDRON, 2006, p. 1391-1395).

Percebe-se que o pensamento de Waldron converge com a ideia de Ackerman no sentido de que o constitucionalismo vivo deve, preferencialmente, decorrer da expressão da soberania popular. No entanto, Waldron se distancia da teoria da Constituição Viva à medida que busca retirar do Tribunal o papel de decidir por último os assuntos constitucionais contemporâneos, os quais revelam, comumente, controvérsias sobre questões políticas relevantes. Dentre essas, convém destacar questões atinentes ao rol de ações sobre planejamento macroeconômico, segurança nacional, procedimentos eleitorais, secessão e independência, formação da identidade político-cultural coletiva, bem como tipos de processos de construção da nação que, historicamente, permaneceram além do domínio do controle judicial.

Pretende-se, com isso, evitar o problema da ausência de representação popular das Cortes. Estas, geralmente, sofrem de um déficit democrático em relação aos outros ramos políticos, na medida em que a Justiça Constitucional está fora do alcance da política eleitoral e da responsabilidade que eles acarretam. Por essa razão, conceder a um Tribunal o poder de verificação de alterações constitucionais seria uma manifestação agravada da juristocracia, ou seja, do exercício de representação de cunho político pelos juízes (ALBERT, 2018, p. 67).

Para evitar que o Tribunal se imiscua na atividade parlamentar de revisão dos compromissos constitucionais, Waldron (2004) propõe uma relação dialógica entre o Tribunal e o Poder Legislativo. Sugere que o diálogo seja feito de forma genuína e com paridade, permitindo um procedimento no qual o legislador possa defender os estatutos jurídicos que, eventualmente, coloque em vigor. Para o autor, o Poder Legislativo também produz sua visão de Constituição, sendo absolutamente inconveniente que esta seja ignorada.

A objeção de Waldron, no entanto, ignora a hipótese de a Justiça Constitucional imprimir jurisprudência criativa, mesmo que diante de ação ou omissão do legislador, para cumprir com seus deveres de função da república ou do bem comum (proteção da democracia material). Nessa hipótese, o trabalho do Tribunal distingue-se daquele que é feito pelo legislador, já que este é regido pela função da democracia (majoritária). Ora, “a legislação é

função daquilo sobre o que se ‘vota’, enquanto que a Justiça Constitucional é função daquilo sobre o que não se vota, a *res publica*¹¹⁹” (ZAGREBELSKY, 2006, p. 168).

Por sua vez, ao desmerecer o judicialismo constitucional, Waldron pressupõe que seus resultados dependem de um parlamento forte e profissional, cujos votos sejam tomados após longos períodos de argumentos trocados entre cidadãos e seus representantes (WALDRON, 1998, p. 292).

No tocante à realidade do Congresso legislativo brasileiro, entretanto, inúmeras decisões políticas relevantes são tomadas sem qualquer interação deliberativa com a sociedade (não há convocação de audiências públicas, referendos, plebiscitos nem de outro instrumento de acesso político equivalente) e sem o amadurecimento das opiniões a respeito do assunto político. Também desperta preocupação o fato de temas importantes sequer serem votados e, em alguns casos, nem debatidos.

Assim, o procedimentalismo defendido por Waldron não se adequa perfeitamente a parlamentos com baixa cultura política ou que sejam omissos em discutir assuntos de interesse da sociedade, como é o caso do Brasil.

Nesta senda, a análise das peculiaridades jurídico-políticas do país é indispensável para se defender um Tribunal mais ou menos evidente. Isto é, quanto mais forte e profissional for o parlamento do Estado, menor será a atuação do Tribunal no tocante às discussões sobre modificar os compromissos constitucionais da respectiva Lei Maior, e vice-versa.

Quanto à crítica a respeito do quórum para que o Tribunal declare a inconstitucionalidade de ato parlamentar ou político, de fato, embora não caiba aqui delongar sobre essa reflexão, em razão de não consistir, propriamente, no objeto de pesquisa da presente dissertação, entende-se haver necessidade de reformulação do método de decisão da Corte Constitucional, de modo que busque o “consenso” e não a mera “contagem de votos”. Ora, não faz sentido que justamente a Justiça Constitucional, uma função da república ou do bem comum, encarregada para agir tanto fortalecendo a democracia política quanto decidindo sobre temas públicos, decida votando, tal como se fosse um parlamento. Assim, entende-se que o Tribunal, deparando-se com a discricionariedade inerente aos julgamentos constitucionais, deve resolvê-la tal como um órgão republicano o faria, perseguindo o consenso da Constituição ou o máximo de consenso possível (Zagrebelksy, 2006, p. 168).

¹¹⁹ No original: “*el camino para un nítida distinción de principio respecto a la legislación, función de la democracia. La legislación es función de aquello sobre lo que ‘se vota’, mientras que la justicia constitucional es función de aquello sobre lo que ‘no se vota’, porque es res publica*”.

Como se verá adiante, mais do que sugerir que a Corte Constitucional figure como um representante político da sociedade, este trabalho admitirá que, nessas circunstâncias, a citada Corte se apresente como órgão de reconhecimento e validação das atividades oriundas da soberania popular e, apenas excepcionalmente, produza jurisprudência criativa, se isso se mostrar inevitável para resguardar o paradigma republicano e a democracia material.

3.4 Como mensurar o grau de consistência da democracia majoritária? Uma reflexão à luz da teoria da função paraconstituente do Tribunal Constitucional, de André Ramos Tavares

Num cenário de imaturidade política do Congresso Nacional, nem todas as legislações aprovadas pelos representantes políticos coincidem com a vontade consciente do povo. Para ser mais exato, segundo o estudo mundial de “Confiança nas profissões 2016”, realizado pela instituição alemã GfK Verein (2016, p. 18), o brasileiro é o povo que menos acredita em seus políticos entre as grandes economias do mundo. Seu índice de confiança é de apenas 6%, colocando o Brasil na última colocação com a Espanha e França¹²⁰. Por esse espectro, é natural concluir que nem sempre quando os corpos legislativos são editados, o governo da maioria está, de fato, sendo atendido.

Ademais, durante quase toda a legislatura, a população nacional sequer está envolvida com a vida política do país, a exceção é o período de campanha e votação eleitoral para presidente da República. Ackerman chega, inclusive, a reconhecer que esse problema também se perfaz no contexto dos Estados Unidos, assinalando que a cidadania é “tão só uma das muitas atividades pelas quais vale a pena viver hoje em dia”¹²¹ (ACKERMAN, 2011, p. 106).

Em face do exposto, faz-se mister que o STF atue como componente central no assentamento político pátrio, no intuito de manter a ordem democrática em pleno funcionamento, fiscalizando a adesão política às novas normas parlamentares. Dito de outro modo, o Tribunal deve figurar como “agente de mensuração” do grau de consistência da representação democrática realizada pela instância política, quando esta busca modificar um

¹²⁰ Dentre os países que mais confiam nos seus políticos, em 2016, estão: Indonésia (51%), Índia (48%), África do Sul (38%), Rússia (33%) e Holanda (31%). No geral, ainda nesses países, o índice de confiança nos políticos é baixo, mas consideravelmente superior à aquele medido no Brasil. Cf. GfK VEREIN. **Confiança nas profissões 2016 – um estudo da GfK Verein**: de bombeiros a políticos [versão em português]. Responsável: Ronald Frank, Nuremberg, 2016. Disponível em: <https://www.gfk.com/fileadmin/user_upload/dyna_content/BR/documents/reports/Trust_in_Professions_2016_Brazil_POR_v1.pdf>. Acesso em 14 ago. 2018, p. 18.

