



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**ATIVISMO OU ALTIVEZ? O OUTRO LADO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

SAUL TOURINHO LEAL

BRASÍLIA - DF
2008



Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional

ATIVISMO OU ALTIVEZ? O OUTRO LADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SAUL TOURINHO LEAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Júnior.

BRASÍLIA - DF
2008

Leal, Saul Tourinho.

Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. / Saul Tourinho Leal. – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.
160 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito, Área de Concentração “Constituição e Sociedade”, 2008.

1. Separação de Poderes - Brasil. 2. Estado de Direito 3. Hermenêutica - Suprema corte - Brasil. 4. Interpretação da Constituição - Supremo Tribunal Federal - Brasil. I. Título

CDD 341.2

Catálogo na fonte. Bibliotecária: Vanessa Barbosa da Silva - CRB 1/2066

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**ATIVISMO OU ALTIVEZ? O OUTRO LADO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

SAUL TOURINHO LEAL

Orientador: Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Júnior, Docente do IDP

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes | Professor do Instituto Brasiliense de Direito
Público - IDP

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco | Professor do Instituto Brasiliense de Direito
Público - IDP

Prof. Dr. Bruno Amaral Machado | Professor da Universidade de Brasília - UnB

À Francini, fonte inesgotável de inspiração.

À advogada Marta Valente, por acreditar quando ninguém acreditava.

RESUMO

A dissertação traz reflexão sobre a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma política judiciária disposta a trazer para uma arena não-democrática temas de forte conotação política. Indica a jurisdição constitucional como alvo de constante tensão para com os Poderes Executivo e Legislativo. Aborda a postura de self restraint adotada pelo Supremo no passado. Indica uma crise de legitimidade dos atores populares e diz que, como consequência, tem-se agora o Poder Judiciário preenchendo o vazio deixado pelas instâncias de deliberação democráticas compostas por legítimos representantes do povo. Conclui que o exercício da jurisdição constitucional atual no Brasil não extravasa em suas competências e tão somente dá cumprimento ao seu papel de guardião da Constituição Federal.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The paper provides a review of the adoption of a judicial policy, by the Federal Supreme Court, aimed at bringing to a non-democratic stage those subjects that have strong political implications. It further points out the constitutional jurisdiction as an element of constant tension towards the Legislature and Executive Power. It also reviews the self restraint position that used to be adopted by the Federal Supreme Court, and points towards a crisis of legitimacy of popular players. As a consequence, the Judiciary fills in the gaps left by those decision-making democratic entities formed by the peoples' legitimate representatives.

Key-Words: Constitutional Jurisdiction. Federal Supreme Court. Judicial Activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A ORIGEM DO TERMO ATIVISMO JUDICIAL	16
1.1 A raiz norte-americana.....	16
1.2 O critério de Brandley C. Canon.....	22
1.3 Considerações Gerais.....	28
2 A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA COMO INSTRUMENTO DE RETROCESSO SOCIAL: ESTUDO DE CASOS	29
2. 1 Charles River Bridge v. Warren Bridge 36 U.S. 420 (1837).....	30
2.2 Dred Scott v. Sandford 60 U.S. 393 (1857).....	35
2.3 Ableman v. Booth 62 U.S. 506 (1859).....	39
2.4 Prize Cases 67 U.S. 635 (1863).....	43
3 A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA COMO INSTRUMENTO DE AVANÇO SOCIAL	47
3.1 Casos específicos.....	48
3.2 Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).....	51
3.3 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).....	53
3.4 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).....	56
4 A ABERTURA INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	60
4.1 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.....	60
4.2 A abertura do rol de legitimados a provocarem o exercício do controle concentrado de constitucionalidade.....	62
4.3 O amicus curiae.....	62

4.4 As audiências públicas.....	64
4.5 O sistema de comunicação do Supremo Tribunal Federal.....	65
4.6 Outras ações.....	66
4.7 A inserção da Corte no cotidiano nacional.....	67
4.8 Considerações Gerais.....	69
5 A CONSTITUIÇÃO COMO UMA CARTA DE PRINCÍPIOS.....	70
5.1 O atual constitucionalismo.....	71
5.2 O papel do Supremo Tribunal Federal.....	74
6 PROCEDIMENTALISTAS <i>VERSUS</i> SUBSTANCIALISTAS.....	82
7 O DEBATE DOUTRINÁRIO SOBRE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	92
8 O SUPREMO DE ONTEM: PROCEDIMENTALISTA E DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA.....	94
9 A CRISE DE LEGITIMIDADE DOS ATORES DEMOCRÁTICOS E A MUDANÇA DE POSTURA DO SUPREMO.....	101
10 O SUPREMO DE HOJE: SUBSTANCIALISTA E ALTIVO.....	108
11 O SUPREMO DE HOJE: SUBSTANCIALISTA E ALTIVO – ESTUDO DE CASOS.....	112
11.1 A pauta dos Direitos Fundamentais.....	114
11.2 O caso Daniel Dantas.....	122
11.3 A concretização do direito à saúde.....	126
11.4 O direito à educação às crianças.....	129
11.5 Mantendo o pleno funcionamento dos canais democráticos.....	131
11.6 Sinal vermelho às Medidas Provisórias.....	134

11.7 O Caso do município de Luís Eduardo Magalhães/BA.....	135
11.8 Mandado de Injunção e Direito de Greve.....	138
11.9 Vedação ao nepotismo.....	141
CONCLUSÕES.....	144
REFERÊNCIAS.....	147

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal está em evidência.

Seus integrantes são conhecidos em todo o Brasil. A exibição, ao vivo, das sessões Plenárias - um gesto de deferência à transparência - tornou os ministros personalidades nacionais de significativa popularidade. Sabe-se quem os são, como se comportam e até mesmo algumas características pessoais. Se um determinado ministro é mais incisivo, se fala mais, se seus votos são extensos, se tem boa argumentação... tudo isso faz parte do cotidiano nacional.

Suas Excelências, em verdade, entraram na casa do brasileiro e não o fizeram sem razão. A política judiciária do Supremo trilhou o caminho lançado por Peter Häberle, com a sua idéia de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” detalhada mais adiante nesse trabalho.

Estamos vivendo um outro momento. É um tempo diferente. Há um novo Supremo. Fala-se em ativismo. Qual é realmente a dimensão dessa expressão?

O sentido que tem sido atribuído à expressão ativismo judicial marcha para a direção negativa, ou seja, diz-se ativista quando se quer afirmar que o Tribunal extravasou em suas competências. Há, equivocadamente, um tom pejorativo quando se afirma que o Supremo pratica um ativismo judicial. O que seria esse ativismo? Quais seus elementos estruturais? Qual o referencial para se dizer se ele é positivo ou negativo? O Supremo pratica o ativismo? O Supremo tem somente uma postura altiva?

Essas são algumas das provocações que nos surgiram.

O trabalho trará uma comparação entre as decisões proferidas, nos Estados Unidos, pela Suprema Corte no período de 1953-1969, sob o comando do *Chief Justice Earl Warren* e, no Brasil, em temáticas semelhantes (direitos fundamentais, direitos eleitorais e direitos sociais) emanadas da atual composição do Supremo Tribunal Federal, à exceção do Ministro Menezes Direito, chegado à Corte quando já avançávamos nesta pesquisa.

Após a análise comparativa entre as decisões proferidas por um e por outro Tribunal e depois de termos trilhado pelo referencial teórico trazido por John Hart Ely poderemos trazer a conclusão necessária quanto à postura do Supremo no exercício da sua jurisdição constitucional.

Inicialmente, traçaremos o momento constitucional atual, que reclama a concretização de princípios constitucionais, o preenchimento de normas que trazem conceitos jurídicos indeterminados e que avança na implementação das intituladas normas programáticas.

Vivemos um tempo no qual as Constituições têm assumido papel de destaque nos ordenamentos nacionais trazendo consigo a necessidade dos tribunais concretizarem a autoridade de suas disposições valendo-se, para isso, da interpretação de seu texto.

Temos, portanto, que a presença marcante de uma Corte a debater temas nacionais inseridos no cenário constitucional não é fenômeno exclusivo do Brasil.

Essa atuação marcante decorre do fato dos dispositivos constitucionais não poderem se converter em meras promessas lançadas ao vento. Temos uma Carta a simbolizar um compromisso firmado pela sociedade e, por tal razão, há de ser garantido o seu cumprimento.

Ocorre que a própria Constituição alça o Supremo ao patamar de seu guardião. Sendo assim, como podemos dizer que ele extravasa em suas atribuições quando concretiza as imposições constitucionais?

Tentaremos trazer à tona a posição do STF no passado – e passado recente - como sendo um Tribunal que praticava uma jurisprudência defensiva. Também chamada de *self restraint*, esta postura consiste numa omissão por parte da Corte sempre que temas que carregam consigo uma forte carga de polêmica coletiva se vêm inseridos em suas pautas. Aqui, a melhor decisão é não decidir.

Com o *self restraint* a Corte caminha pela linha procedimental, se atendo a questões processuais e afastando-se da substância trazida pelo conflito, remetendo para as outras instâncias de deliberação, seja o Poder Legislativo, seja o Poder Executivo, a resolução desse tipo de controvérsia. O clássico caso da jurisprudência

norte-americana, *Marbury versus Madison* 5 U.S. 137 (1803)¹, por exemplo, avançou profundamente ao fixar a prática do *judicial review* nos Estados Unidos, contudo, afastou-se do caso concreto deixando a parte a ver navios, tudo isso se valendo de formalidades. Mais adiante teremos a oportunidade de conhecer bem os bastidores desse histórico julgamento.

A postura de autocontenção judicial normalmente é empregada quando os Poderes Legislativo e Executivo conseguem deliberar com normalidade. A partir do momento em que se verifica uma crise de legitimidade entre os cidadãos e esses poderes, ou então, que se percebe que não há a deliberação quanto aos grandes temas nacionais, o Poder Judiciário cresce e passa a se inserir na temática do país por meio de julgadores, ou seja, sem que representantes do povo participem do processo.

Falamos em representantes do povo porque de fato os ministros não o são, entretanto, não podemos pensar em enfraquecimento da democracia por conta da atuação que decorre de suas competências. Suas Excelências estão inseridas no cenário social tanto quanto qualquer outro agente público. Além disso, seus atos também são alvo de controle, até mesmo político, como é o caso da possibilidade de pedido de impeachment por acusação de prática de crime de responsabilidade. Não estamos falando de soberanos. A idéia segundo a qual os ministros do Supremo seriam autoridades sobre as quais nenhum tipo de controle seria possível é falha.

A falta de um mandato popular não descaracteriza o debate tratado pelo Supremo Tribunal Federal e nem impõe aos seus integrantes uma posição de oráculos alheios aos anseios sociais. Os ministros do STF não são espécies de *notáveis*, no sentido empregado por Emmanuel Joseph Sieyès².

O Poder Legislativo e o Poder Executivo, nada obstante sejam compostos por mandatários do povo, são integrados por cidadãos. O Supremo também o é³.

¹ Thomas M. Franck, professor da Universidade de New York, diz que a decisão emanada do caso *Marbury v. Madison* dotou os Estados Unidos do Poder Judiciário mais poderoso mundo. (FRANCK, Thomas M. *Political questions: judicial answers*. Princeton, New Jersey: University Press, 1992. p. 4).

² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est que le tiers état*. Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 31.

³ Dalmo de Abreu Dallari fala em "O cidadão-juíz". (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89).

Mas esse crescimento institucional do STF enquanto instância a apreciar as grandes questões nacionais decorre de uma grave crise de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo. O Poder Judiciário saltou como uma esfera a preencher o vazio deixado, tornando-se, para muitos, “ativista”.

A necessidade desta espécie de comparação se mostra por conta da gravidade que percebemos no comportamento de um tribunal tocado pela vontade do Poder Executivo ou pelo capricho do Poder Legislativo.

Se não temos juízes da nossa Suprema Corte imbuídos de uma forte convicção em fazer valer os preceitos constitucionais fiquemos certos de que todos estaremos, algum dia, desamparados. Quando a Corte Constitucional silencia quanto ao cumprimento da Constituição Federal ela, na verdade, dá as costas não só para um documento, mas para toda a sociedade. Não há vitoriosos.

Prestigiar o espírito constitucional, render homenagens ao estado democrático de direito e erguer a vida social sobre os pilares dos preceitos insertos na Constituição reflete a maneira mais moderna de convivência social. Até que um novo modelo tão bem sucedido seja criado, o que vale é seguir a Carta.

A prática da jurisdição defensiva, portanto, nos parece prejudicial às aspirações daqueles que tentam se socorrer do Judiciário para repelirem as arbitrariedades praticadas por quem demonstra desprezo ao espírito constitucional.

Traçaremos um esboço acerca da visão pejorativa que se atribuiu ao Supremo em tempos recentes, rotulando-o de um tribunal ativista, associando a palavra a uma conduta invasora das competências dos demais poderes e, por não dizer, arbitrária, uma vez que é implementada ao arrepio do que a própria Constituição fixa quando cuida da tripartição dos poderes.

Temos, realmente, uma corte ativista? Veremos.

Também não deixaremos de percorrer a trilha do direito constitucional comparado, com atenção especial aos Estados Unidos da América, com a sua jurisdição constitucional de mais de dois séculos.

Veremos que as situações vividas no Brasil atualmente foram, da mesma forma, sentidas nos Estados Unidos. Até o pedido de impeachment que o Presidente

do Supremo, Ministro Gilmar Mendes, sofreu, da mesma forma foi sofrido pelo então presidente da Suprema Corte norte-americana ao tempo, Earl Warren. A única diferença é que, aqui, estamos com quase meio século de atraso.

A escrita do trabalho foge um pouco do padrão, mas sem se afastar das regras necessárias à avaliação. Optamos pela simplicidade.

O que buscamos é uma saudável provocação com a finalidade de vê-la frutificar no imaginário a ponto de podermos, em sede de conclusão, identificar o cenário da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal em dias atuais quando comparado com o que fora vivenciado pelos Estados Unidos da América com a sua Corte de Warren (1953-1969).

1 A ORIGEM DO TERMO ATIVISMO JUDICIAL

A necessidade do estudo da doutrina e da jurisprudência norte-americana se deve não a uma americanização intelectual ou a uma falta de alto estima nacional.

Se entendermos o ativismo judicial como sendo uma atuação mais marcante dos Tribunais em relação a temas normalmente debatidos pela população por meio de seus representantes, temos de falar do direito constitucional norte-americano⁴.

Mais de duzentos anos de jurisdição constitucional naquele país contribuiu para o prestígio da Corte Suprema⁵. A prática enraizada de estudar criticamente a atuação do Tribunal é fator determinante desse grau de respeitabilidade. Começamos, portanto, com o direito constitucional dos Estados Unidos da América.

1.1 A RAIZ NORTE-AMERICANA

Quando os estudiosos do direito constitucional nos Estados Unidos problematizam as bases das decisões da Suprema Corte o que estão a fazer, em verdade, é criar matéria-prima de alta qualidade para fomentar o debate acadêmico em torno de temas da vida real, afastando-se da discussão de difícil entendimento e fulminada por uma inoperância prática por se tratar de diálogo quase místico.

A academia deve se prestar a ajudar à vida real.

Há uma dificuldade em fixar critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo ativismo judicial.

⁴ Aléxis de Tocqueville consignou: “[...] quase não há questão política nos Estados Unidos que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial”. (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 317).

⁵ Fala Godoy: “O simbólico aperto de mãos dos juizes da Suprema Corte norte-americana é sucedido por batalhas que marcam posições firmes e vaidades indisfarçáveis (COOPER, 1995 apud GODOY, 2006). Avança o liberalismo, disfarçado por referenciais históricos que apontam para orientações lockianas (SMITH, 1990 apud GODOY, 2006). A Suprema Corte faz parte da cultura pública norte-americana, propiciando padrões de comportamento mimetizados em excertos de jurisprudência (SEMONCHE, 2000 apud GODOY, 2006.). Cabe ao observador buscar os valores fundamentais que instrumentalizam as decisões da Suprema Corte (ELY, 2002, p. 43 apud GODOY, 2006)”. (GODOY,

A expressão está associada à idéia de exorbitância de competências por parte do Poder Judiciário. No Brasil, não é diferente. O tom é sempre pejorativo. Como já referido em linhas anteriores, chamar um tribunal de ativista é uma tentativa de atribuir a ele algo negativo. O termo se reveste do cunho crítico.

Com uma constituição promulgada em 17 de setembro de 1787, temos nos Estados Unidos da América a mais antiga constituição escrita no mundo⁶.

Não bastasse isto, há ainda o caso clássico de exercício do controle difuso de constitucionalidade já em 1803, o *judicial review*, por meio do afamado *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)⁶, julgamento o qual os bastidores que lhes circundaram dariam uma outra dissertação⁷.

Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 51).

⁶ Barroso traça o contexto político do caso: “Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário Federal (the Circuit Court Act), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado. Logo à frente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (the Organic Act of the District of Columbia) autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juizes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams, assim, assinou os atos de investidura (comissions) dos novos juizes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Cabe o registro de que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (Chief Justice). E, embora seu nome tivesse sido aprovado pelo Senado e ele já tivesse prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams. Pois bem: tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juizes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los. Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juizes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (writ of mandamus), em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789 (the Judiciary Act), que havia formulado à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (1802 term) para apreciar o caso. Sucede, contudo, que o Congresso, já agora com maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal (the Circuit Court Act, de 1801), extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a essa decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de impeachment de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte. Foi nesse ambiente politicamente hostil e de paixões exacerbadas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*,

Nos Estados Unidos encontramos pela primeira vez a utilização massificada da expressão *judicial activism* fazendo um contraponto ao termo *self restraint*, ambos servindo para caracterizar as posições da Suprema Corte quanto a temas controvertidos e impregnados, pela sua polêmica, de uma forte conotação política por afetar a postura adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo em relação aos cidadãos.

Numa análise da composição da Suprema Corte no ano de 1947 veio à tona, pela primeira vez, a expressão e isso fora feito não por um integrante da área jurídica, mas por um jornalista.

Sigamos com os fatos.

Quem primeiro lançou ao público a expressão *judicial activism* foi o afamado jornalista norte-americano, Arthur Schlesinger Jr., num artigo escrito na revista *Fortune* em janeiro de 1947, intitulado *The Supreme Court: 1947*⁸.

Ao lado do termo, veio também uma outra expressão que será trabalhada por nós em capítulo próprio destinado ao estudo de alguns casos julgados pela Suprema Corte norte-americana: *self restraint*.