¹²¹ No original: “*tan solo una de las muchas actividades por las que vale la pena vivir hoy en día*”.

compromisso constitucional. À luz dessa perspectiva, à Corte caberá identificar se a expressão da soberania popular corresponde à evolução desejada pela sociedade, podendo, a depender do resultado da investigação, “confirmar”, “realizar ajustes” ou, em último caso, “invalidar” a norma introduzida pelo veículo legislativo.

A propósito, Tavares (2015, p. 560-564) oferece importante alternativa para mensurar a vontade popular, em face da ausência de um parlamento dotado de confiável legitimidade democrática: atribuir ao Tribunal Constitucional a função paraconstituente, de catalisador das aspirações democráticas da população, levando em conta, justamente, as eleições para presidente da República.

O autor considera as eleições presidenciais como “eleições plebiscitárias”, ou seja, como efetivo momento constitucional mediante o qual o povo escolhe a agenda de direitos que espera seguir, demonstrando apoio amplo e decisivo para suas iniciativas.

Nesse sentido, Tavares assinala que os candidatos à presidência da República “apresentam e devem apresentar propostas de governo, e isso deve ser, mais do que uma obrigação, um verdadeiro pressuposto lógico, mais do que moral, constitucional”. Seria um desperdício não expor essas propostas à real sabatina dos eleitores, uma vez que o período eleitoral é a principal ocasião em que a população se dispõe a dizer, expressamente, com quais ideias políticas concorda e quais delas repudia. Nas eleições, a maioria popular elege tanto o presidente quanto suas propostas, legitimando-as preliminarmente; segui-las torna-se um dever do governante para com o povo, cuja ofensa se sujeita à controle pelos demais órgãos de Estado e, de alguma maneira, pela Corte Constitucional. Portanto, Tavares busca enfatizar a importância de se estabelecer consequência jurídica às eleições presidenciais que vá além da escolha do novo presidente, isto é, que prestigie e mesure a participação popular (“participação do soberano, do titular do poder constituinte”) sobre diversos assuntos controvertidos na sociedade (TAVARES, 2015, p. 561)¹²².

Com a tese das eleições presidenciais plebiscitárias, Tavares propõe uma superação da dificuldade encontrada por Kelsen e Jellinek para fazer uso do procedimento político do

¹²² Sob esse aspecto, a edição da EC nº 95/2016 (“emenda dos gastos públicos”) seria potencialmente ilegítima, na medida em que foi proposta pelo então presidente da República interino Michel Temer, eleito como vice da chapa presidencial PT/PMDB, cujo plano de governo para o período 2015-2018 prometia à população atenção prioritária a políticas públicas sociais-desenvolvimentistas, e não a implementação de uma política de Estado mínima e austeridade fiscal, tal como impôs a reforma constitucional. Cf. FOLHA DE SÃO PAULO. **Veja propostas de Dilma Rousseff para o próximo governo** [out. 2014]. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1538675-veja-o-que-propoe-dilma-para-o-proximo-governo.shtml>>. Acesso em: 10 set. 2018.

referendo nos Estados modernos, aumentando o protagonismo do povo no planejamento direto da política do país (TAVARES, 2015, p. 561).

Assim, nos momentos em que o povo se afasta da vida política, seria possível que o Tribunal recordasse as manifestações populares mais recentes e validasse as ações dos poderes políticos de acordo com a verdadeira Constituição Viva.

Na ocasião de os Poderes Públicos funcionarem tomando decisões a contento, que superem divergências razoáveis em atenção aos reclames da sociedade, acredita-se que o Tribunal deve reconhecer as práticas políticas adotadas como válidas, assumindo a possibilidade de as proposições legislativas eventualmente editadas produzirem algum tipo de desmembramento constitucional no tocante à transformação de um ou mais valores fundamentais da Constituição. Parece ser o caso do desmembramento ocorrido com a edição da LC nº 135/2010 (“lei da ficha limpa”), uma vez que “nasceu de um projeto de iniciativa popular no Brasil voltado a implementar maior ética pública nas eleições e combater o estado de corrupção vivido no país” (SILVEIRA; FRAZÃO, 2018, p. Kindle 1382 de 3521). Assim, há consistência democrático-majoritária no tocante ao conteúdo constitucional oferecido pela lei¹²³.

Prosseguindo nesse exame, entende-se que, na hipótese de o Poder Legislativo tomar decisões desconsiderando o debate político, caberá como excepcional saída “uma volta para o povo”, que, na proposta de Tavares, “deve ser realizada de maneira técnica, por meio da atuação do Tribunal Constitucional no contexto dos partidos políticos e de suas propostas de governo” (TAVARES, p. 562-563).

Nesse último cenário, qualquer atuação da Justiça Constitucional, voltada a corrigir ou reelaborar o curso político do país, imporá maior responsabilidade ao Tribunal, uma vez que a jurisprudência criativa agirá em confronto com o cânone legislativo, exigindo que o Tribunal examine a questão também por meio de outros mecanismos técnico-jurídicos, assim como pela lógica do sistema de precedentes e o aprofundamento racional-argumentativo.

Em outras palavras, em prol da resiliência constitucional, recomenda-se que o Tribunal produza o seu precedente judicial tendo como norte as últimas eleições plebiscitárias, mas evite adotar tão somente esta variável, sob pena de fabricar uma jurisprudência criativa sem bases

¹²³ Sob o ponto de vista republicano ou da democracia material, ainda resta dúvida quanto ao fato de a imposição de inelegibilidade contra candidato, antes da apreciação dos recursos judiciais pendentes contra a condenação, ofender o art. 25 do Pacto de Direitos Civis da ONU. Com efeito, a questão está, atualmente, sob exame do Comitê de Direitos Humanos da ONU – CDH, órgão judicante não-jurisdicional ao qual o Brasil se submete, em razão de pedido feito pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que, pelo direito interno brasileiro, se encontra impedido de disputar a eleição para presidente da República em 2018, após ter sofrido condenação criminal confirmada em segunda instância, mas ainda luta para que a inelegibilidade seja revista.

seguras para fazê-lo. A Corte incorreria no risco de faltar com justeza funcional, assumindo, equivocadamente, a função de representação política do povo, apesar de o poder da Justiça não advir do critério da votação majoritária.

Como sustenta Tavares (2015, p. 564), o Tribunal deve servir como mediador e controlador, mas não como elaborador direto das propostas constitucionais, cabendo essa tarefa aos atores políticos relevantes. Nesse sentido, a Corte pratica uma “função constituinte-instrumental e não apenas constituinte”, que zela pela “regularidade formal e material das propostas, não por sua adequabilidade ou utilidade social”.

Pela lógica acima exposta, se quem decide os rumos a serem adotados é o povo, através do voto direto, somente após experimentos concretos (leis, atos normativos, políticas públicas etc.), produzidos por aqueles que receberam os votos (presidente da República, o parlamentar etc.), é que se poderá medir se a “eleição plebiscitária” foi confirmada, implicando ou não desmembramento constitucional.

Desse modo, um precedente judicial que, por si só, busque materializar o plano de governo presidencial aprovado pelo voto popular é inapto para, legitimamente, provocar um desmembramento constitucional, na medida em que não terá como confirmar a ocorrência do momento constitucional, servindo-se tão somente das “promessas abstratas” apresentadas pelo candidato eleito.

A exceção para que a jurisprudência criativa desenvolva-se com maior solidez ocorre quando o precedente judicial se justifica em valor republicano ou valor da democracia material já consagrado na ordem do Direito Humano Internacional (tratados e convenções internacionais, precedentes internacionais e a jurisprudência estrangeira dos países democráticos o reconhecem) e o Tribunal decide reconhecê-lo como parte da ordem interna, como medida de coerência sistêmica e em razão do caráter aberto e dialógico da cláusula democrática. A ideia coincide com o conceito de constitucionalismo global, de Canotilho, por meio do qual *standards* internacionais da democracia material consistem em “parâmetro de validade das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional” (CANOTILHO, 2008. p. 1370-1371).

Cite-se, como exemplo, a questão da união civil entre pessoas do mesmo sexo, a qual foi reconhecida e validada pelo STF (vide ADI n. 4277-DF e ADPF 132-RJ, julgadas em 05/05/2011), apesar de a literalidade da Constituição do Brasil autorizar a união civil apenas entre homens e mulheres (art. 226, §3º, da CRFB/88), além de ausente qualquer cânone legislativo ou consulta direta aos cidadãos (plebiscito ou referendo) que levasse a Corte a considerar que unir pessoas do mesmo sexo consistiria em desejo majoritário da população. Em

verdade, a atitude do Tribunal buscou ajustar a realidade do país a uma conquista irreversível em favor da diversidade sexual no mundo, defendida tanto por Estados nacionais quanto por órgãos internacionais de direitos humanos.

Diante do exposto, entende-se que a teoria da função paraconstituente do Tribunal Constitucional é útil para adaptar a Constituição Viva à realidade brasileira. Em especial, a teoria de André Ramos Tavares fornece metodologia segura para que o STF mensure as adaptações da Lei Maior brasileira oriundas da soberania popular, bem como decida agir mais profundamente, produzindo jurisprudência criativa.

3.5 Entre admitir o desmembramento da Constituição de 1988 e preservar suas cláusulas pétreas: o papel moderador do STF

A modificação dos valores fundamentais por meio de decisão da democracia majoritária pressupõe, em regra, a liberdade da soberania popular para fazer suas próprias escolhas sobre o sentido de Constituição. Mas até que ponto essa expressão de vontade é suficiente para tanto?

A discussão sobre a preservação das cláusulas pétreas no contexto pátrio ampara-se na premissa de que há mudanças constitucionais as quais, por violarem os fundamentos estruturais e ideológicos do Estado brasileiro, deveriam ser evitadas pelos poderes constituídos.

Decerto as cláusulas pétreas da Constituição de 1988 (art. 60, §4º) ingressaram no ordenamento à época da Assembleia Nacional Constituinte por decisão da maioria dos representantes do povo, mas, com o passar do tempo, tais cláusulas tenderam a se assentar como reserva de democracia material, satisfazendo, inclusive, uma perspectiva contramajoritária, dentre outras missões, dirigida ao reconhecimento da igualdade substancial entre os cidadãos. No entanto, ainda que as cláusulas pétreas persigam virtudes constitucionais, precisa-se indagar até que ponto a Constituição serve para promover a virtude de seus cidadãos ou se não seria melhor que os deixasse “livres para escolher, por conta própria, a melhor forma de viver” (SANDEL, 2015, p. 17).

Entende-se aqui que as soluções que se apresentam não são absolutas, nem a que segue a democracia majoritária, nem a que adota a democracia material. Pelo contrário, há que se buscar o “bom senso”, visando a atender, ao máximo, aos anseios democráticos das mais diversas naturezas. Trata-se de uma indicação para que a sociedade continue acreditando na sua Constituição, como pronta para pacificar conflitos. Não se trata de uma missão simples, mas, inegavelmente, seu êxito depende do quanto o STF pode moderar esse quadro jurídico-político.

Um pressuposto importante para que o Tribunal aja nesse sentido é o de relativizar o conceito de cláusula pétrea como cláusula imodificável. Com efeito, a própria redação do §4º do art. 60 da CRFB/88 aduz que os poderes constituídos estão proibidos de abolir as cláusulas pétreas, mas não de alterá-las (DIMOULIS, 2013, p. 42).

Ou seja, restando preservado seu mínimo de tutela normativa, a modificação dos compromissos constitucionais nelas contidos passa a ser uma alternativa viável. Com efeito, como assinalou o ministro Roberto Barroso, no voto vencedor referente à medida cautelar no MS nº 34.448-DF, de 10/10/2016, as cláusulas pétreas significam “severa restrição ao poder das maiorias de governarem” e, portanto, “devem ser interpretadas de maneira estrita e parcimoniosa”.

Como definir, todavia, a tutela mínima de uma cláusula pétrea? Bem, qualquer solução prudente ao problema perpassa pela adoção da seguinte salvaguarda: que o STF investigue decisões de Cortes Constitucionais de outros Estados democráticos ou de Tribunais Internacionais de Direitos Humanos sobre democracia material. Trata-se de uma lógica de “propensão ultranacional, ou até universal, das funções nacionais da Justiça Constitucional”¹²⁴ (ZAGREBELSKY, 2006, p. 159).

Tal modelo de investigação, longe de ser submisso ou meramente retórico, deve ter viés dialógico ou de interlocução (TAVARES, 2009, p. 32), capaz de render à Corte nacional aprendizado suficiente a respeito do bem comum que é inerente a cada cláusula pétrea (v.g. “dignidade humana”, “direito ao voto”, “federalismo”).

Em especial, a comparação das experiências jurisprudenciais é melhor utilizada no plano da concretização dos direitos fundamentais, quando estes estão contidos não só no plano interno como também em convenções, declarações e documentos de matriz internacional, os quais se destinam a tutelar a pessoa humana (ZAGREBELSKY, 2006, p. 160) ou outro sujeito de direito aceito pelas democracias, tal como o meio ambiente.

A noção de bem comum a ser preservada deve persistir apesar da vontade da maioria, assim como uma solução de consenso – ou quase consenso – entre Estados democráticos. É como se houvesse uma “justiça constitucional cosmopolita”¹²⁵ (ZAGREBELSKY, 2006, p. 161) ou se os juízes constitucionais estivessem, implicitamente, vinculados a um modelo de constitucionalismo global (CANOTILHO, 2008. p. 1370-1371).

¹²⁴ No original: “*propensión ultranacional, si no es que universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional*”.

¹²⁵ No original: “*justicia constitucional cosmopolita*”.

Vale dizer que as jurisprudências internacionais que devem auxiliar o STF nesse mister precisam ser a de cortes a cuja jurisdição do Brasil se submete. Já quanto às jurisprudências estrangeiras, sugere-se que advenham de Estados que guardem certa relação de semelhança com o contexto nacional, especialmente quanto ao modelo constitucional adotado e à cultura (TAVARES, 2009, p. 49-52). Quanto menos intensas forem essas semelhanças, maior será o cuidado em utilizar a jurisprudência estrangeira. Assim, o diálogo entre cortes consiste no meio mais ajustado para o exame da tutela mínima de uma cláusula pétrea, cabendo ao STF ponderar o conteúdo das jurisprudências investigadas com o dever de proteção dos direitos humanos-fundamentais.

Além do Brasil e da Alemanha, são poucos os países que adotam cláusulas pétreas como instituto jurídico¹²⁶ e, por esse motivo, a doutrina constitucional oriunda de países que não as adotam prefere atribuir pouca atenção ou relevância ao assunto.

Em verdade, para países que advieram de longos e profundos regimes de exceção democrática, as cláusulas pétreas servem como reserva de valor incorruptível, que deve ser preservada a despeito do sentimento popular, cabendo ao Tribunal adotar técnicas de interpretação do direito para protegê-las.

Não se pode negar, no entanto, que a proteção estática das cláusulas pétreas pode fazer com que a própria sociedade, por meio de uma mobilização duradoura e permanente, clame por uma nova Constituição, sob o argumento de que a que está em vigor não atende aos interesses da soberania popular. Então, o equilíbrio entre os fatores da “democracia majoritária” e “democracia material” consiste em referencial suficiente para que a ordem constitucional preserve o passado sem esquecer do futuro.