Schlesinger lançou aos olhos do grande público um debate que, como prova a atualidade, se tornaria um clássico nos estudos da jurisdição constitucional.

Trata-se de um típico jornalista do poder. Escrevia intensamente sobre os Presidentes da República e seus principais atos⁹. Abordava, com primazia, os líderes políticos de perfil liberal, tais como Franklin D. Roosevelt, John F. Kennedy, e Robert F. Kennedy. No período em que esteve à frente da Casa Branca o Presidente John Kennedy teve sua assessoria na tarefa de historiografar a Suprema Corte.

sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos". (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3-5.)

⁷ Godoy esclarece: "O mentor de tal concepção foi o Juiz Marshall, que o fez, no entanto, no quadro de problemático jogo político, no qual leituras ingênuas, puras e analíticas do direito não tinham o menor espaço". (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 52)

⁸ SCHLESINGER JR., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, v. 35, n. 73, jan. 1947.

⁹ SCHLESINGER JR., Arthur M. *A Life in the 20th Century, Innocent Beginnings: 1917-1950*, at 352. New York: Houghton Mifflin Co., 2000. / _____. *The age of Jackson*. New York: Back Bay Books, 1988. / _____. *The age of Roosevelt: the crisis of the old order, 1919-1933*. Boston: Houghton Mifflin co., 1957. / _____. *A thousand days: John F. Kennedy in the White House*. Boston: Houghton Mifflin co., 1965. / _____. *Robert Kennedy & his times*. Boston: Houghton Mifflin co., 1978.

O jornalista ainda não conhecia Robert Houghwout Jackson, futuro Presidente (*Chief Justice*) do Tribunal.

Schlesinger escrevia um artigo sobre a chegada de Jackson à Corte num momento em que um espírito rebelde que se abatia sobre o Tribunal que tinha como Presidente, Fred M. Vinson.

A Corte estava dividida e a ascensão de Vinson ao seu comando acirrava ainda mais esta situação¹⁰. A mencionada divisão, na verdade, decorria da tentativa, pelo Tribunal, de adotar uma postura mais firme em fazer valer os direitos civis nos Estados Unidos, amplamente negados pelos detentores do poder político no país¹¹.

Vinson havia integrado antes tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo. No primeiro, ele foi congressista eleito pelo estado do Kentucky, lá permanecendo por 20 anos. No Executivo, foi Secretário do Tesouro Nacional do Presidente Truman que lhe nomeou à Suprema Corte, tornando-o o seu 30º *Chief Justice*.

Desde a gestão anterior de Harlan Fiske Stone o Tribunal dava indicativos de que passaria a evoluir em relação a sua posição de não interferir em decisões tomadas pelo Poder Executivo ou Legislativo.

Nos anos 30, por maioria de votos, o Tribunal havia se colocado em conflito com o Presidente Franklin Roosevelt e o seu *New Deal*, programa presidencial para combater a Grande Depressão por meio de enérgicas medidas de controle da economia¹².

¹⁰ As conclusões partem do que lançado na obra seminal de Bernard Schwartz. Vejamos um trecho: “Fred. M. Vinson may have been the least effective Court head in the Supreme Court’s history. Appointed in 1946 after Chief Justice Stone’s sudden death, the Kentuckian had been a Congressman and circuit judge, and had served in high executive positions, ending in his pre-Court tenure as Secretary of the Treasury. His appointment was due primarily to his close friendship with President Truman, who hoped that his skill at getting along with people would enable him to resource peace to a Court that had become splintered under Chief Justice Stone”. (SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 253).

¹¹ Schwartz, nesse sentido, arremata: “During the early Vinson years, the Court was sharply divided between two blocs. The first, led by Justice Frankfurter, joined by the new Chief Justice and Justices Jackson and Reed, urged judicial restraint as the only criterion of constitutional adjudication. The other, led by Justice Black, joined by Justice Douglas, Murphy, and Rutledge, asserted that restraint was not the judicial bel-all-and-end-all and that it should give way in cases involving civil liberties”. (Ibidem, p. 255).

¹² Interessante a leitura de trechos da Mensagem enviada pelo Presidente Roosevelt ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908. Por meio dela notamos um claro recado enviado à Suprema Corte: “Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico

Numa série de decisões tomadas por maioria de votos (6 x 3 e 5 x 4), nos anos de 1935 e 1936, a Suprema Corte entendeu inconstitucionais leis e outros diplomas editados pelo Congresso Nacional com a finalidade de recuperar a economia norte-americana.

Em decorrência dessa postura, Roosevelt, reeleito em 1936, envia um projeto de lei no qual um juiz adicional poderia ser acrescentado à Suprema Corte, para cada juiz que tivesse mais de 70 anos de idade. Com isso aumentar-se-ia o tamanho da Corte, temporariamente, para 15 juízes, permitindo que o Executivo nomeasse novos juízes favoráveis a seus programas¹³.

Apesar da rejeição da proposta pelo Senado, a Corte reviu sua posição e passou a manter a legislação do *New Deal* por estreitas margens, contornando, politicamente, a crise. Essa alteração de posicionamento ficou conhecida *como the switch in time that saved nine* (a mudança em tempo de salvar nove)¹⁴.

Vinson¹⁵ assume a chefia da Corte, portanto, no olho do furacão, bem como Jackson, o entrevistado, que passaria a integrar um Tribunal dividido.

Cabia a Schlesinger narrar isso em seu artigo para a *Fortune*.

partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas". (43 Cong. Rec., Part I, pág. 21 apud CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993).

¹³ SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 233.

¹⁴ Ibidem, p. 235. Cf. BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 42.

¹⁵ Alguns julgamentos importantes contaram com a participação de Vinson que, ora votava de modo conservador, ora liberal. Adiante, fazemos breve relato de alguns. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* 343 U.S. 579 (1952): Em abril de 1952, durante a Guerra da Coréia, o presidente Truman determinou que o Secretário de Comércio, Charles Sawyer, explorasse a maior parte das siderurgias da nação. Por 6 X 3, o Tribunal considerou que o presidente não tem autoridade para tal, pois não havia qualquer lei do Congresso autorizando-o a tomar posse da propriedade privada, além do que, ali se tratava de um chefe do Poder Executivo que tinha por missão cumprir lei e não criá-las. Vinson votara pela possibilidade de utilização das siderúrgicas. *Sweatt v. Painter* 339 U.S. 629 (1950): Em 1946, Herman Marion Sweatt, negro, fora aprovado no exame de admissão à Law School da Universidade do Texas. Contudo, uma lei estadual restringia o acesso à universidade para brancos, o que fez com que a universidade, após negar o pedido de matrícula, oferecesse a uma vaga em instalações separadas. Sweatt entendia que havia ali violação ao regime da Igualdade Proteção da 14ª Emenda. À unanimidade, a Corte entendeu que a mera separação entre a maioria dos estudantes prejudicava o direito de Sweatt competir na área jurídica com os demais estudantes. O mesmo raciocínio fora empregado contra lei semelhante do estado de Oklahoma, no caso *McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education* 339 U.S. 637, 1950, em voto liderado por Vinson.

Dia 18 de outubro de 1946, o jornalista encontrou Jackson. Fez a entrevista. O artigo, dias depois, foi publicado. Nele Schlesinger traz tese em relação às políticas públicas implementadas pelo presidente Franklin Delano quanto ao chamado *New Deal*.

O jornalista expõe que havia na Corte duas correntes. Hugo Lafayette Black e William O. Douglas versus Felix Frankfurter e Jackson. Por trás desta divisão estava a forma pela qual os juízes costumavam decidir as causas levadas a julgamento.

Black e Douglas praticavam o ativismo judicial. Frankfurter e Jackson a autocontenção judicial.

A decisão prolatada por juízes ativistas ficava atrelada a resultados enquanto que a de autoria de juízes optantes pela autocontenção ficava com limitações processuais.

Enquanto a ala Black-Douglas via o Tribunal como um instrumento para alcançar a justiça social, especialmente para desprotegidos na sociedade, Frankfurter-Jackson atuava para permitir que o Poder Legislativo elaborasse políticas voltadas para essas questões por meio das majorias exigidas no processo democrático.

Se pensarmos bem, o que temos é uma divisão muito singela.

Um grupo é substancialista, o outro procedimentalista. A descoberta que um jornalista fizera em 1947 persiste até hoje e ganha certo relevo no Brasil. Como se vê, estamos pelo menos sessenta anos atrasados.

A repercussão do artigo foi imensa.

Por um lado, uma ala do Tribunal fora intitulada de ativista. Por outro, integrantes são caracterizados como praticantes de um *self restraint*. Os magistrados estavam, para toda a sociedade, rotulados.

Daí em diante, o termo pegou¹⁶. A expressão tribunal ativista ou tribunal de autocontenção se tornou popular¹⁷. Schlesinger fez história.

1.2 O CRITÉRIO DE BRANDLEY C. CANON

A quantidade de autores estrangeiros que escreveram sobre ativismo judicial é imensa¹⁸. Optamos por trabalhar um deles.

Em 1983, Brandley C. Canon¹⁹ escrevendo sobre o tema, conseguiu fixar alguns parâmetros que merecem toda a atenção, pois conferem uma didática que em muito facilita esse primeiro momento do estudo.

¹⁶ A expressão ativismo judicial foi empregada quando do julgamento do caso, pela Suprema Corte norte-americana, *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983). No caso, David Long foi condenado por posse de maconha encontrada pela polícia em Michigan no bagageiro do seu carro, que fora revistado sem a devida autorização. A Suprema Corte definiu ter competência para cuidar do tema e, apreciando-o, validou a busca e manteve a condenação de Long. O juiz da Suprema Corte, John Paul Stevens, emendou durante o seu voto que a sua convicção era de que ao implementar uma política de autocontenção judicial faria com que o Tribunal contribuísse mais para o sistema federal de governo.

¹⁷ A literatura norte-americana, desde então, floresceu: HART, Hebert. L. A. *The Concept of Law* Oxford: Oxford University Press, 1961. / GRAGLIA, Lino A. *Disaster by Decree*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1976. / DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. / KILGORE, Carrol D. *Judicial Tyranny: An Inquiry into the Integrity of the Federal Judiciary*. Nashville: Thomas Nelson, 1977. / REBELL, Michael; BLOCK, Arthur R. *Educational Policy Making and the Courts: An Empirical Study of Judicial Activism*. Chicago: University of Chicago Press, 1982. / MILLER, Arthur Selwyn. *Toward Increased Judicial Activism*. Westport, UK: Greenwood Press, 1982 / HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Hampshire, England: Palgrave Macmillan, 1991. / BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. 2nd ed. New Haven, CT: Yale University Press, 1986. / DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988. / HARWOOD, Sterling. *Judicial Activism: A Restrained Defense*. London: Austin & Winfield Publishers, 1996. / WOLFE, Christopher Wolfe. *Judicial Activism*. 2nd ed. Totowa, NJ: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. / KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998. / CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. *Judicial Policies: Implementation and Impact*. 2nd ed. Washington, DC: Congressional Quarterly Books, 1998. / MORGAN, David Gwynn. *A Judgment Too Far? Judicial Activism and the Constitution*. Dublin, Ireland: Cork University Press, 2001. / SCHWARTZ, Herman. *The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right*. New York: Hill and Wang, 2002. / POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley Rothman. *The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism*. Westport: Praeger Paperbacks, 2002. / BORK, Robert. *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*. Washington, DC: AEI Press, 2003. / CARRESE, Paul O. *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

¹⁸ Em 1972, juízes e doutrinadores se reuniram na tentativa de debater o ativismo judicial dando a ele elementos estruturantes. O encontro resultou num livro no qual participaram figuras ilustres como os juízes Robert Jackson, John Marshall Harlan, Learned Hand, J. Skelly Wright e os doutrinadores Alexander Bickel, Philip Kurland e Hebert Wechsler. (FORTE, David F. (Org.) *The Supreme Court in American Politics: Judicial Activism vs. Judicial Restraint*. Lexington, Mass: D.C. Heath, 1972.).

O importante do texto foi ter fixado critérios para identificar quando uma Corte atua dentro do que se convencionou intitular de “ativismo judicial”. Isso porque muito se diz em crítica à postura do Supremo, mas em nenhum momento ou, pelo menos, em raras oportunidades, os críticos se dispuseram a identificar qual o comportamento adotado pelo qual se possa atribuir uma conduta negativa da Corte.

Daí a razão de elogiarmos a intenção de Brandley, dentro do direito constitucional norte-americano, e, até mesmo, os critérios escolhidos por ele os quais, lidos hoje, provam que de fato estamos a falar de um artigo clássico.

O autor fixou seis elementos de cuja presença se extrai um comportamento ativista do Poder Judiciário. Ele fala em seis dimensões. Cada uma delas é descrita minuciosamente, contudo, não traremos o detalhamento da opinião dada pelo autor acerca de cada uma das dimensões, pois o que será utilizado, por empréstimo, na verdade, é tão somente o estabelecimento dos critérios.

Diz ele que o chamado ativismo tem seis dimensões, sendo elas: 1) Majoritarismo: as regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Poder Judiciário; 2) Estabilidade Interpretativa: recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; 3) Fidelidade Interpretativa: disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem usada; 4) Distinção do Processo Democrático Substantivo: as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do processo político democrático. 5) Regra Específica: a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; 6) Disponibilidade de um Poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo.

Esses critérios, se levados ao pé da letra, são inaplicáveis e se mostram em completo despropósito em relação ao direito constitucional brasileiro.

O primeiro deles, “Majoritarismo”, sugere que desde que aprovadas pelos representantes do povo, as leis não podem ser extirpadas do ordenamento jurídico pelo Judiciário. Em prevalecendo essa idéia, o controle de constitucionalidade não

¹⁹ CANON, Brandley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, Dec./Jan.,

existiria e, mais ainda, o nosso tão decantado Princípio da Supremacia Constitucional também não configuraria tão importante máxima²⁰.

Não basta que a lei seja reflexo da vontade popular. A nossa Constituição exige muito mais. Além das imposições formais, como o regular processo legislativo, tem-se ainda as matérias que não poderão ser alvo de afronta à Carta, além, é claro, das cláusulas pétreas. Ou seja, o primeiro critério de Brandley padece de fragilidades, pois confere ao processo legislativo um caráter absoluto o que não atende a realidade vivida no Brasil, uma vez que, aqui, se exige a observância de todo o rigor material e formal imposto pela Constituição Federal. E assim o é mesmo que falemos sobre a espécie legislativa emenda constitucional, que se vê limitada circunstancial (estado de defesa e estado de sítio) e materialmente (cláusulas pétreas explícitas e implícitas).

O segundo critério estabelecido parece ser mais acertado, contudo, ainda assim, cai em alguns equívocos.

O autor fala em “Estabilidade Interpretativa” deixando claro que, quando um tribunal começa a alterar recentes precedentes ele adota uma postura ativista. Também discordamos. Já se fala, hoje, da fossilização da interpretação constitucional, segundo a qual os precedentes fixam uma posição quanto a um caso concreto e daí em diante marcam com o mesmo raciocínio todos os casos que lhe são posteriores, ainda que não guardem a ele toda a sorte de semelhanças.

No Brasil, temos vivido esse dissabor com as chamadas súmulas vinculantes. A alteração jurisprudencial deve ser feita com rigor, é verdade, mas ela não converte uma Corte em ativista, pois só lhe confere mais atualidade com a dinâmica da vida que tanto conduz os tempos atuais. É postura a ser elogiada, e não rotulada.

A terceira dimensão apontada fala em “Fidelidade Interpretativa”, segundo a qual as disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção

1983.

²⁰ É tarefa da Corte, como guardiã da Constituição, extirpar do cenário jurídico leis inconstitucionais. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 151).

dos seus autores ou ao sentido da linguagem usada. Não temos dúvida de que, além de procedimentalista, o autor é originalista²¹.

Thomas Jefferson já dizia que, partindo da idéia de que a Constituição deve ser interpretada de acordo com a vontade de quem a criou, teríamos, então, o governo dos mortos sobre os vivos²². Não poderia ter sido mais feliz. Ousamos indagar: Os nossos representantes realmente atribuíram algum sentido às leis que aprovaram?

Buscar interpretar a norma de acordo com a intenção do legislador é exercício, no mínimo, místico, mormente num país que enfrenta tamanha crise de legitimidade do Poder Legislativo como o Brasil²³.

Ainda que se descubra qual é o espírito da lei, tentar atribuir à ela tal idéia ao longo dos tempos é outra prática condenável.

O fenômeno da mutação constitucional se mostra a cada dia mais presente²⁴. Vivemos numa sociedade de informação na qual os valores estão a cada dia numa evolução, ou regressão, mais acentuados. Não pode, portanto, o Tribunal, sempre tentar fixar qual a intenção do legislador quando da elaboração da norma.

O próximo critério confirma a nossa expectativa: Brandley é procedimentalista. Assim o é pelo fato de deixar nas entrelinhas o recado segundo o

²¹ Os originalistas entendem que a Constituição teria um único sentido, traçado pelos *founding fathers* e, assim, havendo uma disposição que possibilite uma interpretação variante, o ideal seria o intérprete praticar a “arte” de não decidir, ou seja, o *self restraint*.

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 67.

²³ Fica claro que não nos filiamos à idéia trazida pelos originalistas dentro do Direito Constitucional norte-americano. A Constituição é fenômeno do seu tempo e não pode se resumir a um suposto ideal de quem a fez. Sobre o debate entre originalistas e não originalistas, ver: BORK, Robert H. O que pretendiam os Fundadores. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 23, n 93, p. 6-9, jan./mar. 1990. / RICHARDS, David A. J. A Intenção dos Fundadores e a Interpretação Constitucional. In: BERLOWITZ, Leslie; DONOGHUE, Deniz; MENAND, Louis (Orgs.). *A América em Teoria*. Tradução de Márcio Cavalcanti de Brito Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1993. / TRIBE, Laurence H. Os limites da Originalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 23, n. 93, p. 9-12, ano 23, jan./mar. 1990.

²⁴ Karl Loewenstein, a este respeito, diz: “as inevitáveis acomodações do direito constitucional à realidade constitucional são tidas em conta apenas de duas maneiras, as quais a teoria geral do Estado deu a denominação de reforma constitucional e mutação constitucional. [...] Na mutação constitucional [...] se produz uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que fique incorporada dita transformação no documento constitucional: o texto da constituição permanece intacto. (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976. p. 164).

qual as decisões judiciais não podem se converter num enunciado substantivo, pois sua finalidade é a de somente preservar o processo político.

A nossa Constituição Federal, analítica como é, deixa evidente que para o seu cumprimento não se pode dispensar uma postura substancialista.