Em outras palavras, apesar da preocupação em não se fragilizar a Constituição, convém ressaltar que bloquear que o progresso da norma constitucional aconteça por meio da interpretação evolutiva de seus textos “implica desconhecer, de um lado, a falibilidade da obra humana, sobretudo diante da evolução da sociedade a que está dirigido o texto constitucional, e, de outro, propiciar a sua própria violação” (GAMA, 2010, p. 82).

Ademais, as cláusulas pétreas, assim como qualquer outra cláusula constitucional, detêm aspectos informais que se prestam a esclarecer a relação da norma jurídica com o contexto em que será empregada. Isso porque, apesar da importância do pressuposto da rigidez

¹²⁶ A despeito de a Constituição da Itália, de 1948, não ter previsto a figura das cláusulas pétreas, a Corte Constitucional do país introduziu, por meio da sua jurisprudência, o entendimento de que tais valores são inalteráveis, estabelecendo uma espécie de “super rigidez” sobre o núcleo político da Lei Maior italiana. Cf. VENTURA, Luigi. Relazione introduttiva. In: **Rivista del Gruppo di Pisa**, 2/2018.

constitucional, o parâmetro da Lei Maior não se encerra no composto de materiais normativos, pois também lhe integram materiais factuais extraídos justamente dos contextos em que estão inseridos (RUGGERI, 2018b, p. 6). Esses materiais factuais absorvem a perspectiva contextual ou política das relações sociais, inserindo-as no sistema do direito, bem como autorizam que novas complexidades impliquem a releitura dos valores fundamentais da Lei Suprema.

Assim, as cláusulas pétreas também se devem abrir para que novas adaptações democráticas aconteçam, tanto sob o aspecto da soberania popular quanto dos “novos direitos humanos”. É que os anseios da nova geração de cidadãos também devem ter a chance de serem considerados valores fundamentais da Constituição em vigor (RUGGERI, 2018b, p. 6), tal como se promovesse um balanceamento entre gerações.

Em vista do seu papel de moderação, o STF deve assumir suas juridicidades e politicidades para conciliar as velhas cláusulas pétreas com as novas que advirão com o progresso da sociedade. Trata-se de um desafio de interconexão ou integração sistêmica, visando a estabelecer uma concordância prática que evite, ao máximo, o sacrifício de qualquer valor fundamental, por mais antigo ou novo que possa ser (RUGGERI, 2018b, p. 10).

Para tanto, cada cláusula pétrea, individualmente, pode sofrer redução no que tange ao seu âmbito de incidência, a fim de que a ordem jurídica absorva novas adaptações democráticas, desde que tal evento não esvazie o núcleo de tutela mínima de qualquer bem jurídico fundamental em jogo¹²⁷;

Assim, caberá ao Tribunal moderar as adaptações democráticas, aproveitando ao máximo o potencial de cada uma delas, no intuito de que estas possam se introjetar como materiais próprios da Constituição.

¹²⁷ Embora autores como Ruggeri entendam que a ordem jurídica possa sofrer inovação apenas com o propósito de expansão, não cabendo falar-se em “*innovazioni in peius*” (inovações *in peius* ou inovações para pior), é, hermeneuticamente, impossível realizar adaptações na ordem jurídica vigente sem reduzir a aplicabilidade de algum valor fundamental, tal como já se explicou no item 2.5 desta dissertação. Cf. RUGGERI, A. Tre questioni in tema di revisione costituzionale. In: **Rivista del Gruppo di Pisa**, 2/2018b, p. 8.

4. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como propósito responder se é possível admitir que o STF assuma – ou já tenha assumido – o papel de moderador das manifestações democráticas no Brasil, produzindo precedentes com o propósito de reconhecer e validar revisões dos compromissos constitucionais, de acordo com os anseios provenientes do contexto político-social vigente.

Nesta senda, a dissertação buscou, inicialmente, reconstruir o percurso histórico da Justiça Constitucional nos países democráticos, descrevendo, especialmente, os cenários estadunidense, europeu e brasileiro. Com isso, restou demonstrado que a Justiça Constitucional, a partir das suas diversas origens, consiste em instituição multiforme, peculiar aos fatos históricos, políticos e jurídicos de cada país, mas imbuída do dever de exercer o controle da Constituição em face do Poder Político, a partir de método e de fundamentação jurídicos.

Destacou haver, ao menos, três pressupostos conceituais comuns ou genéricos de Justiça Constitucional que tangenciam o funcionamento orgânico dos Tribunais de países democráticos, quais sejam: sua composição por juízes profissionais e independentes; sua acessibilidade, preferencialmente e no mínimo, por cidadãos e minorias institucionais; seu propósito de exercer funções proeminentemente jurídicas em favor da Constituição (embora o resultado das suas atividades também adquira inafastável caráter político). No entanto, percebeu-se que o fechamento conceitual da Justiça Constitucional depende das particularidades da democracia de cada país, as quais são necessariamente caracterizadas por processos políticos de profundo significado histórico, cultural e ideológico, elementos que, portanto, têm relevante impacto no âmbito do direito.

A propósito, cada Corte Constitucional – inclusive o STF brasileiro – deve estar municiada de instrumentos que lhe permitam entender a dimensão política da sociedade (elementos de politicidade), isto é, deve estar preparada para conhecer os elementos políticos que caracterizam o espaço público e a vida social para que possa melhor resolver as questões controvertidas a partir do direito. Em especial, os elementos de politicidade são indispensáveis para que a Corte capte a diversidade do conceito da democracia material, a qual representa os direitos humanos e fundamentais conquistados pela sociedade tutelada, que poderão ser renunciados por fatos históricos ocorridos no âmbito nacional-interno ou no âmbito externo (internacional ou estrangeiro).

Não existe um momento definido para que os eventos da democracia material se aperfeiçoem ao ponto de afetarem o desenvolvimento das Constituições nacionais, mas,

tomando como exemplo a história do século XX, viu-se que tal fenômeno se confirmou, expressivamente, em pelo menos duas ocasiões:

a) com o pós-segunda guerra mundial: quando houve o impulso pela constitucionalização do pluralismo político e, por conseguinte, o advento do papel da Corte Constitucional na proteção dos direitos das minorias;

b) com o fim da guerra fria: quando sobreveio a constitucionalização do processo político-democrático, o fortalecimento do sistema eleitoral nos Estados Constitucionais e a notabilização da Corte como moderadora do processo político.

Diante dessas ocorrências, observa-se que, de fato, a afirmação de que Corte Constitucional é, meramente, órgão contramajoritário não explica, suficientemente, a importância dessa instituição. Com efeito, mais do que, simplesmente, contrariar a maioria do parlamento com suas decisões, opera com o fim de estabilizar a Lei Maior contra os excessos das liberdades públicas, que venham, por exemplo, a ser usadas contra o pluralismo político e contra a política democrática do país, ainda que tais preocupações não tenham representatividade adequada no Congresso.

As divergências de opinião sobre assuntos culturais, morais e políticos, independentemente de quantas pessoas defendem cada lado, representam maneiras de leitura da Constituição e devem ser levados ao debate argumentativo da Justiça Constitucional, o qual consiste em *locus* adequado para a proteção das conquistas da democracia material.

Portanto, a Corte Constitucional possui natureza bifronte, ou seja, deve resolver as questões constitucionais por meio de método e fundamentos jurídicos, mas deve abrir-se aos fatos da política para que possa compreender a dimensão social das controvérsias examinadas, proferindo, assim, decisões que sejam adaptadas a pacificar, formal e materialmente, os conflitos.