O tempo em que vivemos prestigia a chamada força normativa da Constituição. Já dissemos e repetimos: não podemos converter as disposições constitucionais em promessas lançadas ao vento. A Constituição Federal pode até ser uma conseqüência de palanques, mas jamais se converter em um. O que temos é o exercício do Poder Constituinte Originário devidamente estabelecido para erguer uma nação voltada para a proteção dos cidadãos que tão machucados foram em tempos não distantes.

Voltemos à Brandley.

O item 5 goza de incomum atualidade.

Diz ele que a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais.

No Brasil, esse argumento tem sido utilizado para enfraquecer a autoridade do Supremo e, mais além, da própria Constituição Federal.

O exemplo mais recente é o do nepotismo. A Constituição traz de maneira claríssima o princípio da moralidade pública. Cabe ao Supremo a tarefa de guardião da Carta Maior²⁵. Ora, será mesmo que necessitamos de uma lei para dizer que se valer do Estado para auferir gracejos a familiares fere a moralidade pública? Será que a mera expressão “moralidade administrativa” não é suficiente? E a impessoalidade, também não basta²⁶? Honestamente, não temos na prática do Supremo qualquer resquício de ativismo. O que temos é a mera concretização da Constituição Federal, nada mais.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Caput do artigo 102 da Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 jul. 2008.

²⁶ Idem, *Caput do artigo 37 da Constituição Federal*.

A sexta dimensão trazida como critério definidor da prática de ativismo judicial é o fato da decisão judicial suplantar considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo.

Também aqui o Supremo brasileiro não se insere.

Não podemos deixar de lado o fato de que temos uma Constituição que se atreveu a disciplinar tudo e, ao lado disso, um tribunal alçado ao posto de guardião desta Carta. Assim sendo, não pode a Corte dar às costas à responsabilidade que lhe fora dada. Além disso, sempre que se bate à porta do Poder Judiciário se pretende repelir uma ação ou omissão praticada por outrem em afronta à Constituição. Aqui não ingressamos no debate acerca dos aspectos negativos da constitucionalização excessiva²⁷, mas nos parece evidente que temas afeitos ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo sempre serão alvo da atenção do Supremo pelo simples fato de serem eles constitucionalizados.

Não há como fugir. Se a Constituição fala sobre “tudo” e o Supremo é o seu guardião, então a Corte decidirá sobre “tudo”. Não há saída.

Mas voltando ao direito constitucional norte-americano, temos que o debate sobre judicial activism passou a ser alvo da atenção, inclusive, da própria Suprema Corte dos Estados Unidos. O Justice John Paul Stevens, em 1983, no caso *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983), contrapôs a autocontenção ao ativismo judicial²⁸.

Já David Souter, em 1997, no caso *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), narrou cenário segundo o qual caberia ao Legislativo a preferência na tomada de decisões em relação à fatos controvertidos carregados de uma forte conotação política²⁹.

²⁷ Daniel Sarmento, leciona: “Portanto, entendemos que a Constituição não pode ser vista como a fonte da resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas”. (SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da Moeda*. In: _____. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.196).

²⁸ Consta no voto: “My belief that a policy of judicial restraint — one that allows other decisional bodies to have the last word in legal interpretation until it is truly necessary for this Court to intervene — enables this Court to make its most effective contribution to our federal system of government”.

²⁹ Consta no voto: “We therefore have a clear question about which institution, a legislature or a court, is relatively more competent to deal with an emerging issue as to which facts currently unknown could be dispositive. The answer has to be, for the reasons already stated, that the legislative process is to

A expressão caiu no gosto de todos.

1.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Temos uma Corte ativista? Temos um Tribunal trazendo para si a missão de concretizar ideais de competência dos Poderes Legislativos e Executivo? Temos uma confusão no modelo da tripartição dos poderes?

Na verdade, ainda que alguns respondam sim para todos os questionamentos feitos no parágrafo acima, há ainda uma outra pergunta que deve ser feita: até que ponto isso é tolerável?

Adiante, falemos dos males que uma Corte pode causar à sociedade quando adota o *self restraint*.

2 A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA COMO INSTRUMENTO DE RETROCESSO SOCIAL: ESTUDO DE CASOS

Há quem defenda uma postura minimalista da Corte Constitucional. Seria uma posição omissa a levantar a bandeira do não decidir como sendo sempre a melhor decisão. Aliás, o juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte dos Estados Unidos, cunhou frase que certamente deve constituir hino daqueles que perseveram por uma política judiciária defensiva. Disse ele: “a coisa mais importante que fazemos é não-fazer”³⁰.

O próprio Alexander Bickel chegou a comentar as virtudes passivas no exercício da jurisdição constitucional³¹.

Nada obstante haja sobre a prática algum amparo doutrinário, *self restraint* não serve a ninguém. Trata-se de postura acanhada da Suprema Corte que opta por não decidir ou, quando o faz, prefere caminhar por filigranas jurídicas esquivando-se do real debate que lhe fora lançado. Cappelletti leciona bem em relação ao ponto aqui em discussão:

Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma de compromisso partidário, de parcialidade, portanto, e por isso de derrogação daquelas ‘virtudes’ – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos dos tribunais superiores.³²

Imaginemos um exemplo de *self restraint*. Pleiteia-se um habeas corpus em favor de uma figura indesejada pelo Presidente da República. Pela autocontenção³³, a Corte encontra algum obstáculo e rejeita o habeas por ausência de recolhimento de custas.

³⁰ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2.ed. Yale: Yale University, 1986. p. 71.

³¹ *Ibidem*, p. 71.

³² CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 92.

³³ Cf. o caso Olga, narrado por nós em tópico específico. (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A História do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil 1935-1965: Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 28).

A Suprema Corte dos Estados Unidos optou pela postura do self restraint e impôs à sociedade norte-americana décadas de atraso no cumprimento aos direitos civis dispostos na Constituição. De fato, uma apoteose de mediocridade³⁴.

Abaixo, veremos alguns casos que exemplificam tal postura e dele extrairemos todos os males que resultaram de seus julgamentos. Para não ir tão longe, antecipamos um dos resultados: a guerra civil.

2. 1 CHARLES RIVER BRIDGE v. WARREN BRIDGE 36 U.S. 420 (1837)

Em 14 de fevereiro de 1837, a Suprema Corte, vencidos os Ministros Story e Baldwin, decidiu que não viola o direito às obrigações contratuais a concessão firmada pela Assembléia Legislativa de Massachusetts para a construção da ponte sobre o rio Charles, denominada Warren Bridge, com o objetivo de ligar as cidades de Charlestown e Boston, cuja passagem seria livre, sem que houvesse a cobrança de pedágios, nada obstante a Assembléia tenha concedido o mesmo direito à outra empresa, Charles River Bridge Company, porém garantindo-lhe a cobrança de pedágio³⁵.

A Suprema Corte assinalou que o Estado não tem o direito de firmar contrato para proibir a construção de pontes futuras e que a Assembléia Legislativa não concedeu controle exclusivo das águas fluviais ou garantiu qualquer privilégio à companhia Charles River Bridge para aferição de lucro com a construção da ponte.

Entre o direito à propriedade privada, invocado pela Charles River Bridge, e a necessidade de desenvolvimento econômico, a Suprema Corte entendeu que o interesse coletivo para a construção de outros meios de acesso entre os municípios de Boston e Charlestown, seja para fins domésticos ou de negócios, teria prioridade sobre aquele.

³⁴ É o nome dado a um capítulo próprio por Bernard Schwartz em sua obra *Decision: How the Supreme Court decides cases*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p.256.

³⁵ Todo o relato é fruto da leitura da íntegra do julgamento obtido em The Oyez Project, Charles River Bridge v. Warren Bridge, 36 U.S 420 (1837). Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1836/1836_0/>. Acesso em: 20 jul. 2008.

O caso repousa suas raízes na primeira concessão do direito de transporte entre as cidades de Charlestown e Boston realizada pela Assembléia Legislativa de Massachusetts, por uma lei editada em 1636, pela qual era atribuído à Escola de Harvard o direito de dispor da balsa, seja por aluguel ou qualquer outro meio³⁶.

Harvard sempre recolheu pedágios quando os indivíduos utilizavam o transporte sobre o rio Charles, até que, em 1785, com o intuito de melhorar a travessia sobre o rio Charles para fins comerciais, a Assembléia Legislativa de Massachusetts incorporou uma empresa para a construção de uma ponte sobre o rio Charles, garantindo-lhe o direito de cobrar pedágio dos usuários.

Em contrapartida, essa empresa pagaria 200 (duzentas) libras à Escola de Harvard, por 40 (quarenta) anos, o que foi prorrogado por mais 30 (trinta), a título de compensação das perdas de receitas que viriam a ser por ela sofridas.

A construção da ponte sobre o rio Charles, então, foi levada a efeito pela Charles River Bridge Company, que, além de recuperar o investimento, auferiu considerável renda com a cobrança dos pedágios, fato este que, aliado ao aumento progressivo da população de Boston, levou a Assembléia Legislativa de Massachusetts a autorizar, em 1828, a construção de uma nova ponte entre as cidades de Charlestown e Boston, denominada de Warren Bridge.

O tráfego sobre esta nova ponte seria gratuito após poucos anos da sua construção, o que levou os usuários da Charles River Bridge a preferirem, logicamente, a utilizar a Warren Bridge, retirando, desse modo, praticamente toda a receita daquela.

Por esta razão, a companhia de Charles River Bridge ajuizou ação perante a Suprema Corte de Massachusetts contra os proprietários da Warren Bridge, para que fosse impedida a construção da ponte, bem como fosse cassada a autorização concedida pela Assembléia Legislativa do Estado, ao argumento de que esta feria a garantia constitucional americana de cumprimento das obrigações contratuais, tendo em vista que a Assembléia teria permitido a criação de uma ponte para competir com a Charles River Bridge, hostilizando a concessão conferida à companhia.

³⁶ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred. A. Knopf, 2001. p. 49.

A Corte de Massachusetts negou o direito pleiteado pela companhia Charles River Bridge, sendo, então, construída a ponte de Warren Bridge, o que ensejou a interposição de recurso perante a Suprema Corte, alegando que, em 1650, à época em que a Assembléia Legislativa de Massachusetts concedeu a Harvard o direito de exigir pedágios daqueles que se utilizassem a balsa, tal direito era exclusivo da Escola.

A melhor interpretação das leis editadas pela Assembléia Legislativa era a de que haveria garantia de exclusividade para auferir a renda advinda do transporte sobre o rio, por meio dos pedágios cobrados dos usuários da ponte, sendo proibida a construção de outra ponte sobre o mesmo rio, muito menos uma cujo tráfego fosse gratuito.

Em oposição, os advogados da Warren Bridge aduziram que o ato concessionário do direito da companhia Charles River Bridge construir a ponte sobre o rio Charles exarado pela Assembléia de Massachusetts não previa exclusividade na construção de pontes sobre o rio³⁷.

A ponte de Charles River Bridge insistiu que, nada obstante não estivesse expressamente prevista a exclusividade, as cláusulas contratuais levariam à interpretação de que o tráfego exclusivo estaria implicitamente previsto no ato de concessão e que, caso fosse reconhecido tal direito à companhia, restaria expressamente violado o princípio constitucional do direito à propriedade. Da mesma maneira, a permissão para a construção da ponte de Warren Bridge seria verdadeiro confisco por parte do Estado de Massachusetts, na medida em que repassaria a propriedade sobre a ponte ao domínio público.

Rebatendo as alegações, Warren Bridge afirmou que não seria garantido à Assembléia de Massachusetts o direito à exploração exclusiva do tráfego sobre o rio Charles a nenhum particular. Na verdade, a Assembléia deveria prover quaisquer meios para atender aos anseios sociais, de modo seguro e conveniente aos cidadãos, o que não era vislumbrado na exclusividade na prestação do transporte sobre o rio Charles pela companhia de Charles River Bridge.

³⁷ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred. A. Knopf, 2001. p. 49.

De fato, a construção da ponte Warren Bridge beneficiaria a toda população, eis que possibilitaria maior tráfego e gratuitamente.

Igualmente, o assunto referente à permissão para construção de pontes sobre o rio Charles seria de interesse do Estado de Massachusetts, não da Federação norte-americana, pelo que não caberia à Suprema Corte analisar o recurso interposto pelos proprietários de Charles River Bridge.

A Relatoria do recurso foi distribuída ao Ministro Roger Taney, que lhe negou provimento. Relatou que a controvérsia posta nos autos consistia na interpretação que deveria ser dada ao contrato e, segundo ele, esta deveria ser a mais restritiva possível, o que significou a ausência de direito de exclusividade da companhia Charles River Bridge em explorar o tráfego sobre a ponte entre as cidades de Boston e Charlestown.

Ele consignou que os contratos firmados com o Estado deveriam ser lidos do modo mais literal possível e, havendo dúvida quanto à determinada cláusula, a interpretação a ser dada seria a mais favorável ao interesse público³⁸.

Assim como há o dever de respeito ao contrato e ao direito de propriedade, não seria possível olvidar que a comunidade também era detentora de direitos e que a felicidade e o bem-estar de cada cidadão dependeriam da garantia de seus interesses pelo Estado. Nesse sentido, assinalou que “em um país como o nosso, livre, ativo e empreendedor, em crescente ascensão de riqueza, novos meios de comunicação são necessários para garantir o comércio e, essencialmente, o conforto, a conveniência e a prosperidade do povo”.

Não haveria, assim, nenhuma possibilidade de que o Estado de Massachusetts concedesse monopólio na exploração do tráfego sobre o rio Charles, acima ou abaixo da ponte Charles River Bridge, ou atribísse quaisquer sanções sobre os investidores que viessem a explorar tal segmento, em prol, como se frisou, do interesse público.

Assinalou que a permissão para a construção da nova ponte, Warren Bridge, em nada afetou o contrato firmado com a companhia Charles River Bridge, eis que não interrompeu a utilização da ponte ou sequer tenha a tornado menos conveniente

aos cidadãos. Ao revés, o direito de cobrar pedágios permaneceu intacto, em nada afetando, diretamente, o contrato firmado.

O próximo Ministro a votar, Ministro McLean, reconheceu que a companhia Charles River Bridge teria direito de exclusividade sobre a ponte, remetendo-se à anterior concessão de Massachusetts à Escola de Harvard para explorar o tráfego entre referidas cidades.

A Assembléia havia exigido que Charles River Bridge pagasse o valor de 200 libras anualmente pela construção da ponte, como forma de compensação pelos investimentos despendidos, tais como manutenção da ponte, iluminação da área ao redor, mantendo o equilíbrio entre o direito de propriedade e o interesse público.

Para ele, a Assembléia Legislativa não teria o direito de, sem indenização, conceder à outra companhia o direito de exploração do tráfego sobre o rio Charles, sob pena de se incorrer em violação ao direito constitucional de propriedade e da preservação dos contratos, o que ocorreu no caso em exame.

Ocorre que, nada obstante houvesse o direito à indenização em razão de se ter autorizado a construção de uma nova ponte sobre o rio Charles, essa matéria, para o Ministro McLean não poderia ser decidida no âmbito da Suprema Corte americana, tendo em vista que esse assunto deveria ser resolvido na esfera estadual, não federal.

Os Ministros Barbour, Thompson e Wayne votaram com o Ministro McLean, reconhecendo a violação ao direito de propriedade pela permissão da construção da Warren Bridge sem que Charles River Bridge fosse indenizada, mas que tal controvérsia deveria ser solucionada na esfera estadual.

Divergiram os Ministros Story e Baldwin, os quais reconheceram a ofensa ao direito constitucional de propriedade da companhia Charles River Bridge pela autorização de construção de outra ponte pela Assembléia Legislativa de Massachusetts sem que houvesse indenização.

³⁸ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred. A. Knopf, 2001. p. 49.

Entenderam que a construção de uma nova ponte sobre o rio Charles, de fato, favoreceria o incremento das trocas comerciais entre as cidades de Boston e Charlestown, corroborando com a consecução dos fins públicos.

Ocorre que a desconsideração da existência de um contrato firmado anteriormente com a companhia de Charles River Bridge viola frontalmente direitos assegurados na Constituição americana de propriedade e do cumprimento das obrigações contratuais, assim como princípios do common law³⁹.

Nota-se que, nada obstante a natureza dos direitos envolvidos no caso Charles River Bridge v. Warren Bridge tivesse natureza constitucional, essencialmente o direito de propriedade, cinco dos Ministros da Suprema Corte entenderam que não era de sua competência o julgamento de qualquer recurso, mas, sim, do Estado de Massachusetts, onde se dera a controvérsia.

Vejamos que há, aqui, uma postura de autocontenção a partir do momento em que integrantes da Suprema Corte remetem para outra esfera de decisão o resultado de um julgamento que lhes fora posto. O self restraint é visto, pois há uma tentativa de afastar o resultado do feito da alçada da Suprema Corte.

Ainda assim, votaram os cinco Ministros com o Relator, Ministro Roger Taney, que afirmara ser o interesse público da construção de nova ponte suficiente para que a Assembléia deliberasse pela concessão, independentemente de cobrança de qualquer indenização à companhia Charles River Bridge.

2.2 DRED SCOTT v. SANDFORD 60 U.S. 393 (1857)

O caso Dred Scott v. Sandford foi decidido pela Suprema Corte americana, em 1857, e tinha por objeto o reconhecimento do direito à liberdade de Dred Scott⁴⁰.

³⁹ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University, 1993. p. 76.

⁴⁰ Todo o relato é fruto da leitura da íntegra do julgamento obtido em The Oyez Project, Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857). Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1836/1836_0/>. Acesso em: 20 jul. 2008.

Sem dúvida, o mais dramático caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em tempo de uma postura ativa, mas para negar direitos⁴¹. O resultado, como veremos, dividiu um país⁴².

Caminhemos com os fatos.

Scott era um escravo africano residente em Missouri. No ano de 1833, mudou-se juntamente com seu proprietário, Dr. John Emerson, para o Estado de Illinois, e depois Wisconsin, nos quais a escravidão havia sido abolida, por força do Compromisso de Missouri de 1820.

Em outubro de 1837, Emerson foi removido para Saint Louis, em Missouri, mas deixou Scott e sua família em Wisconsin trabalhando ainda como escravo.

Posteriormente, em novembro de 1827, Emerson foi novamente transferido para Louisiana e, após algum tempo, casou-se com Irene Marie Sandford. Foi então que, em 1840, Dr. Emerson foi recrutado para servir o exército na guerra civil da Flórida, razão pela qual deixou sua esposa e seus escravos, os Scotts, em Saint Louis.

Ao retornar da Flórida, Dr. Emerson foi residir em Iowa, porém deixando a família Scott em Missouri, novamente, para realização de serviços escravos.

Dr. Emerson faleceu, no ano de 1843, permanecendo a família Scott em trabalho escravo por mais três anos, sob o comando da viúva, Irene Marie Sandford.

Diante dessa situação, em fevereiro de 1846, Scott ajuizou uma ação objetivando o reconhecimento de sua liberdade de Irene Emerson, sob o fundamento de que, como havia residido em Illinois e Wisconsin, estados livres, nos quais a escravidão era proibida, teria adquirido o direito à liberdade, não podendo voltar a ser escravo no Estado de Missouri.

Em 1850, o júri acolheu a tese do ex-escravo Scott, por entender que ele e sua família haviam obtido a liberdade legalmente quando residiram em Wisconsin, uma vez que naquela região a escravidão era proibida.

⁴¹ SCHWARTZ, Bernard. *A book of legal lists: the best and worst in American law, with 150 Court and Judge Trivia Questions*. Oxford: Oxford University, 1999. p. 71.

⁴² BURT, Robert. *The Constitution in Conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 2.

Irresignada, Sandford interpôs recurso de apelação perante a Suprema Corte de Missouri, a qual reformou a decisão proferida em primeira instância para declarar que a família Scott ainda era escrava, devendo, portanto, servir seu proprietário.

Após, Dred Scott recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, arguindo o reconhecimento de seu direito à liberdade, pois como residia em um território livre, tornara-se, conseqüentemente, um homem livre.

A Suprema Corte americana, primeiramente, iniciou a apreciação do caso pela sua admissibilidade. O Ministro Taney, então, invocou o artigo II, seção 2, cláusula 1 da Constituição dos Estados Unidos que dispunha acerca da competência da Corte para julgar casos cujos cidadãos residissem em diferentes Estados.

Nesse momento, a Corte, por maioria, entendeu que Scott não era um cidadão de um estado, na acepção do termo “cidadão” conferida pela Constituição, e, conseqüentemente, não era capaz para submeter um pedido judicial.

Igualmente, o reconhecimento de um indivíduo como um cidadão vinculado a um determinado estado, nos termos do artigo III da Constituição, é atribuição federal. Isso significa dizer que, apesar de qualquer Estado poder reconhecer a cidadania, ou mesmo instituir requisitos para tal declaração, de acordo com as regras estaduais, nenhum Estado tem competência para explicitar o conteúdo de cidadão do artigo III da Constituição. Ou seja, apenas as cortes federais poderiam dizer quem seriam os cidadãos americanos⁴³.

Desse modo, segundo o voto condutor do Ministro Taney, nenhum Estado poderia naturalizar um estrangeiro e conferir-lhe direitos e privilégios assegurados aos cidadãos dos estados-membros dos Estados Unidos da América sem que a Constituição da Federação assim previsse.

Logo, nenhum estado-membro, por nenhum ato normativo poderia introduzir um novo membro na comunidade política americana criada pela Carta Constitucional dos Estados Unidos se este membro não atendesse os pressupostos nela estabelecidos.

⁴³ MCCLOSKEY, Robert. G. *The American Supreme Court*. Chicago. Chicago: Chicago University Press, 1994. p. 61-64.

Nesse sentido, Scott não seria considerado um cidadão conforme as disposições da Constituição, para a qual todos os indivíduos africano-americanos eram seres inferiores, que não poderiam se misturar à raça branca, tanto nas relações sociais como políticas, bem como não teriam direitos que pudessem ser reconhecidos pelos brancos.

Vejamos que a narrativa empregada pelo *Chief Justice* é detestável⁴⁴.

Caso assim não se entendesse, a Suprema Corte americana ressaltou que, com o reconhecimento do direito à liberdade de Dred Scott apenas pelo fato de ter residido em um estado-membro livre, contrário à escravidão, seria impulsionado o movimento de fuga e livre trânsito dos negros quando eles bem entendessem e, conseqüentemente, o direito à total liberdade nos locais públicos, como freqüentar ambientes próprios para brancos, o que seria inadmissível para as disposições constitucionais americanas.

A Suprema Corte concluiu que Dred Scott não tinha, sequer, capacidade civil para demandar judicialmente⁴⁵. Tristes tempos. Não é à toa que Godoy nos diz que: “O caso Dred Scott é talvez o mais odioso julgamento do direito constitucional norte-americano”⁴⁶.

Nada obstante não ter sido reconhecida a capacidade civil de Scott, a Suprema Corte declarou que ele não era um homem livre, apesar de residir em território em que a escravidão era proibida. Para tanto, a Corte declarou a inconstitucionalidade do Compromisso de Missouri, porquanto a Quinta Emenda Constitucional vedava ao Poder Legislativo estadual a privação da relação entre os escravos e seus proprietários. Sendo assim, o Compromisso de Missouri não tinha competência para abolir a escravidão, pelo que foi declarado inconstitucional⁴⁷.

Novamente, constata-se a passividade da Suprema Corte americana em aplicar os direitos fundamentais, nesse caso, essencialmente, o da liberdade e da

⁴⁴ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. Chicago: Chicago University, 1980. p. 156-157.

⁴⁵ LOCKHART, William B. et tal. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul, Minn: West Publishing, 1996.

⁴⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2006. p.55.

dignidade da pessoa humana⁴⁸. Dred Scott é a grande mancha⁴⁹ da Suprema Corte nos Estados Unidos e a mácula maior na biografia de Taney⁵⁰.

Anos depois, 1860, a guerra civil estourou e, o problema criado pela adoção do *self restraint*, só foi sanado com a aprovação da 14ª emenda à Constituição norte-americana⁵¹.

2.3 ABLEMAN v. BOOTH 62 U.S. 506 (1859)

Este caso consiste em duas controvérsias firmadas entre Sherman Booth e Ableman, marechal do Distrito de Wisconsin, e Sherman Booth e os Estados Unidos da América, cujo objeto referia-se à liberdade de um escravo fugitivo, e a apreciação do recurso foi feita pela Suprema Corte americana no ano de 1859.

O caso origina-se, em 1854, com a captura de um escravo fugitivo pertencente a Benjamin Garland. O proprietário do escravo, Joshua Glover, dirige-se ao Distrito de Wisconsin para recapturá-lo.

Em decorrência, fundamentando seu direito na Lei dos Escravos Fugitivos, datada de 1850, ajuizou reclamação perante o representante dos Estados Unidos em Milwaukee, que, imediatamente, emitiu mandado de prisão de Glover. O delegado, em cumprimento ao mandado, dirigiu-se ao local em que Glover estava, invadiu seu domicílio e levou-o ao Presídio de Milwaukee.

⁴⁷ Consta do voto: "Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution; and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional".

⁴⁸ Todos os bastidores do julgamento, bem como as conseqüências suportadas pelo Chief Justice Taney são brilhantemente narradas por William H. Rehnquist. (REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred. A. Knopf, 2001. p. 53-69).

⁴⁹ Ackerman frisou: "From a moral point of view, Dred Scott is the single darkest stain upon the Court's checkered history". (ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. p. 63).

⁵⁰ Seminal o registro sobre as impressões do caso narradas por Bernard Schwartz no capítulo Watershed Cases: Dred Scott v. Sandford, 1857. (SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 105-125).

⁵¹ FEHRENBACHER, Don E. *Slavery. Law & Politics: the Dred Scott Case in Historical Perspective*. New York: Oxford University Press, 1981.

Este evento comoveu grande número de indivíduos, cerca de 100 (cem) que se manifestaram contra a Lei do Escravo Fugitivo em Milwaukee. Foi nesse contexto que Sherman Booth, homem de ideologia abolicionista e editor de um jornal anti-escravista, impetrou habeas corpus perante a Corte local.

O delegado federal e o xerife municipal não cumpriram a ordem mandamental que concedeu o habeas corpus a Glover, tendo em vista que a ordem de prisão advinha de comando federal, o qual não poderia ser revogado por uma concessão estadual.

Todavia, um grupo de abolicionistas invadiu o presídio e soltaram Glover, que nunca mais foi capturado. Por essa razão, Sherman Booth foi acusado de violar lei federal, por terem colaborado com a fuga do escravo.

Trata-se do início de longa batalha entre os poderes estadual, que havia deferido o habeas corpus, e federal, o qual mantinha a posição firme de que o movimento abolicionista deveria ser sancionado, em virtude da Lei dos Escravos Fugitivos de 1850, iniciada perante a Suprema Corte de Wisconsin.

Inicialmente, o marechal dos Estados Unidos no Distrito de Wisconsin, Stephen Ableman, deteve Sherman Booth pelo cometimento de infração à Lei dos Escravos de 1850, o que levou este último a impetrar habeas corpus perante a Suprema Corte de Wisconsin. A ordem foi deferida, sob o fundamento de que referida Lei de 1850 seria ilegal e inconstitucional, além de o mandado de prisão ser deficitário, na medida em que não descreveu a conduta ofensiva e de que modo a lei seria aplicável à espécie.

Assim que a Corte de Wisconsin deferiu o writ, determinou a notificação do marechal Ableman para ciência da liberação do corpo, o qual, ao receber a informação judicial, invocando a ordem de prisão deferida pelo representante federal, manteve a prisão. No entanto, o tempo passou e não era mais possível manter Sherman detido cautelarmente, por força da lei americana, motivo pelo qual foi liberado.

Não contente com os fatos, o marechal recorreu à Suprema Corte de Wisconsin, demonstrando que a decisão estadual para determinar a liberação de Booth estava incorreta, pois fora deferida contra dispositivo legal. A Suprema Corte

de Wisconsin manteve a liberdade de Sherman, assinalando que teria competência para afastar a Lei dos Escravos Fugitivos de 1850.

Paralelamente, inicia-se o segundo caso, *United States v. Booth*. O representante da Federação americana no Distrito de Wisconsin, diante da libertação de Booth, ajuizou ação perante o juízo federal no referido distrito. O caso, após submetido a júri, foi julgado e Booth condenado pela prática de ato infracional à Lei de 1850.

Seqüencialmente, o prisioneiro recorreu à Suprema Corte de Wisconsin, que determinou, novamente, a liberdade de Sherman Booth, sob o fundamento de que a Lei aplicada ao caso seria integralmente inconstitucional, além de o juízo federal não ter competência para julgar a ação promovida pela União Federal, determinando a anulação de todos os atos anteriores. O marechal, então, interpôs recurso para a Suprema Corte americana, o qual foi retido pelos seus membros, decretando esta, definitivamente, a liberdade de Sherman.

Foi então que, em 1856, o Advogado Geral da União apresentou ao Presidente da Suprema Corte americana, Roger Taney, o ocorrido, pontuando que o recurso dirigido à Corte encontrava-se em poder do oficial de justiça da Corte de Wisconsin. Em 1857, a Suprema Corte requereu as peças e iniciou o julgamento da lide.

Como se denota, firmou-se a disputa a respeito da competência para julgamento da controvérsia, validade ou não da Lei dos Escravos Fugitivos de 1850, e o pronunciamento da Suprema Corte americana atingiu ambos os casos.

A Corte, por acórdão decidido à unanimidade, reconheceu que a Lei dos Escravos Fugitivos de 1850 era válida.

De fato, antes do voto, consignou que a autonomia dos estados da federação americana tratava-se de elemento essencial a esta forma de governo, advinda da própria Constituição americana. Nesse modelo, os estados-membros são dotados de soberania, mas cedem parte dela aos órgãos políticos comuns, pelo que poderiam agir livre e independentemente. Ou seja, tanto os estados-membros como a União Federal teriam autonomia soberana, porém exercidas em diferentes momentos.

Por essas razões, não seria lícito aos estados-membros deixarem de cumprir uma lei federal, como a Lei dos Escravos Fugitivos de 1850, conforme fizera a Suprema Corte de Winconsin, tendo em vista que a competência constitucional para regular tais temas seria da Federação, não podendo qualquer estado-membro agir de encontro aos seus dispositivos.

Com essa atitude, a Suprema Corte de Winconsin, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei de Escravos Fugitivos de 1850, o Estado subverteria os fundamentos basilares do governo americano, tendo em vista que todos os dispositivos da lei mencionada foram editados em perfeita consonância com o que dispunha a Constituição dos Estados Unidos da América.

Logo, o marechal deveria manter Booth detido, em obediência ao que dispunha a Lei de Escravos Fugitivos de 1850, desconsiderando as ordens judiciais que deferiram os habeas corpus ao abolicionista.

Como se extrai do exame desse caso, do mesmo modo, a Suprema Corte americana reconheceu a validade da Lei dos Escravos Fugitivos, editada em 1850, tendo em vista que fora editada em conformidade com as regras de divisão de competência entre os entes federados estabelecidas na Constituição dos Estados Unidos da América, e decretou a ilegitimidade da Suprema Corte de Winconsin em afastar referido ato normativo em prol do direito constitucional à liberdade de expressão.

A Suprema Corte americana deixou de aplicar direito subjetivo basilar a Sherman Booth em razão de haver lei que dispunha o contrário, pela possibilidade de aplicação da pena de detenção do indivíduo, omitindo-se no reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais da Constituição.

Qual o valor que há num Tribunal que nada faz para preservar direitos fundamentais assegurados pela Constituição aos cidadãos? Nenhum.

2.4 PRIZE CASES 67 U.S. 635 (1863)

Trata-se de caso apreciado pela Suprema Corte americana em que a Corte decidiu pela constitucionalidade do ato do Presidente Lincoln, cuja ideologia era anti-escravista, consubstanciado no bloqueio dos portos do sul.

O principal fundamento invocado pela Corte Constitucional americana foi o de que, nada obstante a Constituição Federal preconizasse a proibição do Congresso e do Presidente para declararem guerra contra qualquer estado-membro, por força do princípio federativo, haveria uma ressalva naquelas hipóteses em que os próprios estados-membros travassem conflito contra os Estados Unidos da América, como foi o caso de Virgínia naquele ano de 1861. Nessa ocasião, o Presidente teria poderes para, ele próprio, conter a revolta estadual, sem a autorização legislativa.

Em 1861, Abraham Lincoln foi eleito o Presidente dos Estados Unidos. Dentre os problemas mais importantes que o Presidente enfrentaria em seu mandato, seria o movimento de abolição da escravidão perpetrado por grande parte dos estados-membros do norte do país. A união entre tais estados conduziu, inclusive, em fevereiro do mesmo ano, à criação de uma confederação, com governo e constituição próprios, que era liderada por Jefferson Davis⁵².

Como o Presidente americano era defensor da abolição da escravidão nos Estados Unidos e visando conter o movimento sulista separatista, em 19 de abril de 1861, Abraham Lincoln ordenou o bloqueio dos portos da Confederação sulista, especificamente os dos estados-membros da Virgínia e Carolina do Norte, declarando que os Estados Unidos estariam em guerra civil⁵³.

Todavia, quatro navios desobedeceram à determinação presidencial e foram todos capturados. O primeiro trata da embarcação Amy Warwick, pertencente à Richmond, que havia retornado do Brasil com carregamento de 5.100 sacas de café.

⁵² GODOY, Arnaldo Sampaio. *Direito comparado: Introdução ao direito constitucional norte-americano*. Disponível em: <www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/direitoComparado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2008.

⁵³ *Ibidem*.

Assim que Amy desembarcou em Cape Henry, desconhecendo as determinações de bloqueio dos portos, foi apreendido e conduzido a Boston pelo Quaker City.

Outro caso de apreensão ocorreu com Hiawatha, navio britânico, com carregamento de tabaco, que fora capturado no trajeto Richmond a Liverpool, quando a Guerra Civil havia iniciado, e levado para Nova Iorque. Seus donos alegaram, da mesma forma, que não tinham conhecimento do bloqueio marítimo.

O mesmo aconteceu com Brillante, um navio mexicano que, após adentrar Nova Orleans, foi, da mesma forma, capturado. Por fim, o Crenshaw, que levava tabaco para Liverpool, foi, igualmente, apreendido e levado para o departamento americano de controle marítimo. Em todos os casos a apreensão das embarcações marítimas foi mantida pelos juízes locais, à alegação de que eram propriedades inimigas, eis que descumpriram determinação presidencial⁵⁴.

Após as apreensões serem mantidas pelos juízes locais, os proprietários das embarcações, conjuntamente denominados “The Prizes cases”, recorreram à Suprema Corte americana, arguindo que o Presidente Lincoln não teria o direito de determinar o bloqueio dos portos americanos e capturar as embarcações à alegação de que elas seriam propriedades inimigas.

Assim, como as embarcações desconheciam a guerra, não seria lícito ao Presidente determinar a sua apreensão, na medida em que elas não pertenciam a qualquer dos pólos em guerra, norte e sul americanos. Da mesma forma, sustentaram que o Presidente Lincoln não poderia determinar o bloqueio dos portos, recorrendo a meios bélicos, sem a autorização do Poder Legislativo.

Abraham Lincoln defendeu que, ante o estado de guerra iniciado pelos estados-membros do Sul, em oposição ao governo, após os protestos realizados no Forte de Sumter, seria-lhe garantido o direito a tomar medidas unilaterais, eis que estas tinham a finalidade de proteger a nação americana.

A Suprema Corte americana, ao apreciar a lide, acolheu a tese de Abraham Lincoln, no sentido de que as manifestações separatistas dos estados-membros do sul, entre elas a reunião para formação de uma confederação autônoma, bem como

a dissipação da ideologia anti-escravagista, seriam suficientes para que o Presidente, chefe do Poder Executivo adotasse quaisquer medidas para a contenção das insurreições sulistas, inclusive por meio do bloqueio marítimo.

Para a Corte, essa medida não violaria os princípios do direito internacional, sequer a captura das embarcações que transitavam pela região sul, pois, nada obstante elas trafegassem para fins comerciais, deveriam ter conhecimento da “guerra” interna e, assim, optar por rota diferente.

Já que não o fizeram, seria perfeitamente legítima sua apreensão, eis que o descumprimento da ordem presidencial para não trafegar pela região marítima do sul seria conduta que, suficientemente, mereceria a declaração de propriedades inimigas pelo governo americano.

No tocante à capacidade do Presidente para declarar o bloqueio dos portos, a Suprema Corte, de fato, defendeu o ponto de vista de Abraham Lincoln. Nesse sentido, afirmou que, conforme preceitua a Constituição, apenas o Congresso teria o poder de declarar guerra nas esferas nacional e internacional, mas não poderia declarar guerra contra qualquer estado-membro.