Sob esse ângulo, é possível pensar num novo conceito de juízes constitucionais: agentes jurisdicionais que exercem atuação dinâmica de proteção da Constituição, aptos a celebrarem relação dialógica e de empatia com a sociedade a que servem e dotados do atributo “humano” que lhes permita captar o que realmente significa a democracia material, e como esta pode estabelecer relação de equilíbrio com a democracia majoritária.

A confluência entre político e jurídico no tocante ao papel da Corte Constitucional levou o presente trabalho ao estudo da teoria da Constituição Viva, a fim de entender como as Constituições escritas podem ter seus valores fundamentais sujeitos a transições quase-formais – se a interpretação do Tribunal (atividade informal, inerente à Justiça Constitucional) confirma um avanço proposto pela democracia majoritária, mediante um corpo legislativo (atividade

formal, inerente ao Poder Político) – ou informais – se o próprio Tribunal busca representar a sociedade, ante falha ou omissão do legislador, editando uma jurisprudência criativa, ou seja, que não se ampara em nenhum conteúdo legislativo vigente.

O método e a descrição da modificação dos compromissos constitucionais com base na representação da sociedade foram tratados aqui pelo fenômeno denominado “desmembramento constitucional”. Este admite o surgimento de uma “quase-nova-Constituição” e dá ao direito escrito um novo entendimento informal tão intenso que, ao passo que ressignifica a Lei Maior aos anseios da sociedade atual, torna o entendimento anterior “obsoleto” (ALBERT, 2018, p. 49-50).

O Tribunal possui relevante papel no tocante à transformação das bases de uma Constituição. Em especial, cabe-lhe o controle das emendas constitucionais – e quiçá outros veículos de introdutores de norma – que, produzidas pelo parlamento, entrem em vigor com o propósito de ressignificar um ou mais fundamentos da Constituição existente.

Por sua vez, quanto à possibilidade de o Tribunal praticar jurisprudência criativa, visando a modificar compromissos constitucionais, entende-se que tal solução deve ser evitada. Ora, não há elemento político que justifique a condição da Corte como representante do sentimento majoritário. Entretanto, é plausível que a produção dessa jurisprudência aconteça, a despeito de não se amparar em nenhum corpo legislativo específico, desde que sirva para a proteção do paradigma do bem comum (republicano) ou da democracia material. Quer-se dizer, a edição da jurisprudência criativa é oportuna para quando o assunto debatido e o sentido da eventual decisão judicial já estão fortemente consagrados no âmbito do Direito Internacional Humano.

Em qualquer dos papéis citados, caberá ao Tribunal dar a última palavra no tocante à validação das alterações “espirituais” formuladas, ao invés de pressupor rejeição, reconhecendo-as sempre que as transformações propostas forem fruto do julgamento ponderado do povo e que as adaptações democráticas não privem da tutela mínima compromissos constitucionais já consagrados.

Em contraste com os momentos ordinários, que ilustram os períodos em que a cidadania não está tão envolvida com assuntos políticos, os momentos constitucionais ocorrem, principalmente, nas votações de emendas constitucionais ou de “leis-marco” pelo parlamento, nas manifestações por plebiscitos e referendos, bem como na eleição para presidente da República. Cabe ao Tribunal Constitucional aproveitar-se desses momentos constitucionais para reconhecer, se, de fato, a sociedade decidiu por mudanças substanciais na ordem constitucional, que a transformem em uma nova ordem jurídica.

À luz teoria da função paraconstituente do Tribunal Constitucional, o resultado da eleição presidencial poderá servir para mensurar o grau de consistência da democracia majoritária. Assim, a Corte poderá acompanhar se a população majoritária aprovou, nessas eleições, plano de governo mais progressista em relação aos costumes e mais protecionista em relação à economia, por exemplo. Em seguida, por meio das votações parlamentares, o órgão jurisdicional poderá observar se esse plano de governo restou confirmado pela legislatura e se, por meio de outras eleições, plebiscitos ou referendos, a decisão majoritária é estável e permanente ou, meramente, esporádica. Caso, realmente, seja duradoura, tenderá a jurisdição constitucional a reconhecer e validar as mudanças dos compromissos constitucionais, contribuindo para a criação de uma “Constituição informal”, preservando, formalmente, a Constituição escrita em vigor.

Decerto que uma importante questão suscitada neste trabalho é saber se as transformações constitucionais decididas pela soberania popular devem respeitar as conquistas da democracia material para que sejam legítimas.

Isso porque, em países cujo contexto histórico impôs a obediência de cláusulas pétreas (como o caso do Brasil), a modificação de valores fundamentais não pode revogar o conteúdo de democracia material já recepcionado pela mesma sociedade, embora se admita que este sofra limitação.

Toda cláusula pétrea em vigor no Brasil precisa preservar-se, ao menos por um nível de tutela mínima. A despeito de não cabe ao presente trabalho esgotar a questão sobre como se medir tal nível de tutela, sugeriu-se como salvaguarda indispensável à tomada de uma solução prudente que o STF investigue decisões de Cortes Constitucionais de outros Estados ou de Tribunais Internacionais de Direitos Humanos sobre democracia material. Propõe-se com isso que a Corte pátria tome esse julgamento comunicando-se com outras instituições de Justiça Constitucional ou equivalentes, guiando-se, especialmente, pelos consensos democráticos já estabelecidos.

Essa convergência entre democracia majoritária e democracia material busca que as transições informais não ameacem conquistas políticas obtidas pela sociedade nem autorizem o retrocesso em matéria dos direitos humanos.

Resta destacar que, em regra, a modificação dos compromissos constitucionais deve decorrer do sentimento majoritário da população. No entanto, poderá, excepcionalmente, lastrear-se na jurisprudência criativa do STF se voltada a um propósito republicano ou de bem comum social. Isso se viabilizará quando, ainda que os representantes políticos rejeitem ou não se manifestem em favor de tal mudança, esta se justifique em valor da democracia material já

consagrado na ordem do direito internacional humano (tratados e convenções internacionais, precedentes internacionais e a jurisprudência estrangeira dos países democráticos o reconhecem). Nessa ocasião, a decisão do Supremo Tribunal Federal de reconhecê-lo como parte da ordem interna consistirá em medida de coerência com o caráter aberto e dialógico da cláusula democrática (material). Outras maneiras de produzir jurisprudência criativa, todavia, não se respaldam em justificativa legítima. O intuito é preservar o *status* democrático do Brasil, além de evitar condenações no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Portanto, no âmbito do Estado Constitucional brasileiro, a teoria da Constituição Viva pode auxiliar os poderes constituídos na tarefa de estender, ao máximo, o tempo de resiliência da atual ordem jurídica, sem deixar que a Constituição perca a relação de pertinência que possui com a sociedade nacional. Para tanto, será preciso admitir que, também no Brasil, a norma constitucional é dotada de viés evolutivo e que aos poderes constitucionais nacionais, sobretudo ao STF, recai a importante missão de transformar a Constituição.

5. REFERÊNCIAS

ABAD I NINET, Antoni; MONSERRAT MOLAS, Josep. Principio de discurso y democracia directa: Faktizität und geltung y la obra de B. Ackerman *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 505-626, nº 32, 2009.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. *In: Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Ano 2, vol. 2, n. 1. Jan-Jun 2016.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

_____. Adeus, Montesquieu. *In: RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, pp. 13-23, jan/abr, 2014.

_____. Entrevista a Bruce Ackerman. ROSENKRANTZ, Carlos. *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 515-520, nº 17-18, 1995.

_____. **La constitución viviente**. Traducción e Introducción de Carlos M.^a Enrígue. Marcial Pons: Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011.