Por outro lado, a Constituição conferia ao Executivo o inteiro poder de execução das leis, além de ser o chefe das Forças Armadas dos Estados Unidos. Ou seja, o Poder Executivo não poderia declarar guerra, seja na esfera nacional ou internacional, mas seria autorizado a utilizar as forças militares no caso de invasão estrangeira ou para contenção de insurreições internas contra o governo estatal ou nacional.

É que, conforme assinalou o Ministro Robert Grier⁵⁵, o Presidente americano seria a autoridade com atribuição para determinar o bloqueio dos portos do sul, na medida em que a medida não consistia na declaração de uma guerra, para os fins da Constituição. Para ele, uma guerra civil nunca é proclamada publicamente e, por esta razão, a atribuição para adoção de quaisquer medidas seria do Presidente.

⁵⁴ Todo é relato é fruto da leitura da íntegra do julgamento obtido em The Oyez Project, The Prizes Cases, 67 U.S 635 (1863). Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1862/1862_0/>. Acesso em: 10 set. 2008.

⁵⁵ SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 131-132.

O Ministro Nelson ficou vencido no julgamento, defendendo que não havia uma guerra civil nos Estados Unidos até que o Congresso a declarasse e, por isso, o Presidente não poderia declará-la ou reconhecer sua existência na acepção reconhecida pela Constituição, a qual consiste em direitos bélicos.

A Suprema Corte americana aprovou o ato do Presidente Abraham Lincoln de declaração de guerra civil nos Estados Unidos, tendo em vista que se amoldava às atribuições constitucionais do Poder Executivo em adotar medidas sancionais contra insurreições regionais contra o governo, ainda que atingisse membros não-nacionais, como o ocorrido na apreensão das embarcações comerciais.

Em outros termos, a Suprema Corte americana reconheceu que não poderia limitar ou interferir na atuação do Poder Executivo para a defesa dos interesses nacionais, uma vez que a Constituição assim distribuía as competências, ainda que, como no caso ora relatado, restassem violados princípios de direito internacional.

3 A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA COMO INSTRUMENTO DE AVANÇO SOCIAL

Lêda Boechat nos diz com acerto:

Em nenhum dos países que seguiram mais de perto ou mais de longe o modelo constitucional americano, um tribunal alcançou a notoriedade, o prestígio e a atenção generalizada que cercam a Suprema Corte dos Estados Unidos, nem, como esta, se colocou no centro de tempestades políticas tão violentas e foi objeto de tanta controvérsia.⁵⁶

Buscando uma referência histórica sobre o fenômeno denominado ativismo judicial temos, nos Estados Unidos, sua raiz ocidental moderna, por meio das inovadoras decisões proferidas pela Corte de Warren⁵⁷, assegurando direitos civis ainda não reconhecidos pela Suprema Corte e alvo de omissão por parte dos Poderes Públicos.

A Corte de Warren é como ficou conhecida a Suprema Corte dos Estados Unidos quando estava sob o comando do *Chief Justice* Earl Warren, no período de 1953 a 1969. Nesse tempo, o Tribunal avançou fortemente rumo a garantia de direitos até então negados aos americanos.

Anthony Lewis, descrevendo Earl Warren⁵⁸, registrou: “Cada um de seus votos, era como uma norma criada de novo – uma apresentação do problema

⁵⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991. p.18-19.

⁵⁷ Sobre a composição da Corte de Warren, ver: MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 37.

⁵⁸ Destaco, contudo, que o professor norte-americano, John Hart Ely, propõe uma visão procedimental da atuação da Corte de Warren. Para ele, “As sentenças constitucionais da Corte de Warren evidenciam uma estrutura profunda significativamente diferente do enfoque orientando aos valores propiciado pela academia”. Prossegue o autor: “A Corte de Warren foi a primeira a atuar seriamente com base nele. Foi também a primeira a avançar até o terreno das restrições ao sufrágio e à má distribuição e, uma vez ali, ocupá-lo com seriedade. Certamente se trataram de decisões intervencionistas, mas tal intervencionismo não esteve orientado pelo desejo de parte da Corte de reivindicar alguns valores substantivos particulares, que houvesse determinado como importantes ou fundamentais, mas sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é onde propriamente se identificam, pesam e ajustam tais valores – estivesse aberto a pessoas de todos os pontos de vista em condições que se aproximam da igualdade”. (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 98).

naquele caso, quase dando a impressão de que não existiam precedentes ou teorias em contrário, como inevitavelmente acontece”.⁵⁹

Contudo, a postura criativa de juízes nem sempre é bem vista. Lord Devlin, em 1975, registrou:

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.⁶⁰

Antes de darmos início, vale o destaque de que esse período enfrentava, em relação aos direitos civis, uma contumaz negativa de concretização por parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em atendimento a uma parcela de *american citizens* por eles representados que queriam a manutenção de um modelo que fazia prevalecer a discriminação racial estatal lançando os negros americanos às algemas da opressão e da intolerância. Tempos difíceis na América.

Percebam a intensidade dos temas tratados nas decisões mais à frente narradas. Imagine que, por meio delas, o rumo de uma nação foi alterado por completo.

3.1 CASOS ESPECÍFICOS

Em *Brown v. Board of Education of Topeka*⁶¹, 347 U.S. 483 (1954), foi reputada inconstitucional a segregação racial predominante nas escolas públicas no

⁵⁹ WARREN, Earl apud LEWIS, Anthony. *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*. Their Lives and Major Opinions. New York: Editors Leon Friedman and Fred L. Israel, 1969. p. 2.724 - 2.726.

⁶⁰ DEVLIN, Patrick. Baron Devlin. *Judges and Lawmakers*. Modern Law Review, Oxford, n. 39, 1975, p. 16.

⁶¹ Registro seminal acerca do emblemático caso temos em: MARTIN JR., Waldo E. *Brown v. Board of Education: a brief history with documents*. Boston: Bedford/St. Martin's, 1998. Outra obra recomendada: CHAMBERS, Julius L. Race and equality: the still unfinished business of the Warren Court. In: SCHWARTZ, Bernard. *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 21-67.

Sul dos Estados Unidos⁶² ultrapassando o precedente *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), segundo o qual a segregação nos transportes ferroviários havia sido reputada compatível com o princípio da igualdade⁶³.

Em *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957), o Tribunal julgou os limites do poder do Congresso, seu poder investigatório em caso de instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, decisão que talvez tenha inspirado, posteriormente, o Ministro Celso de Mello, quando de julgamento de tema semelhante pela nossa Suprema Corte, o caso da CPI dos Bingos, mais adiante tratado por nós.

Em *Baker v. Carr*⁶⁴, 369 U.S. 186 (1962), a Corte reviu o precedente *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946), passando a admitir que a ordenação dos distritos eleitorais era matéria sujeita a revisão judicial, e não mais uma ‘questão política’. Admitida a possibilidade do controle judicial, a Corte, em *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), formulou o princípio “um homem um voto”⁶⁵. Essa postura em

⁶² CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. Chicago: University of Chicago, 1983. p. 92.

⁶³ Ackerman critica fortemente a decisão da Corte: “Enfim, o dispositivo Brown permanece no pólo oposto dos documentos que devemos redescobrir no curso da nossa confrontação com a Fundação, a Reconstrução e o New Deal – como, por exemplo, os Jornais Federalistas de 1780, o Congressional Globe da década de 1860 e o Public Addresses of Presidente Roosevelt no decorrer da década de 1930. Esses escritos contêm apelos inspirados ao povo solicitando apoio contra as objeções jurídicas levantadas por líderes da oposição. Ao contrário, o dispositivo Brown trata-se de uma tentativa populista ou profética para “esfriar” o debate, e não uma tentativa populista ou profética para “aquecê-lo”. Ele não convida a nação a se engajar em uma nova fase da política constitucional, mas simplesmente estabelece o momento em que os estadunidenses passam a submeter-se aos princípios jurídicos previamente determinados pelo povo no passado. Acredito que o caráter ameno do dispositivo Brown foi uma fonte de desapontamento secreto para os partidários da missão profética da Corte, que teriam preferido que Earl Warren antecipasse o grande discurso “I Have a Dream” de Martin Luther King, uma década mais tarde, perante a um grande número de circunstâncias políticas diversas. Surpreendentemente, ele demonstrou ser insatisfatório para aqueles voltados para os aspectos legais. Um marco decisivo na aceitação do parecer foi a Palestra Holmes ministrada pelo Professor Herbert Wechsler, na Universidade de Direito de Harvard, em 1959. Um dos maiores juristas de seu tempo, Wechsler dedicou sua vida à reforma jurídica progressiva. No entanto, ele não encontrou uma base de princípios para justificar o dispositivo Brown: ‘gostaria de encontrar uma saída, mas confesso não ter elaborado ainda o meu parecer. Redigi-lo é para mim o desafio da jurisprudência relacionada aos casos de segregação’. A expressão de tal ansiedade por parte de um erudito tão prestigiado gerou uma série de manifestações provenientes dos defensores do dispositivo Brown – cada um deles oferecendo uma alternativa para o parecer de Warren que sobrevivesse às críticas de Wechsler”. (ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 200-201).

⁶⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 66.

⁶⁵ Segundo Horwitz, nesse tempo o problema da má ordenação de distritos eleitorais assumia ares de acentuada gravidade nos Estados Unidos, pela recusa dos legisladores em redesenhar os distritos mesmo após sensível alteração da distribuição da população no território nacional, decorrente,

muito se assemelha à posição do nosso Supremo quando do julgamento de temas como a “fidelidade partidária”, “verticalização das coligações partidárias” e “número de vereadores no município de Mira Estrela/SP”. Entretanto, o nosso momento brasileiro ainda não chegou. Mais à frente passaremos ao estudo da nossa jurisprudência.

Continuo seguindo com a Corte de Warren.

Em *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), consagrando a liberdade de imprensa⁶⁶, o voto condutor do Juiz William Brennan consignou: “[...] o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis ao governo e às autoridades governamentais”⁶⁷.

Em *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), foram invalidadas diversas leis estaduais que negavam prestações estatais de caráter social àqueles que não comprovassem que residiam nas respectivas localidades por pelo menos um ano.

Em *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), invalidou-se lei estadual que proibia a comercialização ou utilização de anticoncepcionais, reconhecendo a existência de um *right of privacy* não previsto expressamente na Constituição norte-americana⁶⁸.

principalmente, do crescimento dos centros urbanos. (HORWITZ, Morton F. *The Warren Court and the pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998, p. 82).

⁶⁶ Moro nos diz: “[...] policiais do Estado do Alabama processaram por danos contra a honra o jornal *The New York Times*, por publicar anúncio pago, que solicitava auxílio financeiro para a defesa de Martin Luther King e que continha diversas declarações errôneas quanto à conduta de policiais em relação àquele ativista. A Corte entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão, salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou com desconsideração negligente em relação à verdade. (MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48).

⁶⁷ LOCKHART, William B. et tal. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul, Minn: West Publishing, 1996. p.666.

⁶⁸ Ackerman, cada vez mais ácido, dispara: “[...]. A Corte decidiu o caso *Griswold* em meio ao movimento constitucional mais bem sucedido da nossa era: com Lyndon Johnson na Casa Branca e Martin Luther King nas ruas, o povo estadunidense trabalhava para renovar e expandir seu compromisso constitucional com a igualdade racial. Na verdade, podemos utilizar o movimento dos direitos civis em 1965 como marco contemporâneo para acessar o teor de apoio popular que a Suprema Corte esperava como resposta ao caso *Griswold*. Lyndon Johnson não lutava há uma década no Senado pelo Plenejamento familiar; nem sua avassaladora vitória sobre Barry Goldwater permitiu-lhe reivindicar o mandato do povo sobre tais questões; e das massas populares dos cidadãos norte-americanos à maneira de Martin Luther King. Exatamente como ocorreu com o caso *Brown*, a interpretação política de *Griswold* sugeria que a Corte desempenhava uma função de profeta na República estadunidense moderna. [...] Entretanto, os dispositivos *Brown* e *Griswold*,

Abaixo, o estudo detalhado de alguns desses e de outros casos.

3.2 GIDEON v. WAINWRIGHT, 372 U.S. 335 (1963)

Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), reconheceu-se aos acusados perante tribunais estaduais o direito a assistência judiciária provida pelo Estado se eles não tivessem condições de contratar um advogado.

Este caso foi apreciado pela Suprema Corte americana, no ano de 1963, e sedimentou regra do direito processual penal, considerando-se nula a condução de processo penal sem a presença de um advogado para realização da defesa do réu, sob o fundamento de que este direito seria corolário do devido processo legal, inserto na Constituição americana pela 14^a Emenda Constitucional⁶⁹.

O caso iniciou com a ocorrência de um assalto em 3 de junho de 1961 em Bay Harbor Pool, na Cidade do Panamá, Flórida, no qual o criminoso teria quebrado a janela para furtar uma máquina de cigarros e dinheiro. Após investigações, uma testemunha apontou que teria visto Clarence Earl Gideon no mesmo dia e no mesmo local do crime, o que levou a polícia administrativa a detê-lo, acusando de ter cometido o delito.

Seqüencialmente, Gideon foi conduzido à Corte para julgamento. Na data designada pelo juiz, Gideon compareceu perante o juiz sem advogado, pois não teria recursos financeiros suficientes para suportar os gastos referentes a este trabalho. A Corte, então, retrucou afirmando que não poderia apontar um advogado para representar Gideon, tendo em vista que as previsões legais do Estado da Flórida apenas dispunham que a designação judicial de advogado apenas se daria

interpretados de forma profética, são consideradas normas a serem seguidas por reles mortais. É difícil para nove seres humanos transformarem a sociedade norte-americana; e é ainda mais difícil para nove ministros removidos do atribulado estilo de vida estadunidense, determinar se suas posições serão aceitas com respeito, indiferença ou ataques violentos [...]".(ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 193-194).

⁶⁹ Todo relato é fruto da leitura da íntegra do julgamento obtido em The Oyez Project, *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1962/1962_155/>. Acesso em: 10 set. 2008.

nas hipóteses em que o réu fosse acusado de um crime hediondo, o que não se vislumbrava na espécie.

Nesse sentido, Gideon realizou sua própria defesa por toda a ação penal, argüindo que não cometera o delito a ele imputado. Nada obstante, o júri o considerou culpado pelo crime, aplicando-lhe a pena de cinco anos de reclusão.

Após sua condução ao presídio, Gideon impetrou habeas corpus perante a Suprema Corte americana, argumentando que o Secretário do Departamento de Execuções da Flórida, Louie Wainwright, teria violado seu direito a ter um advogado no processo penal, assegurado, por sua vez, pelo devido processo legal.

A Suprema Corte americana tinha jurisprudência sedimentada em sentido contrário à pretensão invocada por Gideon, de acordo com a qual, no caso *Betts v. Brady*, a presença de advogado nos processos seria necessária apenas nos crimes hediondos e de repercussão nacional, não sendo um direito genérico subjetivo do cidadão americano. Ou seja, o direito constitucional garantido pela Sexta Emenda Constitucional, no sentido de garantir a todos os réus um advogado ad hoc poderia ser restrito aos crimes federais, sem que o direito constitucional ao devido processo legal fosse atingido. Assim, o Ministro Hugo Black indagou aos demais pares se seria o momento de revisitar essa jurisprudência e modificá-la.

Nesse momento, a Corte declarou que o direito do réu a ser assistido por um advogado durante todo o rito processual seria um direito fundamental dos cidadãos, essencial para a condução do julgamento, eis que asseguraria as garantias processuais necessárias para a concretização do direito ao devido processo legal. Segundo a Corte, qualquer réu, seja rico ou pobre, não poderia ser condenado por seus acusadores em processo penal sem que sua defesa fosse realizada por um advogado.

O Ministro Douglas assinalou que a Constituição americana não faz distinção entre casos de repercussão nacional e estatal para fins da aplicação do direito ao devido processo legal e, na espécie, do direito do réu ser assistido por um advogado na condução do processo penal, sendo que o direito à ampla defesa deveria ser provido a todos.

O Ministro Harlan, por fim, consignou que quando a Corte reconhece um direito ao cidadão, revogando entendimento anterior sedimentado por um estado-membro, no caso a Flórida, não está a interferir na legitimidade regional, mas, ao contrário, aplicar os princípios constitucionais, na espécie, o direito ao devido processo legal.

O Ministro Black arrematou com a consideração de que o direito do réu ser assistido por um advogado não se trata de um luxo, mas de uma garantia mínima necessária à concretização do direito assegurado pela Décima - quarta Emenda Constitucional americana.

Nesse caso, a Suprema Corte americana, imbuída do dever de defesa e aplicação do direito constitucional ao devido processo legal, garantindo aos réus o direito de ser assistido por um advogado na condução de todo o processo penal, independentemente das condições financeiras e da natureza do crime cometido.

3.3 MAPP v. OHIO, 367 U.S. 643 (1961)

Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), estendeu-se aos estados a exclusionary rule (vedação de provas ilícitas em processos) que a Suprema Corte havia imposto às autoridades federais em *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

Trata-se de uma controvérsia decidida pela Suprema Corte americana, na qual se estabeleceu que o mandado de busca e apreensão somente poderia ser emitido por autoridade judicial, afastando a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, em face do direito ao devido processo legal preconizado pela Décima – quarta Emenda Constitucional dos Estados Unidos⁷⁰.

O caso inicia-se com o recebimento pela Polícia de Cleveland de uma denúncia anônima, segundo a qual Dollree Mapp e sua filha estavam escondendo um suspeito fugitivo de ter bombardeado determinada região. Em decorrência, os

agentes policiais dirigiram-se, imediatamente, à residência de Mapp para busca e apreensão. Consoante as instruções de seu advogado, Mapp não permitiu a entrada dos agentes em sua casa, tendo em vista que eles não possuíam mandado judicial.

Foi, então, que os policiais arrombaram a porta e adentraram a casa de Mapp. Irresignada, Mapp solicitou o mandado judicial e, ante a negativa dos agentes em lhe mostrar, pegou-o das mãos. Os agentes, assim, algemaram-na. Após busca por toda a casa, os agentes dirigiram-se ao porão, onde localizaram uma caixa contendo fotos e objetos pornográficos. Conseqüentemente, os agentes policiais indagaram a Mapp o que significava aquele material, tendo em vista que a legislação do estado de Ohio proibia a posse de objetos obscenos. Mapp respondeu que não sabia o que havia dentro da referida caixa, eis que apenas a guardava para um amigo. Por esta razão, Mapp foi presa em flagrante, por ter violado a legislação de Ohio, que, frise-se, vedava a guarda de material com conteúdo obsceno.

Em decorrência, Mapp foi levada a júri para julgamento, que, com base nas provas trazidas pelo Estado de Ohio, obtidas na busca e apreensão realizada pelos agentes policiais. O advogado de Mapp contra-argumentou, apontando que a diligência policial feita na casa de Mapp era ilegal, uma vez que ausente o mandado judicial de busca e apreensão, o que não foi considerado.

Consectariamente, Mapp interpôs recurso de apelação à Suprema Corte de Ohio, sob a alegação de que ela não poderia ser condenada, sequer acusada, com base em provas obtidas em busca e apreensão efetuada ilegalmente, sem a ordem judicial. Por esta razão, as provas mencionadas deveriam ser dispensadas e jamais utilizadas para fundamentar decisão judicial.

A Corte de Ohio, ao apreciar o recurso, reconheceu que os argumentos levantados por Mapp eram razoáveis, contudo as provas obtidas no caso concreto poderiam ser consideradas, eis que se tratava de um objeto, qual seja, a caixa com material pornográfico.

Em decorrência, Mapp recorreu à Suprema Corte americana, a fim de obter sua liberdade, ao argumento de que sua condenação fora fundamentada em provas

⁷⁰ Todo o relato é fruto da leitura da íntegra do julgamento obtido em *The Oyez Project, Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1960/1960_236/>. Acesso em: 10 set. 2008.

obtidas por meios ilícitos, ou seja, por busca e apreensão realizada sem mandado judicial.

A Suprema Corte, ao apreciar o pedido de Mapp, deferiu o habeas corpus, por maioria. Segundo o voto condutor, a Quarta Emenda Constitucional assegura o direito aos indivíduos de que não serão admitidas no processo provas obtidas por meios ilícitos, mas não era sabido se a ordem de busca e apreensão sem mandado judicial configuraria ato ilícito dos agentes policiais.

A jurisprudência da Corte, até então, era assente no sentido de que não era permitida a utilização de tais provas nos processos de competência federal, mas nada havia com relação aos processos tramitados perante a justiça estadual.

No entanto, a Corte entendeu que a regra constitucional de exclusão das provas obtidas ilicitamente deveria ser aplicada aos estados-membros, o que significa dizer que não era permitida a utilização de provas ilícitas por quaisquer das partes no rito processual.

Segundo o Ministro Clark, a Quarta Emenda Constitucional, que institui a vedação do uso de provas ilícitas no processo, deveria ser lida juntamente com a Décima - quarta Emenda, a qual dispõe sobre o direito ao devido processo legal. Para ele, faz-se necessária a observância do direito à privacidade pelos estados-membros, por força do direito ao devido processo legal, estatuído pela Décima – quarta Emenda Constitucional, aplicável, por sua vez, a todos os entes federativos. Outrossim, não seria razoável invocar a alegação de que indivíduos praticantes de atos delituosos poderiam ser absolvidos por erro de procedimento policial mitigaria o poder punitivo estatal não se sustenta, pois nada poderia assegurar a existência do Estado americano senão a observância de suas próprias leis, o que não ocorreria caso se admitisse o uso de provas obtidas por meios contrários ao direito.

Por seu turno, o Ministro Black pontuou que, nada obstante o direito em comento não estivesse expressamente previsto na Constituição dos Estados Unidos, a conclusão de que a vedação do emprego de provas ilícitas para convencimento do julgador também pelos estados-membros da federação americana seria corolário dos direitos resguardados pelas Quarta e Quinta Emendas Constitucionais, cujas

disposições resguardam referido direito perante as cortes federais e vedam a obrigação de auto-incriminação.

Nota-se, pelo exame do caso ora relatado, a atitude da Suprema Corte americana em resguardar a aplicação do veto legal ao uso de provas obtidas por meios ilícitos na condução processual, em homenagem aos direitos à privacidade, ao devido processo legal, bem como à incitação a auto-incriminação, estendendo tais preceitos a todas as esferas políticas, nada obstante não haver previsão normativa expressa nesse sentido.

3.4 MIRANDA v. ARIZONA, 384 U.S. 436 (1966)

Por fim, em *Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)*, assentou-se que declarações incriminatórias obtidas em interrogatório policial só poderiam ser admitidas como prova se o acusado fosse previamente informado de seu direito de permanecer calado, de que qualquer coisa que dissesse poderia ser usada contra ele, de que teria o direito à presença de um advogado e de que, se não pudesse pagar o advogado, teria direito a um fornecido pelo Estado⁷¹.

Trata-se de caso em que a Suprema Corte americana, por apertada maioria, teve de decidir, em 1966, a respeito do direito do réu a não se auto-incriminar, bem como da necessidade da alerta policial sobre referido direito, permitindo-o permanecer calado, além do direito à presença do advogado em todos os atos acusatórios⁷².

As circunstâncias que ensejaram a apreciação do presente caso pela Suprema Corte americana resumem-se a quatro procedimentos policiais nos quais os acusados, entre eles Miranda, confessaram a prática dos crimes a eles imputados, assassinato, estupro e latrocínio, sem a presença dos respectivos advogados, perante os promotores públicos e autoridades policiais, sem que, da

⁷¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991. p.18-19.

⁷² Todo o relato é fruto da leitura da íntegra do julgamento obtido em The Oyez Project, *Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)*. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1965/1965_759/>. Acesso em: 20 ago. 2008.

mesma forma, estes tivessem lhes comunicado a respeito do direito constitucional a não auto-incriminação, permitido, portanto, a sua manutenção em silêncio.

Posteriormente, os casos foram levados a júri e os acusados foram condenados pelo cometimento dos crimes, sendo que as provas mais invocadas pelos promotores públicos eram a confissão, o que ensejou a interposição de apelação perante a Suprema Corte de Arizona. Nesse recurso, os condenados invocaram os direitos constitucionais à presença de advogado nos atos processuais e procedimentais interrogatórios.

Ao examinar os recursos, a Suprema Corte manteve as decisões de primeira instância, afastando as alegações dos condenados, sob o fundamento de que eles não teriam solicitado um advogado quando foram indagados sobre o cometimento dos delitos a ele imputados.

O Ministro Warren, inicialmente, proferiu seu voto no sentido de que as autoridades policiais não poderiam se valer de meios coercitivos para conduzir as investigações, razão pela qual a confissão do cometimento de conduta criminosa não poderia ser admitida, ante as disposições constitucionais da Quinta Emenda Constitucional, relativos à obrigação de auto-incriminação, e da Sexta Emenda, asseguradora do direito do réu a ser assistido por um advogado durante todas as fases do processo criminal, a menos que seja notificado do direito a permanecer calado e de que este silêncio não será usado contra ele perante os julgadores.

Da mesma forma, assinalou que se um indivíduo for alertado acerca de seu direito a permanecer em silêncio quando indagado sobre o cometimento de crime e ele nada responder, o interrogatório termina. Caso ele queira a presença do advogado, o interrogatório deverá ser suspenso até que o advogado esteja presente para que o réu possa, somente então, responder às indagações das autoridades policiais e promotores.

Desse modo, o acusador não teria o direito de iniciar qualquer procedimento inquisitório de qualquer indivíduo que tivesse por fim a prisão ou outro meio de privação da liberdade, a menos que o informasse das garantias penas constitucionais asseguradas, especificamente a relativa à auto-incriminação, ou seja, que, indagado, poderia ficar em silêncio e que isso não seria utilizado contra ele no

tribunal. É que, para o Ministro, a atmosfera que envolve o ato interrogatório é demasiado intimidatório e conduz, de uma forma ou de outra, à mitigação das garantias constitucionais relacionadas à auto-incriminação. Assim, salvo quando o interrogado é devidamente notificado a respeito de tais direitos, a confissão não pode ser reconhecida como prova legítima a fundamentar a decisão judicial.

De igual modo, a presença do advogado se traduz em uma importante regra para a administração da justiça, eis que este esclarece pontos normativos correlacionados ao interrogado. O reconhecimento de tais direitos, de forma alguma tem por objetivo limitar a atuação das autoridades policiais na condução das investigações de um caso, mas apenas afastar as confissões declaradas pelos agentes sem a observância e o respeito às garantias processuais estabelecidas na Constituição americana.

Todavia, quatro Ministros divergiram do entendimento majoritário. De acordo com a manifestação do Ministro Harlan, não há na Constituição americana, ou mesmo nas intenções que levaram o Poder Constituinte a promulgá-la, a vedação de realização de interrogatórios sem a presença de advogados ou mesmo a necessidade de notificar os interrogados sobre seu direito a permanecer calado. Caso assim a Corte entenda, aumentará o rol de direitos ali estabelecidos, o que pode ensejar a alteração do próprio texto constitucional.

Por sua vez, o Ministro Clark houve por bem também divergir do entendimento majoritário, mas sob o fundamento de que a confissão pode ocorrer de modo absolutamente voluntário, sem que haja a necessidade da presença de um advogado no interrogatório, o que se vislumbra, por exemplo, quando o réu não tiver verbas suficientes para custear os serviços.

Igualmente, a alerta ao interrogado de que ele não precisa dizer nada sobre o fato delituoso e que, inclusive, este silêncio não será usado contra si próprio ensejará, naturalmente, evasão de declarações e esclarecimentos por parte dos suspeitos do cometimento de crimes, eis que será mais difícil a colheita de provas pelos policiais.

Todavia, sob o manto da atribuição de defesa dos direitos fundamentais corolários do devido processo legal na persecução penal, a posição majoritária da

Corte consistiu no reconhecimento de que os acusadores não poderiam utilizar confissões dos réus obtidas em procedimentos inquisitoriais sem que demonstrasse, antes do interrogatório, as garantias processuais penais relacionadas à auto-incriminação, quais sejam, o direito a permanecer em silêncio e o de que este silêncio não será utilizado contra ele no tribunal.

A Corte reconheceu que o procedimento moderno de utilizado nos interrogatórios influi psicologicamente nas respostas dos interrogados, não mais fisicamente, como o era há séculos atrás, não sendo apenas o sangue que demonstra um procedimento inquisitorial inconstitucional.

Mudou-se o rumo, positivamente, da história norte-americana. E ainda há quem, intitulado a Corte de ativista, critique a medida.

4 A ABERTURA INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Brasil é pródigo em importar institutos jurídicos descaracterizando-os. Vejamos alguns breves exemplos.

Os Estados Unidos tributam basicamente a renda. A Europa, o consumo. O Brasil tributa os dois.

A Alemanha criou a cláusula de barreira que impedia a posse do candidato filiado a partido que não a ultrapassasse. No Brasil, o instituto permitia a posse e todas as vantagens dela decorrentes, mas impedia o parlamentar de trabalhar.

As affirmative actions, logo no Brasil, teve como critério a cor da pele.

Nos Estados Unidos, quanto aos tipos de controle de constitucionalidade, vigora o controle difuso. Na Europa Continental, o concentrado. No Brasil, os dois.

No caso da adoção da doutrina da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, mais adiante tratada, seus defensores são adeptos da visão procedimentalista, que reduz a discricionariedade do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. No Brasil, uma Corte substancialista o adota.

Teremos um momento próprio para estudarmos o debate procedimentalista versus substancialistas.

Mas a idéia que fica é uma só: criatividade com institutos alheios, não falta.

4.1 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTERPRÉTES DA CONSTITUIÇÃO

Häberle, conhecidíssimo entre latinos, tem obra traduzida por Gilmar Mendes: “Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da

Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição”⁷³.

Sua idéia, conforme ele próprio confidencia, não é original⁷⁴. Ela, na verdade, traz visão remodelada do que já posto ao alcance da academia por Karl Popper com os seus dois volumes da “A Sociedade aberta e os seus inimigos”.

Em apertada síntese, seus escritos dizem que vivemos numa sociedade plural, formada por diversos grupos que interpretam os fatos de forma diversa, mas que se toleram e que, por meio do diálogo e da persuasão racional convivem harmoniosamente⁷⁵.

Esse processo de variadas interpretações feitas pela sociedade em relação aos mesmos fatos traz uma contínua renovação e atualização da Constituição, tudo feito de maneira aberta, pública⁷⁶.

O povo participa do processo de interpretação constitucional, os julgadores têm acesso a mais pontos de vista e suas decisões são prolatadas com uma carga de legitimidade. É essa a idéia. Caminhando sobre essa trilha, o Tribunal passou a realizar uma abertura no espaço de debate acerca da interpretação da Constituição Federal.

Vejamos as ações implementadas pelo Supremo Tribunal Federal em sintonia com o ideal lançado por Häberle.

⁷³ HÄBERLE, 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: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁷⁴ Diz Häberle: “A fundamentação teórica da Constituição do pluralismo há de ser buscada em Popper. A idéia da sociedade aberta pode ser tomada dele. O que em Popper falta, todavia, é o princípio científico-cultural: toda sociedade aberta necessita de um consenso cultural fundamental, que torna possível a abertura e a coesão”. (VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46.

⁷⁵ AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional: Alcance Doutrinário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

⁷⁶ Op. Cit.

4.2 A ABERTURA DO ROL DOS LEGITIMADOS A PROVOCAREM O EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988, rompendo tradição anterior que prestigiava o Procurador-Geral da República, que tinha dupla função (Ministério Público e Advocacia-Geral da União) trouxe um amplo rol de legitimados a proporem a chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade⁷⁷.

A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, o ampliou e compatibilizou esses legitimados à Ação Declaratória de Constitucionalidade, tornando ainda mais acessível o ajuizamento dessas ações que consagram, no Brasil, o exercício, perante o Supremo, do chamado controle concentrado de constitucionalidade.

Partidos políticos poderiam ajuizar as ações. As entidades de classe de âmbito nacional também. Há ainda a OAB, os governadores e as mesas das assembleias legislativas. O povo, por meio de variados grupos de pressão poderia se fazer presente ao Supremo Tribunal Federal.

Foi a largada rumo à uma nova fronteira.

4.3 O AMICUS CURIAE

A Lei nº 9.668, de 10 de novembro de 1999, trouxe, importada dos Estados Unidos, a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte).

⁷⁷ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2008).

Pelo instituto, um interessado pode contribuir com o processo de interpretação da Constituição por meio da juntada de memoriais acerca do tema em debate, do agendamento de audiências com os ministros, da participação em audiências públicas promovidas pelo próprio STF e, até mesmo, de sustentação oral nas sessões.

No dia 26 de novembro de 2003 o STF decidiu aprovar a participação excepcional de “amicus curiae” no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.777 e 2.765.

O posicionamento foi aprovado por maioria plenária, vencidos os ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso.

As ADI’s versavam sobre a restituição de ICMS em casos de substituição tributária, quando houver diferença entre o valor da venda e o preço presumido.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello acompanhando os ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, admitindo a manifestação do “amicus curiae”, disse:

Já me convencera da possibilidade dessa intervenção do “amicus curiae”, inclusive para o efeito de sustentar oralmente perante esta Corte as suas razões. Já expusera no dia 18 de outubro de 2001 essas razões salientando exatamente determinados valores básicos, como o princípio democrático, de um lado, e de outro, esta perspectiva pluralística, que objetiva conferir legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, notadamente em sede de fiscalização abstrata.⁷⁸

O ministro Joaquim Barbosa, também favorável, registrou: “[...] Eu acho que a intervenção do “amicus curiae” é, sim, uma expressão da sociedade aberta, dos intérpretes da Constituição”⁷⁹.

O Tribunal encampara, definitivamente, o ideal de Häberle.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, n. 331, 24/28 nov. de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo331.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

⁷⁹ Op. Cit.

4.4 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A mesma Lei nº 9.868, de 1999, no seu artigo 9º, parágrafo 1º, diz que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou notória insuficiência das informações existentes nos autos poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Ali era a possibilidade de o Tribunal trazer para suas hostes a população brasileira. Era, ao nosso sentir, mais um importante passo na concretização do ideal de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Um Poder formado por agentes sem mandato popular, estaria, portanto, tentando se legitimar.

O STF realizou sua primeira audiência pública, sob a batuta do ministro Carlos Britto, para ouvir parcela da sociedade a respeito do controvertido tema “células-tronco”, debatido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR) contra o artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 2005).

A ação questionava a permissão legal para utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias.

O ministro Britto, demonstrando entusiasmo com a concretização da idéia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, afirmou:

a audiência pública, além de subsidiar os ministros deste STF, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário da Corte.⁸⁰

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do sítio do STF: Quinta-feira, 19 de Abril de 2007: *STF realiza nesta sexta-feira (20) audiência pública para discutir a Lei de Biossegurança*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69647&caixaBusca=N>> Acesso em: 01 dez. 2008.

Novamente abriu-se as portas, dessa vez, para tratar da importação de pneus usados, conduzida pela ministra Carmem Lúcia⁸¹, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101. Na oportunidade, a ministra disse: “É nessa tentativa de dar cumprimento ao que está previsto na Constituição, que se convida a sociedade e os especialistas para trazerem informações, conhecimentos e argumentos que subsidiem os ministros do Supremo no julgamento desse caso”.

Antes dessas duas, o ministro Marco Aurélio já havia decidido convocar audiência pública para ouvir diversas entidades no caso que discute a viabilidade jurídica da interrupção de gravidez em caso de feto anecéfalo (sem cérebro).

O tema é objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

Vejamos, portanto, que as audiências públicas se convertem num espaço de participação pública em caráter informativo junto a um poder desprovido de representatividade popular. O Palácio da Lei escancara suas portas àqueles que, de alguma forma, municiados de informações relevantes ao julgamento do tema, podem contribuir para a prestação jurisdicional.

4.5 O SISTEMA DE COMUNICAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo, ao final da década de 90, percebeu a necessidade em se comunicar com a população. Suas ações não deveriam ficar restritas aos seus integrantes, mas ecoarem ao país inteiro. A Corte queria se fazer conhecida. Assim,

⁸¹ O evento foi aberto pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes. Depois, a ministra Cármen Lúcia, relatora da ação proposta pelo presidente da República para cassar decisões judiciais que permitem a importação dos pneus, deu as boas-vindas aos especialistas. Ela destacou a importância de eventos como esse: “A Constituição Federal determina a democratização não só dos processos políticos, mas também dos processos judiciais”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº101*, Relatora: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 02 dez. 2008).

acredito, conseguiria maior legitimidade, pois daria total transparência às suas ações.

Em janeiro de 2001 já tínhamos as primeiras notícias acerca dos julgamentos do Supremo colocados no seu site. Era o início de um dos mais bem sucedidos instrumentos de acompanhamento da atuação do STF.