_____. The Holmes Lectures: The Living Constitution. **Faculty Scholarship Series**. Paper 116, 2007.

_____. **Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano**. Trad. Julia Sichiei Moura e Mauro Raposo de Mello. Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2009.

_____. Três caminhos para o constitucionalismo – e a crise da União Europeia. *In: Revista Publicum*, 13-29, v. 1, n. 1, 2015.

AGRA, Walber de Moura Agra. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2005.

_____. Conclusión: la reivindicación de las tradiciones democráticas del cambio constitucional. *In: ALBERT, Richard; PULIDO, Carlos Bernal. Cambio constitucional informal*. Traducción de Rodrigo Camarena González. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2016, Kindle Edition.

_____. Constitutional amendment and dismemberment, *In: Yale Journal of International Law*, v. 43:1, New Haven, 2018.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, p. 131-40, jun./2003.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

BARKER, Robert S. Barker. **La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual**. Asociación peruana de derecho constitucional; Instituto Iberoamericano de derecho constitucional. Lima, 2005. Disponível em: www.garciabelaunde.com/Biblioteca/Barker_LaConstitucionEstadosUnidos.pdf. Acesso em: 26 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. In: **Os constitucionalistas**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso 02 jan, 2018.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, núm. 13, 17-32, Madrid, 2009.

BECHO, Renato Lopes. A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários. In: **Revista Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, 499-530, jul./dez., 2017.

BERNAL, Carlos. Prefácio. Cambio constitucional informal: uma introducción crítica. In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos (org.). **Cambio constitucional informal**. Trad. Rodrigo Camarena González, Universidad Externado de Colombia, 2016, Kindle Edition.

BERNS, Walter. Temos uma constituição viva? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 2/1993, 123-130, jan – mar, 1993.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira, ed. Paz e Terra, São Paulo/Rio de Janeiro, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. In: **Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, 189-220, jan./jun., 2004.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science politique**. T. IV. Paris: LGDJ, 1969.

CAMPANINI, Giulia. **Legislazione delle lingue minoritarie nel dominio italo-romanzo**. 197 p. Tesi di Laurea del Corso di Laurea magistrale (ordinamento ex D.M. 270/2004) in Filologia e Letteratura italiana. Università Ca' Foscari Venezia, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito de acesso à Justiça Constitucional. In: **Estados da Conferência das jurisdições constitucionais dos países de língua portuguesa**. Luanda, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDUCCI, Michele. Crítica de la comparación constitucional “ad hoc”. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 13-22, ano 14, n. 55, janeiro/março, 2014.

CARREIRO, Natália Maria Soares; OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. Interconexão entre direito e bioética à luz das dimensões teórica, institucional e normativa. *In: Revista Bioética*, v. 21, n. 1, 2013.

CHEMERINSKY, Erwin. The living Constitution. Palestra promovida por **TEDxUniversity of California, Irvine**, realizada em maio 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TfDu-R2mMq4>>. Acesso em 18 mar. 2018.

CRAVEIRO, Ana Margarida. **A garantia da constituição – modelos comparados**. II Doutoramento em Ciência Política. Seminário de teoria política da Justiça Constitucional. Universidade de Lisboa, 2010.

COSANI, Cristina. Direito e história na França pós-revolucionária: considerações a respeito da contribuição de Emmanuel Sieyes para o constitucionalismo moderno. *In: FIDES*, v. 8, n. 1, 28-40, jan/jun, 2016.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Concretizar a Constituição. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, vol 20, 2011a.

_____. Cultura constitucional & revisões constitucionais. *In: International studies on law and education*, mai-ago/2011, CEMOrOc – Feusp, IJI – Universidade do Porto, 2011b.

_____. Do Neoconstitucionalismo. Entre Práticas e Teorias. *In: Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Vol. 1, Coimbra, 2014.

_____. Princípios-tópicos de hermenêutica constitucional. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Vol. 4, 2007.

_____. Uma filosofia constitucional comum (luso-brasileira). *In: TAVARES, André Ramos de (org.). 1988-2008: 20 Anos da Constituição Cidadã*, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, 2008.

DAL CANTO, Francesco. Los nuevos derechos en Europe entre jueces nacionales y Cortes supranacionales. *In: Ciclo de conferencias en derecho constitucional y derechos humanos*, Quito, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2ª ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

DIMOULIS, Dimitri... [et al.]. **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual, 1. ed, São Paulo: Direito GV, 2013.

DUTRA, Delamar José Volpato; MOURA, Julia Sichieri. Democracia e Constituição na teoria de Bruce Ackerman. Apresentação da obra **Transformação do direito constitucional**, de ACKERMAN, Bruce. Tradução de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006a.

_____. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENRIGUE, Carlos M^a. **Prefacio da obra La constitución viviente**, de ACKERMAN, Bruce. Traducción e Introducción de Carlos M.^a Enrigue. Marcial Pons: Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011.

EUROPEAN E-JUSTICE. **Tribunais especializados – França.** Comissão Europeia, 2017.

FALCÃO, Márcio. **Marco Aurélio: cada ministro deve seguir sua consciência sobre prisão em 2º grau:** ministro diz que não se curva a decisão não vinculante e concede HC a mandante do assassinato de Dorothy Stang [mai. 2018]. JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/marco-aurelio-cada-ministro-deve-seguir-sua-consciencia-sobre-prisao-em-2o-grau-25052018>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais.** Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição:** mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2015.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. O originalismo na América. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação de Direito/UFRGS**, 27-65, n. 4, 2005.

FIUZA, César Augusto de Castro; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Proteção ambiental e personificação dos animais. *In: Veredas do direito*, v. 11, n. 22, 55-76, jul./dez., 2014.

FLEMING, James E. Fidelidad, cambio y la buena Constitución. *In: RICHARD, Albert; PULIDO, Carlos Bernal. Cambio constitucional informal.* Traducción de Rodrigo Camarena González. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2016, Kindle Edition.

_____. Fidelity to Our Living Constitution. **Tulsa law Review**, vol. 50, 2015, pp. 449-468.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Veja propostas de Dilma Rousseff para o próximo governo** [out. 2014]. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1538675-veja-o-que-propoe-dilma-para-o-proximo-governo.shtml>>. Acesso em: 10 set. 2018.

FORTES DO REGO, Carlos Eduardo. **Introdução ao direito constitucional dos Estados Unidos da América**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, 191 p.

FRAZÃO, Hugo Leonardo Abas; SILVEIRA, Raquel Coelho Dal Rio. Lógica e causalidade entre o mau funcionamento dos poderes políticos e o financiamento de campanha eleitoral no

Brasil: propostas de mudanças. *In: Interesse Público*, ano 19, n. 105, setembro/outubro 2017, 131-150, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FUKUYAMA, Francis. "The End of History?." *In: The National Interest (Summer 1989)*, 1989, 27 p.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. I relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo. *In: RDA – revista de direito administrativo*, v. 262, 399-452, jan./abr. 2013

GARDBAUM, Stephen. El principio de separación de poderes y la expansión del control de la constitucionalidad en democracias consolidadas (o ¿por qué el modelo de supremacía el modelo de supremacía legislativa ha sido prácticamente retirado del mercado?, *In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos (org.). Cambio constitucional informal*. Trad. Rodrigo Camarena González, Universidad Externado de Colombia, 2016, Kindle Edition.