Em 2 de agosto de 2002, sob o comando do ministro Marco Aurélio, a TV Justiça foi inaugurada. O destinatário, segundo o magistrado, era a sociedade brasileira. Uma TV transmitindo ao vivo, sem cortes, as sessões Plenárias do Tribunal. Sem censura. Todos os ministros mostrados à população para que ela própria fizesse seu juízo de valor, sua leitura. Um fato, no mínimo, pioneiro. Repetimos: uma nova fronteira.

Em 5 de maio de 2004, sob o comando do Presidente Maurício Corrêa, o Supremo inaugurava a Rádio Justiça.

Aqui há um quê de “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”. Rompendo barreiras, chegando à população, o STF passaria a trazer para o debate constitucional um maior número de pessoas. Foi o que foi feito.

O Supremo entrou na casa dos brasileiros. O debate constitucional viraria, dali em diante, parte do cotidiano. Julgamentos promovidos por técnicos se revestiriam de um colorido especial e passariam a preencher espaços no debate público. O cidadão comum ingressaria lentamente num universo até então desconhecido, marcado por formalidades e pelo distanciamento da população. A linguagem deveria ser repensada, a apresentação dos casos e até mesmo a forma de se expressar. O Supremo, sem dúvida, se fez presente na sala do povo brasileiro.

4.6 OUTRAS AÇÕES

Sigo exemplificando ações pontuais implementadas pelo STF nesse processo de abertura institucional à população.

O requisito da pertinência temática exigido, no controle concentrado de constitucionalidade, para as mesas assembleias legislativas, governadores de estados e confederações ou entidades de classe de âmbito nacional foram temperados⁸² e, quanto aos partidos políticos, abolido⁸³.

As agendas de alguns ministros foram disponibilizadas para o grande público.

Os Presidentes tornaram um hábito as entrevistas coletivas de início e encerramento de semestre, com possibilidade de jornalistas, livremente, fazerem questionamentos que entendessem pertinentes.

O Supremo passou a afastar-se da visão atribuída a ele pela própria Constituição Federal e deu início a uma caminhada em busca de legitimidade⁸⁴.

4.7 A INSERÇÃO DA CORTE NO COTIDIANO NACIONAL

Os temas trazidos ao debate despertam opiniões das mais variadas. Em tempos recentes, frise-se, especialmente após a assunção, pelo Ministro Gilmar Mendes, ao posto de Presidente do Tribunal, matérias de grande repercussão passaram a fazer parte da rotina das sessões plenárias sempre ocorridas as quartas e quintas-feiras.

Fidelidade partidária, pesquisa com a utilização de células-tronco, uso de algemas, progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos, prisão para depositários infieis, concretização dos direitos sociais, declaração de inconstitucionalidade por omissão por parte do Poder Legislativo, apreciação da

⁸² Nos autos do Agravo Regimental interposto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.153/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, tendo como relator para acórdão o ministro Sepúlveda Pertence, (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 09/09/2005), alterou-se substancialmente a posição pacífica do tribunal para admitir como legitimados ativos à propositura da ação as "associação de associações" de classe, aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação.

⁸³ Nos autos da Medida Cautelar à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.096/RS, de relatoria do ministro Celso de Mello (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 22/09/1995).

⁸⁴ Para Habermas, contudo, a atuação dos Tribunais Constitucionais é "promovedora do enfraquecimento da cidadania e da democracia, porque não condizente com o pluralismo, a democracia e em desobediência aos limites que deve ter a justiça constitucional". (HABERMAS,

conveniência e oportunidade da edição de medidas provisórias, e muitos outros temas saíram dos escaninhos da Corte e passaram para o Plenário trazendo para o debate nacional temáticas até então esquecidas.

Os editoriais de jornais, as capas de revistas⁸⁵, as chamadas das emissoras de televisão, os portais e até as comunidades do site de relacionamento orkut têm sempre um espaço de destaque para as decisões da Suprema Corte brasileira.

Os ministros viraram, sem medo de pecar por exagero, celebridades.

As manifestações do Tribunal passaram a ser alvo constante da pauta da imprensa. A Corte se popularizou. O Supremo caiu na boca do povo.

Temas impregnados por uma forte conotação política atravessaram a Praça dos Três Poderes e deixaram de ser tratados por mandatários populares.

Política, agora, parece ser vista como algo importante demais para ser debatida pelo Congresso Nacional e aqui não nos valem de ironia, pelo contrário, assim dizemos em decorrência dos resultados da presente pesquisa.

Por sua vez, o Chefe do Poder Executivo, antes de preparar o carimbo com sua assinatura em mais uma medida provisória, no terceiro andar do seu local de trabalho, olha, da janela palaciana, para a estátua de Ceschiatti e, suspirando, torce para não ter, novamente, que mudar uma política pública por conta de uma decisão judicial da Suprema Corte.

Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1).

⁸⁵ Para ilustrar, na semana seguinte ao julgamento do caso mensalão: Revista VEJA: "O Brasil nunca teve um ministro como ele. No julgamento histórico em que o STF pôs os mensaleiros (e o governo e o PT) no banco dos réus, Joaquim Barbosa foi à estrela – ele, o negro que fala alemão, o mineiro que dança forró, o juiz que adora história e ternos de Los Angeles e Paris". (PETRY, André. O Brasil nunca teve um ministro como ele. *Revista Veja*, n. 2024, 5 set. 2007. Disponível em: < http://veja.abril.com.br/050907/p_054.shtml>. Acesso em: 03 dez. 2008.)

Revista ÉPOCA: "a conduta de Joaquim Barbosa no julgamento do mensalão representa um choque positivo no combate à impunidade. O meio-atacante, elogiado pela habilidade explosiva em campo, foi o dono da bola na semana passada. Conduziu com sobriedade e competência a decisão do Supremo que mandou para o banco dos réus os 40 denunciados pela Procuradoria- Geral da República no escândalo do mensalão, entre eles o mais importante ministro e toda a cúpula do PT dos primeiros anos da era Lula". (REVISTA ÉPOCA. O juiz que não fechou os olhos. *Época*, n. 485, 5 nov. 2007. Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,,EDG78886-5990,00.html>>. Acesso em: 03 dez. 2008).

Revista ISTO É: "Os ministros do STF, no entanto, parecem estar convencidos a continuar a mudar a história da instituição. Na semana passada, o presidente do Supremo já articulava com juízes federais de todos os Estados uma estratégia para dar velocidade às próximas etapas do processo".

Tudo em sintonia com as aspirações constitucionais de atribuir ao Tribunal a autoridade de guardião da Constituição Federal.

A imagem que se tem é de que a Corte fala em nome do povo quando esse busca concretizar o seu ideal de justiça. Todavia, vale perguntar: Tem ela o dever constitucional de representar a população? A ausência de legitimidade popular para sua atuação faz do Supremo, um Poder distante do povo? Seria ele, menos autorizado a debater temas que carregam consigo uma grande carga de politização?

São muitas as interrogações.

4.8 CONSIDERAÇÕES GERAIS

As interrogações não cessam. Qual o lugar que a história reserva à atual composição do Supremo? Como a Corte será vista daqui há um século? Qual o impacto futuro das decisões judiciais tão problematizadas por variados setores da sociedade? É possível mudar um país por meio de togas?

É em busca das respostas a essas perguntas que prosseguimos com o trabalho.

5 A CONSTITUIÇÃO COMO UMA CARTA DE PRINCÍPIOS

As Constituições se tornaram sinônimo da consagração da histórica aspiração humana de liberdade, num falseamento da verdade. São associadas a desenvolvimento e democracia⁸⁶, ainda que, por meio delas, se arranque direitos e se explore os cidadãos⁸⁷.

Para uns, um conjunto de símbolos⁸⁸. Para outros, quem sabe um simulacro⁸⁹.

Contudo, o fato é que, com o advento da Revolução Francesa e da independência norte-americana⁹⁰ as Constituições, nos moldes da nossa, passaram a se inserir na organização das nações de uma forma, ao que se vê, irreversível.

No Brasil, também há Constituição. A nossa, de 1988⁹¹, desperta de tudo um pouco. Ora escárnio⁹², ora referências elogiosas pelo fato de, somente por meio dela, termos vivido o mais longo período de estabilidade institucional no Brasil⁹³.

<http://www.conjur.com.br/static/text/59118,1>>. Acesso em: 03 dez. 2008.

⁸⁶ Arnaldo Godoy, em obra seminal, nos diz: “O que se pretende, nas entrelinhas, é se problematizar o próprio conteúdo axiológico da constituição, documento que a discussão política elegeu como ícone, que o discurso jurídico se apoderou como referencial canônico e que o pensamento crítico aponta como mera narrativa, referencial de mais uma formulação metafísica, tão ao gosto da cultura ocidental. E aqui se encontra mais um problema. É que textos constitucionais se multiplicam em ambientes culturais não ocidentais. Constituições são votadas, impostas, discutidas, seguidas, desrespeitadas, em todos os pontos do mundo, na China, no Japão, na Mongólia, no Irã, na Argélia, no Paraguai. E são muito parecidas”. (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 14).

⁸⁷ Godoy prossegue: “É a busca desta semelhança que anima reflexões vindouras. Falsificações empíricas e intelectualismos autoritários cinicamente se apoderam do discurso constitucionalista”. (Ibidem, p. 14.)

⁸⁸ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁸⁹ MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 92.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 949.

⁹¹ Baleeiro ensina: “A Constituição, - Carta Política, por sinonímia – inspira-se em certa ideologia política com princípios expressos e implícitos. Longe de neutralidade, incompatível com a própria natureza do diploma, vincula-se ele ostensivamente a certa concepção ou filosofia de vida social e humana, elengendo-a como a melhor, ou a menos defeituosa”. (BALEEIRO, Aliomar. *O S.T.F., esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 101).

⁹² Roberto Campos, falando sobre a Constituição Federal de 1988, registra: “Os estudiosos de Direito Constitucional aqui e alhures não buscarão no novo texto lições sobre arquitetura institucional, sistema de governo ou balanço de poderes. Em compensação, encontrarão abundante material anedótico. Que constituição no mundo tabela juro, oficializa o calote, garante a imortalidade dos idosos, nacionaliza a doença e dá ao jovem de dezesseis anos, ao mesmo tempo, o direito de votar e ficar impune aos crimes eleitorais? Nosso título de originalidade será criarmos uma nova teoria

Há um fato: temos uma Constituição a exigir o seu cumprimento.

5.1 O ATUAL CONSTITUCIONALISMO

As Cartas contemporâneas costumam trazer em seu conteúdo enunciados jurídicos abertos, normas programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e uma infinidade de princípios⁹⁴. O fenômeno é alvo da atenção de Dworkin, que, reconhecendo-o, sugere a possibilidade de uma leitura moral da Constituição. Diz ele:

A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a "liberdade de expressão". A leitura moral propõe que todos – juízes, advogados e cidadãos – interpretamos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.⁹⁵

Na verdade, a idéia de Dworkin tem como referencial primeiro a filosofia de John Rawls⁹⁶. José Sérgio da Silva Cristóvam traz as seguintes considerações sobre Dworkin:

constitucional: a do 'progressismo arcaico'". (CAMPOS, Roberto. *O século Esquisito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990. p.198).

⁹³ Fala Barroso: "A legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: mais de quinze anos sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contra-golpes. Ao longo desse período, destituiu-se um Presidente, afastaram-se Senadores e chegou ao poder um partido de esquerda, sem que uma voz sequer se manifestasse pelo desrespeito às regras constitucionais. Nessa saudável transformação, não deve passar despercebido o desenvolvimento de uma nova atitude e de uma nova mentalidade das Forças Armadas". (BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 329).

⁹⁴ Diz Oscar Vilhena Vieira: "Os tribunais e cortes constitucionais enquanto instituições responsáveis por zelar pela aplicação das regras da Constituição aos sistemas democráticos são essenciais na concretização do ideal de estado democrático de direito. As suas atribuições constituem, nesse sentido, o próprio reflexo das relações entre democracia e constitucionalismo, adotadas por cada sistema político. Quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão da vontade política, menores serão as atribuições de um tribunal de caráter constitucional. Em sentido inverso, quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional". (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da Lei ou da Corte? Revista da USP*, São Paulo, v. 21, p. 72, 1994).

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

⁹⁶ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Uma das teses centrais à filosofia jurídica de Dworkin é a fusão entre Direito e moral, com a qual o autor ataca frontalmente as bases do juspositivismo. [...].

Dworkin, por outro lado, defende a inteira fusão entre direito e moral a partir de uma teoria forte dos princípios, baseada na existência de uma distinção lógica entre regras e princípios, muito embora essa distinção não seja enfaticamente levada para o âmbito da aplicação do Direito, o que fica claro quando o autor suscita que quando se propõe uma solução para casos difíceis, pode-se também alcançar os casos fáceis.

[...].

Segundo se extrai da teoria dworkiniana, os princípios jurídicos valem enquanto tal porque se constituem em princípios morais que justificam o ordenamento jurídico; porque são princípios morais bons e justos que se mostram coerentes com um sistema jurídicos basicamente justo. Portanto, nuito embora seja possível a identificação dos princípijs jurídicos válidos do sistema por meio de uma regra de conhecimento típica do modelo hartiano, há uma sensível diferença funcional que torna incompatível tal expediente: enquanto a regra de reconhecimento serve para descrever o direito vigente e atestar a validade de práticas sociais específicas, segundo uma proiposta teórica moralmente neutra e desvincilhada de propósitos de justificação, os princípios desenvolvidos por Dworkin servem para justificar a existência de certos deveres jurídicos baseados na existência de regras morais, uma justaposição entre direito e moral que permite um redimensionamento do conceito de Direito⁹⁷.

Uma leitura moral das Constituições, como prega Dworkin, deve ser vista com reservas. Qual moral? Moral de quem? Um pouco de cautela não faz mal a ninguém.

Todavia, também não se devem transformar os princípios constitucionais em promessas lançadas ao vento. Talvez o correto seja um meio termo⁹⁸.

Vivemos um tempo no qual os princípios constitucionais alçaram vôo à normatividade⁹⁹. Uns falam em neo-constitucionalismo¹⁰⁰. Outros em modismos¹⁰¹.

⁹⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 78-79.

⁹⁸ Lucas Borges de Carvalho sugere uma alternativa: "A democracia Constitucional Substantiva". (CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição constitucional & democracia: integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2007. p.167).

⁹⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Vanice Regina Lírio do Valle nos mostra que:

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo avançado, ou constitucionalismo de direitos são expressões que traduzem uma mesma realidade, consistente num modelo que limita o poder, porque suas idéias fundantes assim o exigem, como mecanismo de sua própria afirmação. Não se cuida mais, portanto, de limitar o poder simplesmente porque ele se possa desviar – em comportamento patológico – de seus parâmetros de atuação; mas, sim, de limitar o poder, numa cogitação objetivamente orientada de que o exercício há de ser voltado à concretização daquelas mesmas normas diretivas fundamentais, e qualquer outro percurso será ilegítimo, tanto do poder que age por força de competência originária, como daquele que controla a ação já desenvolvida.¹⁰²

Após a 2ª Guerra Mundial assistimos à realização de constituições, como já dissemos, além de escritas, analíticas e repletas de normas programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios gerais. Todos eles invocando sua concretização.

Várias leituras dessas constituições passaram a surgir. Reconheceu-se a normatividade dos princípios constitucionais¹⁰³ dando-lhes imperatividade¹⁰⁴.

Paulo Bonavides, citando Jean Boulanger, diz que os princípios jurídicos são materiais mediante os quais a doutrina pode “edificar com confiança a construção

¹⁰⁰ Luis Roberto Barroso, em prefácio, diz: “o fenômeno do Neoconstitucionalismo tem como marco filosófico o pós-positivismo, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, onde, no caso brasileiro, ocorreu com a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988 e, como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação”. (BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

¹⁰¹ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

¹⁰² VALLE, Vanice Regine Lírio do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 122.

¹⁰³ José Sérgio da Silva Cristóvam diz: “A metodologia constitucional, como de resto toda a cultura jurídica contemporânea, vem sofrendo uma profunda reestruturação em suas bases teóricas, bem como, na interação com os diversos fatores que compõem a sociedade atual. A paulatina consolidação do novo constitucionalismo – sinal indelével de uma sensível superação das teses centrais do positivismo jurídico – tem refletido viva e fecundamente na fundação de uma moderna teoria da Constituição, pautada pela força normativa dos princípios constitucionais, a eficácia dos direitos fundamentais e a supremacia da ordem constitucional”. (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006. p.189).

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

jurídica”, havendo entre princípio e regra jurídica não somente uma diferença de importância, mas também de natureza¹⁰⁵. José Sérgio da Silva Cristóvam finaliza:

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos a figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, representando normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.¹⁰⁶

No Brasil, papel de destaque à Constituição de 1988, à doutrina e ao Supremo Tribunal Federal em atribuir força normativa aos princípios constitucionais numa clara demonstração de apreço e reverência ao documento que resultou da Assembléia Nacional Constituinte.

E nesse exercício da jurisdição constitucional nada obsta que a Corte o faça de modo criativo, uma vez que essa criatividade é resultado do atual momento constitucional pelo qual estamos passando, como muito bem nos diz Capelletti: “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século¹⁰⁷.”

5.2 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É preciso deixar claro que não estamos a defender o agigantamento do Poder Judiciário no processo de tomada de decisão por parte das esferas públicas. Não caminhamos pela trilha da “sacralização de uma imaginária santidade do Supremo Tribunal Federal”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 239-240.

¹⁰⁶ CRISTÓVAN, José Sérgio da Silva. *Ibidem*. p. 69.

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 31.

¹⁰⁸ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *Justiça acidental: Nos bastidores do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 248.

Sabemos da tripartição de poderes como modelo clássico adotado no Brasil e a ele rendemos todas as nossas homenagens¹⁰⁹.

As críticas que são feitas em relação a uma superposição de competências por parte do Poder Judiciário quanto aos demais poderes são muitas e delas não discordamos quando verificamos um extravasamento de competências, contudo, temos, no Brasil, uma Constituição analítica que sobre quase tudo¹¹⁰ dispõe rementendo ao Supremo o mister de guarda e, assim, difícil seria imaginar a impossibilidade da Corte fazer o que a própria Constituição lhe impõe.