GAMA, Marina Faraco Lacerda. **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da Justiça Constitucional brasileira**. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

GfK VEREIN. **Confiança nas profissões 2016 – um estudo da GfK Verein**: de bombeiros a políticos [versão em português]. Responsável: Ronald Frank, Nuremberg, 2016. Disponível em: <https://www.gfk.com/fileadmin/user_upload/dyna_content/BR/documents/reports/Trust_in_Professions_2016_Brazil_POR_v1.pdf>. Acesso em 14 ago. 2018.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. *In: Revista de Informação Legislativa*. a. 45 n. 178 abr./jun., 105-129, Brasília, 2008

GUEDES, Armando M. Marques. A internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 35, 225-235, 1995.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Tomo terceiro. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e comp., 1840, 246 p.

HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. **Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar**. Palestra y Asociación peruana de derecho constitucional: Lima, 2004.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? *In: The Yale Law Journal*, 597-625, vol. 85, n. 5 (Apr., 1976).

HERANI, Renato Gugliano. Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Ano 11, n. 37, 37-58 jan./abr., 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das Revoluções: 1789 – 1848**, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2003.

ISSACHAROF, Samuel. Cortes constitucionais y poder consolidado. *In*: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos (org.). **Cambio constitucional informal**. Trad. Rodrigo Camarena González, Universidad Externado de Colombia, 2016, Kindle Edition.

JORGE E SILVA NETO, Manoel. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KESTLER, Izabela Maria Furtado. Herbert Moritz Caro: o exílio e vida no Brasil. *In*: **Revista Contingentia**, v. 2, n. 1, 2007.

LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois**. Paris: Marcel GIARD Libraires-Éditeurs, 1921.

LANDAU, David. **Derechos sociales y límites a la reforma constitucional**: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

LEVINSON, Sandford (ed.), **Responding to Imperfection**. The Theory and Practice of Constitutional Amendment, Princeton, Princeton University Press, 1995.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Alex Martins. São Paulo: Martins Claret, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabiarte, Barcelona: Ariel, 1970.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. Quinta edizionale. G. Giappichelli Editore: Torino, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial [set. 2015]. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

PECES-BARBA M., Gregorio. Los deberes fundamentales. *In*: **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 329-341, nº 04, 1987.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade, São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

MARTINS, Raphael. **Entenda rito de impeachment de Dilma após julgamento do STF: pontos votados alteram os trabalhos previstos pela lei de 1950** [ago. 2017]. Exame, São Paulo. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/entenda-rito-de-impeachment-de-dilma-apos-julgamento-do-stf/>>. Acesso em 09/11/2017.

MARTINS, Yves Gandra da Silva. **Espectro e limitações as normas inalteráveis da Constituição**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, no especial de lançamento – 1997.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. Perfilamento histórico da ordem econômica do Brasil (1889/-) retratada nas cartas constitucionais. *In: História e Cultura*, Franca, v. 5, n. 1, p. 304-328, mar. 2016

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação dos poderes à guarda da Constituição**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial**. *In: Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000.

_____. Conversas acadêmicas: Gilmar Mendes e a jurisdição constitucional (II) [mar. 2010]. Entrevistador: Os constitucionalistas. *In: Os constitucionalistas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdiacao-constitucional-ii>>. Acesso: 14 jun 2018.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agrirem a democracia, escreve professor da USP** [jan. 2018]. Folha de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em 08/07/2018.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro, tradução Cristina Murachco, 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 851 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. **RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 47-80, set./dez. 2011.

MÜLLER, Friedrich. Concretização da Constituição. *In: MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann, 3ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Editora Renovar, 2005.

Brasil: propostas de mudanças. *In: Interesse Público*, ano 19, n. 105, setembro/outubro 2017, 131-150, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FUKUYAMA, Francis. “The End of History?.” *In: The National Interest (Summer 1989)*, 1989, 27 p.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. I relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo. *In: RDA – revista de direito administrativo*, v. 262, 399-452, jan./abr. 2013

GARDBAUM, Stephen. El principio de separación de poderes y la expansión del control de la constitucionalidad en democracias consolidadas (o ¿por qué el modelo de supremacia el modelo de supremacia legislativa ha sido prácticamente retirado del mercado?, *In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos (org.). Cambio constitucional informal*. Trad. Rodrigo Camarena González, Universidad Externado de Colombia, 2016, Kindle Edition.

GAMA, Marina Faraco Lacerda. **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da Justiça Constitucional brasileira**. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

GfK VEREIN. **Confiança nas profissões 2016 – um estudo da GfK Verein**: de bombeiros a políticos [versão em português]. Responsável: Ronald Frank, Nuremberg, 2016. Disponível em:

<https://www.gfk.com/fileadmin/user_upload/dyna_content/BR/documents/reports/Trust_in_Professions_2016_Brazil_POR_v1.pdf>. Acesso em 14 ago. 2018.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. *In: Revista de Informação Legislativa*. a. 45 n. 178 abr./jun., 105-129, Brasília, 2008

GUEDES, Armando M. Marques. A internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 35, 225-235, 1995.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Tomo terceiro. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e comp., 1840, 246 p.

HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? *In: The Yale Law Journal*, 597-625, vol. 85, n. 5 (Apr., 1976).

HERANI, Renato Gugliano. Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Ano 11, n. 37, 37-58 jan./abr., 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das Revoluções: 1789 – 1848**, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2003.

ISSACHAROF, Samuel. Cortes constitucionais y poder consolidado. In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos (org.). **Cambio constitucional informal**. Trad. Rodrigo Camarena González, Universidad Externado de Colombia, 2016, Kindle Edition.

JORGE E SILVA NETO, Manoel. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KESTLER, Izabela Maria Furtado. Herbert Moritz Caro: o exílio e vida no Brasil. In: **Revista Contingentia**, v. 2, n. 1, 2007.

LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois**. Paris: Marcel GIARD Libraires-Éditeurs, 1921.

LANDAU, David. **Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

LEVINSON, Sanford (ed.), **Responding to Imperfection**. The Theory and Practice of Constitutional Amendment, Princeton, Princeton University Press, 1995.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Alex Martins. São Paulo: Martins Claret, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabiarte, Barcelona: Ariel, 1970.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. Quinta edizionale. G. Giappichelli Editore: Torino, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial** [set. 2015]. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

PECES-BARBA M., Gregorio. Los deberes fundamentales. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 329-341, nº 04, 1987.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade, São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

MARTINS, Raphael. **Entenda rito de impeachment de Dilma após julgamento do STF: pontos votados alteram os trabalhos previstos pela lei de 1950** [ago. 2017]. Exame, São Paulo. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/entenda-rito-de-impeachment-de-dilma-apos-julgamento-do-stf/>>. Acesso em 09/11/2017.

MARTINS, Yves Gandra da Silva. **Espectro e limitações as normas inalteráveis da Constituição**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, no especial de lançamento – 1997.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. Perfilamento histórico da ordem econômica do Brasil (1889/-) retratada nas cartas constitucionais. In: **História e Cultura**, Franca, v. 5, n. 1, p. 304-328, mar. 2016

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação dos poderes à guarda da Constituição**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial**. In: Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000.

_____. Conversas acadêmicas: Gilmar Mendes e a jurisdição constitucional (II) [mar. 2010]. Entrevistador: Os constitucionalistas. In: **Os constitucionalistas**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii>>. Acesso: 14 jun 2018.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP** [jan. 2018]. Folha de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em 08/07/2018.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro, tradução Cristina Murachco, 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 851 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. **RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 47-80, set./dez. 2011.

MÜLLER, Friedrich. Concretização da Constituição. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann, 3ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Editora Renovar, 2005.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *In: Revista Direito Mackenzie*, 9-30, ano 3, n. 2, 2002.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

NOGUEIRA, Cláudia de Goes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. *In: Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 166, abr./jun., 2005.

OYEZ. 2012. **United States v. Jones**. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/2011/10-1259>>. Acesso em: 5 mai. 2018.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **A credibilidade da Justiça** – Opinião [out. 2017]. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-credibilidade-da-justica,70002060631>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

O GLOBO. **Sensação de impunidade**. Tema em discussão: excesso de recursos e lentidão da Justiça [jan. 2014]. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opinioao/sensacao-de-impunidade-11333594>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

PANIZZA, Saulle. **Diccionario breve de la Constitución italiana**. Viareggio: Edizioni La Vela, 2018.

PASQUINO, Pasquale. ¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales?. *In: Precedente 2016*, v. 9, 9-43, julio-diciembre, Colombia, 2016.

PEGORARO, Lucio. El método en derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado. Trad. Daniel Berzosa López. *In: Revista de Estudios Políticos*, 112, 2001.

PEGORARO, Lucio. Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional. *In: Revista general de derecho público comparado*, n. 18, 2015.

PINTO, Célia Regina Jardim. Foucault e as Constituições brasileiras: quando a lepra e a peste se encontram com os nossos excluídos. *In: Educação e Realidade*. 24 (2), 33-57, jul./dez, 1999.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Prefácio. *In: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e golpes na América Latina*: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2016.

PINTO, Flávia Sousa Dantas. O judiciário francês sob a ótica de um juiz brasileiro. *In: Direito e liberdade. Revista da ESMARN*, Mossoró, v. 8, n. 1, 109-136, jan/jun, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. *In: Revista USP*, 36-43, n. 69, março/maio, São Paulo, 2006.

_____. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *In: Revista & Práxis*, 1356-1388, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017.

PIZZORUSSO, Alessandro. El uso de la lengua como objeto de regulación jurídica. *In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXIII, n. 98, mayo-agosto, 2000.

POMPEU, Ana. **PT e PCdoB acusam Cármen de omissão ao não pautar execução antecipada** [jun. 2018]. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-28/pt-pcdob-acusam-carmen-omissao-nao-pautar-prisao-antecipada>>. Acesso em 09 set. 2018.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito: aspectos macrossistêmicos**. São Paulo: Sapere Aude, 2015.

REDACCIÓN EL TIEMPO. **La Corte Constitucional le dijo 'no' al referendo reeleccionista: Era Uribe terminará el 7 de agosto**, 2010. Disponível em <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7304227>>. Acesso em: 09 out. 2017.

RODRIGUEZ-TOUBES MUNIZ, Joaquín. El criterio histórico en la interpretación jurídica. *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 599-632, nº Extra 1, 2013.

ROMBOLI, Roberto. La garanzia del giudice naturale preconstituito per legge. *In: Ordinamento giudiziario e forense*. Volumen I: Pisa: Edizioni Plus, 2002.

_____. Le oscillazioni della Corte Costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorosso ad un anno dalla sua scomparsa. *In: Rivista della Associazione italiana dei costituzionalisti*, nº 3, 2017.

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1978.

RUGGERI, Antonio. Le Modifiche tacite della costituzione, settant'anni dopo. *In: Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2018a.

_____. Tre questioni in tema di revisione costituzionale. *In: Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2018b.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANDEL, Michael. 2016. **Ética pública e democracia**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KZiU6WnZkoI&t=1789s>. Acesso em: 09/04/2017.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Civilização brasileira: Rio de Janeiro, 2015.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *In: Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, 23-44, v. 30, n.1/2, janeiro/fevereiro, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SCALIA, Antonin. Originalismo: o mal menor. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jul. 2007.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

_____. **Teoría de la Constitución**, Madri, Alianza Universidad Textos, 1992.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jugmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2016.

SENADO NOTÍCIAS. **Animais podem deixar de ser tratados como 'coisas' e ganhar maior proteção** [ago. 2018]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2018/08/animais-podem-deixar-de-ser-tratados-como-coisas-e-ganhar-maior-protecao>>. Acesso em: 10 ju. 2018.

SGARIONI, Márcio Frezza; RAMMÊ, Rogério Santos. O dever fundamental de proteção ambiental: aspectos axiológicos e normativo-constitucionais. *In: Direito Público*, ano 8, n. 42, 29-46, nov./dez., Porto Alegre, 2011.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A Constituinte Burguesa – Que é o Terceiro Estado?** Org. e introd. De Aurélio Wander Bastos, pref. de José Ribas Vieira, trad. de Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVEIRA, Raquel Coelho Dal Rio; FRAZÃO, Hugo Leonardo Abas. Entre o originalismo e a Constituição Viva: análise do comportamento institucional do Tribunal Superior Eleitoral no caso da Cassação do Governador e Vice do Estado do Amazonas. *In: Sedes Sapientia*. 1 ed. São Paulo: Editora Claris, v. IV, Kindle Edition, 2018.

SLOBOGIN, Christopher. An original take on originalism. *In: Harvard Law Review Forum*, vol. 125:14, 2012, pp. 14-22.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. Por um tribunal constitucional. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 209, 143-152, Rio de Janeiro, jul./set., 1997.

STEINBEIS, Maximilian. 2017. **What Constitutions endure**. Disponível em: <http://verfassungsblog.de/what-constitutions-endure/>. Acesso em: 10 set. 2017.

STORINI, Claudia. Hermenéutica y Tribunal Constitucional. *In: Foro revista de derecho*, n. 7, 159-186, UASB-Ecuador/CEN, Quito, 2007.

STRAUSS, David A. **The irrelevance of constitutional amendments**, 114 Harv. L. Rev. 1457, 2000.

STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUSTEIN, Carl. The rights of animals. *In: The University of Chicago Law Review*, vol. 70, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Relatório anual de atividades 2016**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 29/1999, p. 66 – 71, Out – Dez, 1999.

_____. A vocação contemporânea para a constitucionalização do direito: alguns aspectos da Constituição como suporte interpretativo das leis e códigos - o caso da interpretação conforme a Constituição. *In: RBDC*, n. 7, p. 196-204, jan-jun, 2006a.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

_____. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *In: Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006b.

_____. **Manual do Poder Judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, 17-55, ano 3, nº 12, out./dez., 2009.

_____. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, 9-26, ano 1, nº 2, abril/junho, 2007.

_____. **Para André Ramos Tavares, STF deveria analisar mérito do impeachment** [abr. 2016c]. Entrevistador: Rodrigo Russo. Jornal GGN, São Paulo. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/noticia/para-andre-ramos-tavares-stf-deveria-analisar-merito-do-impeachment>. Acesso em 08/11/2017.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012b, 181 p.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge. *In: Federalismi.it – Focus America Latina*, n. 1, 2016d.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: ente o texto e o contexto**. 2ª ed. São Paulo: Editora Baraúna, 2016.

VENTURA, Luigi. Relazione introduttiva. *In: Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2018.

VILLA, Rafael A. D. **A questão democrática na agenda da OEA no pós-guerra fria**. *In: Revista DE Sociologia e Política*, Curitiba, 20, p. 55-68, jun. 2003.

Xavier, Matheus Carletti. O legado da escravidão e os usos do passado sobre Abraham Lincoln. *In: Revista Outras Fronteiras*, Cuiabá, vol. 1, n. 2, jul-dez., 2014, p. 146.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. *In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

_____. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. Precommitment and disagreement. *In: L. Alexander, (org.). Constitutionalism*. Philosophical foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 271-99.

_____. Some models of dialogue between judges and Legislators, *In: Supreme Court Law Review*, 23, 2d 7, 9-21, 2004.

_____. The core of the case against judicial review. *In: Yale Law Journal*, v. 115, issue 6, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ¿ Qué es ser juez constitucional? *In: Díkaion – Lo justo*. Año 20, n. 15, 155-171, novembre, Chía, Colombia, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.