É bem verdade que não é possível admitir que, a pretexto de concretizar os dispositivos constitucionais de enunciação aberta, possa o Supremo inovar na ordem a ponto de se equiparar ao Poder Legislativo. Não é isso o que a ele reservou a Constituição e também não é isso o que se espera da Corte no exercício de sua função institucional. Caso marchássemos nesse sentido, teríamos, facilmente, a babel. A este respeito, bem nos diz Daniel Sarmento:

A doutrina pós-positivista tem enfatizado, com inteira razão, a importância e a força normativa dos princípios. Contudo, esta valorização não pode ser realizada ao preço do menoscabo em relação às regras. Estas, por definirem com maior precisão tanto o seu campo de incidência como as consequências jurídicas da sua aplicação, são extremamente importantes, não só porque salvaguardam a segurança jurídica do cidadão e coíbem o arbítrio do aplicador, como também porque permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica. Imaginem o caos que seria se, por exemplo, em cada ação cível, o juiz pudesse arbitrar, com base nos princípios da ampla defesa e da celeridade processual, qual o prazo adequado para apresentação da contestação. Ou como seria temerário permitir aos guardas de trânsito que estabelecessem o valor da multa devida para cada infração, à luz das peculiaridades de cada caso e do princípio da proporcionalidade. Simplesmente inviável¹¹¹

[...]

¹⁰⁹ Consta no artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 jul. 2008.)

¹¹⁰ Descrevendo a Constituição Federal de 1988, Roberto Campos vaticina: “Tenho lido e relido o texto constituinte, um dicionário de utopias de 321 artigos. Pouco ou nada se parece com as constituições civilizadas que conheço. Seu teor socializante cheia muito à infecta Constituição portuguesa de 1976, da qual Portugal procura agora desembaraçar-se a fim de embarcar na economia de mercado da Comunidade Econômica Européia. O voto aos dezesseis anos dizem copiado da Constituição da Nicarágua. A definição de empresa nacional parece só existir na Constituição de Guiné-Bissau. Em ambos os casos, nem o mais remoto odor de civilização [...]”. (CAMPOS. Roberto. *A lanterna na popa: memórias*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. p.192).

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 202-203.

De qualquer forma, é importante frisar que a filtragem constitucional não conduz, necessariamente, à anarquia metodológica e à 'carnavalização' da Constituição. É perfeitamente possível postular a força expansiva dos princípios e valores constitucionais, revisitando, à sua luz, as normas e os institutos do ordenamento infraconstitucional, sem resvalar no decisionismo e na demagogia judicial.¹¹²

Entretanto, percebemos que o Brasil, na atualidade, padecia de alguns vícios sintomáticos a fragilizar os dispositivos constitucionais e, todos eles, oriundos de práticas arbitrárias, ora do Poder Legislativo, ora do Poder Executivo.

Não precisamos fazer um grande esforço para concluir que há uma edição afrontosa de medidas provisórias no nosso país, por exemplo.

Também não requer grande esforço perceber que o Congresso Nacional, seja por qual razão for, se vê diante da incrível dificuldade de deliberar sobre temas por vezes impopulares e que refletem negativamente junto ao eleitorado.

Assim, cabia ao Supremo determinar uma pauta específica, e ele o fez, para avançar no exercício da jurisdição constitucional de sorte a implementar aspirações lançadas pela população por meio da Assembléia Nacional Constituinte.

No contexto norte-americano, com uma jurisdição constitucional de mais de duzentos anos, chegou-se a dizer que a judicial review configurava usurpação e temerária aristocracia judicial, pois se desalojava o soberano de seu lugar para, ali, colocar a importância incontestável do voto dos Juizes nomeados¹¹³.

Afinal, uns poucos juizes têm poder imensamente maior do que qualquer outra pessoa sobre a decisão acerca de, por exemplo, a pena capital, a ação afirmativa, ou se as leis que restringem o aborto devem ser admitidas. É por isso que a revisão judicial costuma ser vista como antidemocrática, mesmo por alguns de seus partidários ocasionais e também por seus admiradores radicais.¹¹⁴

A reflexão não passa incólume no Brasil. Sérgio Pompeu nos diz:

¹¹² Ibidem, p. 202-203.

¹¹³ VIANNA, Luiz Werneck Vianna et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. p. 49. Ver também: SAGER, Lawrence The Domain of Constitutional Justice. In: ALEXANDER, Lary (Coord). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge: Carbridge University Press, 1998. p. 245.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 287-288.

Certamente que não se deve perder de vista as considerações daqueles que ressaltam os riscos da expansão do poder jurisdicional, que, sob o pretexto de assegurar os direitos fundamentais, pode resultar em cerceamento arbitrário da soberania popular, bem assim na ruptura da própria idéia de Estado de Direito.¹¹⁵

Esse pensamento se associa a idéia de que falta legitimidade aos integrantes do tribunal constitucional para operarem os valores inerentes a Constituição de modo a declarar, por exemplo, inconstitucional, uma lei aprovada pela maioria dos representantes do povo.

Vende-se, literalmente, a imagem de pessoas de toga, técnicos, espécies de sábios afastados da representatividade popular não estariam autorizados a interferirem na vida das pessoas de modo contrário ao que decidido por estas mesmas pessoas quando em afronta à Constituição. Ackerman, nesse sentido, diz:

Enquanto compartilho muitas das últimas dúvidas de Bickel, minha objeção vai além de meras questões de eficácia. A visão profética da Corte é absolutamente inconsistente quanto aos princípios da democracia dualista. Mesmo se os juízes pudessem conquistar positivamente a aquiescência popular, esse tipo de transformação de cima para baixo representa o oposto das transformações de baixo para cima, valorizadas pelas democracias dualistas. Não é próprio da jurisdição especial dos juízes e juristas conduzir o povo progressivamente na direção de novos e elevados valores. Essa é a tarefa dos cidadãos que podem, após investir muita energia, ter sucesso (ou fracassar) na tarefa de obter o consentimento da maioria dos seus compatriotas. O que juízes e juristas podem fazer é preservar as conquistas da soberania popular durante os longos períodos da nossa existência pública, quando a cidadania não estiver mobilizada para grandes conquistas constitucionais.¹¹⁶

Há também quem fale em “populismo no Judiciário”¹¹⁷.

Tal acepção soa para nós como a relegar um papel menos aos defensores da Constituição e, por não dizer, a esta própria.

Empregando a idéia de que o Poder Judiciário, por não ser composto por mandatários, deveria se ater a questões de pouca importância é o mesmo que

¹¹⁵ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 242.

¹¹⁶ ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 195.

¹¹⁷ JACOB, Herbert et al. *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*. Yale: Yale University Press, 1996. p. 27.

afirmar que a Constituição Federal pode e dever ser inobservada quando as contingências populares assim o exigirem.

É como se defendêssemos que a Carta da República é um documento de faz de conta pelo qual se é possível ultrapassar tudo o que nele constante quando os sabores de uma maioria de momento assim o exigir.

Bruce Ackerman parece pensar deste modo e desafiando argumentação favorável fez questão de registrar:

Evidentemente, às vezes, um Tribunal preservacionista pode difundir um novo movimento progressista. Essa é a minha opinião sobre Brown. Entretanto, nessas felizes ocasiões em que a Corte fornece os símbolos constitucionais sobre o qual os novos movimentos se inspiram, seria ironicamente trágico se esse sucesso fizesse com que os juristas esquecessem uma verdade dualista crucial: embora os juristas se encontrem na posição singular de preservar as conquistas do passado constitucional do povo estadunidense, os cidadãos se encontram em uma posição melhor para conduzir o povo na direção de um fruto constitucional mais próspero.¹¹⁸

O pensamento de Ackerman não parece o mais feliz a partir do momento em que ele afasta os integrantes do Poder Judiciário dos anseios populares.

Trata-os como se fossem serem afastados da sociedade, sem nenhum compromisso para com os seus iguais, alheios à realidade da vida e comprometidos exclusivamente com os próprios valores, crenças e, por não dizer, com as próprias vaidades e caprichos.

Ackerman coloca os integrantes da Corte Constitucional como técnicos que não compreendem a vontade da população e parece inverter os valores, pois sabemos que o compromisso da Corte é com a defesa da Constituição Federal sempre adequando-a à evolução dos tempos e da vida fazendo com que o pacto lançado pela população num dado momento histórico seja perenizado por meio de uma interpretação em evolução, mas fortemente atrelada ao respeito ao texto constitucional e não à maioria eventualmente formada por vontades passageiras da população por vezes manipulada.

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 195.

Peter Häberle adota posição procedimentalista quando à posição da Corte Constitucional, contudo, não deixa de registrar a função importante que é possível atribuir aos guardiões da Constituição. Diz ele:

Ao parlamento e ao governo corresponde a prioridade no labor de concretização da justiça social. Porém, no Âmbito do Estado de direito – isto é, dos direitos fundamentais clássicos e da democracia pluralista, a saber, de duas condições formais – os novos tribunais constitucionais deveriam arriscar-se – desde o início – no exercício do ativismo judicial.¹¹⁹

Quem defende a petrificação da interpretação constitucional o faz por acreditar que as mudanças não devem ser implementadas. Trata-se de pensamento ligado receio da ruptura. Há, no caso, uma doutrina do medo que caminha no sentido de que não é possível mudar uma postura, pois, caso assim seja feito, muitos poderão se ver desalojados de suas hostes quase sempre confortáveis.

Karl Popper em obra seminal nos fala acerca desse receio de mudança de parcela dos governantes nutre:

A análise da sociologia de Platão facilita a apresentação de seu programa político. Suas exigências fundamentais podem expressar-se por qualquer dessas duas fórmulas: a primeira, correspondente à sua teoria idealista da mudança; a segunda, a seu naturalismo. A fórmula idealista é: Detenha-se toda mudança política! A mudança é maléfica; o repouso, divino. Toda mudança pode ser detida se se fizer do estado cópia exata de seu original, isto é, a Forma ou Idéia poder-se-ia responder com a fórmula naturalista: Volte-se à natureza! Voltemos ao estado original de nossos antepassados, o estado primitivo fundado de acordo com a natureza humana e, portanto, estável. Voltemos ao patriarcado tribal do tempo anterior à Queda, ao natural governo de classe dos poucos sábios sobre os muitos ignorantes.¹²⁰

O debate acerca da impossibilidade de uma postura criativa por parte dos juízes constitucionais em decorrência da sua falta de mandato me parece ultrapassada.

No Brasil, para se ter uma idéia, até *impeachment* um ministro do Supremo pode sofrer, tudo em atendimento ao texto da própria Constituição. Como imaginar, portanto, que um ministro não pode fazer valer os dispositivos constitucionais pelo fato de, nesse caso, termos uma espécie de soberano se sobrepondo às vontades do povo representado pelo Congresso? Inocêncio Mártires Coelho nos diz que:

¹¹⁹ VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p.3

¹²⁰ POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987. p. 100.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar – com a generalidade dos que defendem a criação judicial do direito – que, enquanto o Parlamento ostenta uma legitimidade de origem, os juízes têm-na adquirida, pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares a sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juízes, pelo controle de seu comportamento. Daí a afirmação espirituosa de Christopher Wolfe, que aqui se transcreve em arremate a este tópico da nossa exposição: “uma defesa possível para um poder judicial em expansão é, simplesmente, a satisfação com os seus resultados. A prova do pastel está em seu sabor, argumentam os defensores do Tribunal moderno, e o ativismo judicial – qualquer que seja a sua receita – tem produzido muito bem e pouco mal.”¹²¹

O país marcha bem e assim o é pelo fato do modelo institucional engendrado por nós ter penetrado no seio da população. Homenagear a Constituição exigindo das demais esferas o seu cumprimento não é fraudar o modelo adotado por nós.

E o processo de interpretação da Constituição não é e nem deve ser técnico¹²². Temos a leitura de uma Carta política feita por cidadãos brasileiros, como imaginar que seus olhos caminhem pela via estreita da técnica? Já em 1899, o juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes registrou:

Não é completamente verdadeiro que na realidade prática (e eu não conheço razão alguma pela qual a teoria deveria estar em desacordo com a realidade dos fatos) um dada palavra, ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro, Qualquer palavra tem geralmente vários significados, inclusive no dicionário.¹²³

Como podemos acreditar na idéia de que o Supremo Tribunal Federal deve ser silenciado, pois caso continue a guardar a Carta como tem feito correremos o

¹²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 60.

¹²² Sobre a neutralidade do Poder Judiciário, Tércio Sampaio Ferraz nos diz: “Neutralizar, portanto, não significava tornar genericamente indiferente, mas gerar uma indiferença controlada, ou seja, estabelecer uma relação em que a indiferença é garantida contra expectativas de influência. A neutralização, nesse sentido, não torna o Judiciário imune, de fato, a pressões de ordem política. Sua neutralização não se dá a nível dos fatos, mas a nível das expectativas institucionalizadas: ainda que de fato haja pressões políticas, estas institucionalmente não contam. A independência do juiz, dirá o jurista consciente dessa institucionalização, exige que ‘a crença nela esteja enraizada profundamente na população’ (Mannlicher, *Die rittherliche Unabhaengigkeit*, citado por Marcic, op. Cit., p. 265). Pois só desse modo a pressão política, como fato, se descarta como versão ética. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 16, mar./maio 1994).

¹²³ HOLMES, Oliver Wendell. *The Theory of Legal Interpretation*. New York: Peter Smith, 1952. p. 203. (Collected Legal Papers).

risco de termos uma República de Togas? Quem pensa deste modo crê no apocalipse.

6 PROCEDIMENTALISTAS *VERSUS* SUBSTANCIALISTAS

Para caracterizar a postura de um Tribunal durante o seu processo de interpretação da Constituição devemos, inicialmente, fixar critérios para a visão a ser atribuída à própria Carta. Mais do que isso, precisamos delimitar sobre qual democracia ergueremos nossas vidas. O próprio conceito de democracia, como sabemos, é de difícil delimitação.

Quando discutimos a maneira de interpretar a Constituição ou então a forma pela qual a democracia deve ser conduzida temos um debate teórico recorrente¹²⁴ entre, de um lado, os chamados substancialistas e, do outro, os procedimentalistas.

Gustavo Binênbojm trabalha com a primeira corrente como “jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais”. A segunda seria a “jurisdição constitucional como instrumento e defesa do procedimento democrático”¹²⁵.

Enquanto Lênio Streck visualiza um embate entre elas¹²⁶, Mônica Clarissa caminha por trilha conciliatória, ao afirmar que “substancialismo e procedimentalismo não se afiguram como lógicas excludentes, senão como lógicas complementares e interdependentes”¹²⁷.

Notemos que a doutrina nacional já trava acalorado debate acerca dessas idéias. Contudo, o debate é anterior e inova raízes estrangeiras.

Passemos ao histórico.

¹²⁴ Nos Estados Unidos eles chamam as correntes de, por um lado, os textualistas e, do outro, os adeptos à interpretação livre. Para os primeiros, prevalece uma leitura expressa à letra da lei sem que seja possível recorrer a valores externos. Para os outros, é possível, no processo de aplicação dos preceitos constitucionais, recorrer a valores que auxiliem no processo de interpretação da Constituição.

¹²⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹²⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 24.

¹²⁷ LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática: uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.201.

No início da década de 80, John Hart Ely, afamado professor norte-americano, publicou um livro denominado *Democracy and distrust: a theory of judicial review*.

A obra causou alvoroço, pois cuidou de temática delicada naquele momento nos Estados Unidos. O trabalho trouxe uma criativa visão sobre a democracia, intitulado-a de procedimental. O questionamento que serviu de pano de fundo para a obra do professor é de certo modo sutil. Trata da possibilidade de conciliar o poder entregue ao Judiciário com a essência democrática de governo da maioria. Se as leis são resultados da vontade de uma maioria – e aqui há a essência da democracia – como permitir que uma minoria não eleita anule tal decisão? Era essa, nos parece, a incógnita que Ely buscava responder.

Desde Kelsen alimentamos a possibilidade do exercício, por um corpo de juízes integrantes de um tribunal e desprovidos de mandatos populares, de um controle de constitucionalidade das leis aprovadas pela maioria¹²⁸. Inspirado por esse ambiente, Ely constrói um raciocínio que trilha o caminho segundo o qual a única forma de compatibilizar o poder dos julgadores com a vontade da maioria é conferir aos tribunais o mister de controlar meramente a regularidade do processo legislativo.

Vejam que, no primeiro momento, o que John Hart Ely está a defender é que, caso seja obedecido a regularidade formal do processo legislativo estabelecida pela Constituição, vale tudo.

A visão, se trazida ao Brasil, me parece, no mínimo, perigosa. Além disso, também é inaplicável. Temos limitações quanto à reforma da Constituição Federal de 1988 que vão além de formalidades, ingressando inclusive em questões materiais, como os núcleos intangíveis trazidos pela cláusula pétrea, bem como limitações circunstanciais. Se a própria Carta já deixou claro que a mera regularidade procedimental do processo legislativo não é suficiente, em alguns casos, para reformá-la, parece ser sem sentido defender que o Poder Judiciário se afaste desta acepção exercendo um controle de constitucionalidade meramente procedimental.

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 150.

Ely emenda: “Desta maneira, não são os juízes que controlam o povo, mas a própria Constituição, com a qual o povo controla a si mesmo”¹²⁹.

Contudo, o professor evolui na sua idéia e, mais adiante, faz análise da Corte de Warren que em muito se aproxima do que temos visto no Brasil. Ele entende que a atuação da Corte não pode ser vista como ativista, no sentido pejorativo, uma vez que todas as suas decisões tiveram por finalidade assegurar a participação de minorias no processo democrático, uma vez que elas estavam até então completamente afastadas do processo de tomada de decisão. Assim sendo, Ely entende que a Corte de Warren, mesmo com todas as suas decisões inovadoras, caminhou dentro da estrita linha de sua competência, pois não fez uma interpretação substancial da Constituição, mas meramente assegurou a regularidade do processo democrático.

Assim sendo, no Brasil, estamos no céu com o Supremo.

Mesmo sendo um grande crítico do ativismo e intervencionismo praticado pela Suprema Corte americana na sua época, Ely vai amenizar sua posição ao se deparar com a nota de rodapé *The Carolene Products Footnote*, cujos parágrafos 2º e 3º inspirarão uma teoria procedimental de Constituição. Diz ele:

O parágrafo dois sugere que é uma função apropriada da Corte manter a máquina do governo funcionando da forma como deveria, para ter a certeza de que os canais de participação e comunicação política sejam mantidos abertos. O parágrafo três sugere que a Corte deveria se preocupar com o que as maiorias fazem com as minorias, mais especificamente mencionando leis “direcionadas a minorias religiosas, raciais e de diferentes povos, e todos aqueles infectados por preconceitos contra elas”¹³⁰.

Ele não nega a necessidade da jurisdição constitucional, somente adota a linha procedimental.

Habermas, vedete entre estudantes, uma década mais tarde surge a defender a teoria procedimental de democracia, contudo, não o fez nos exatos termos de Ely. O tom de Häbermas é mais universalista, enquanto o professor norte-americano prefere centrar sua tese na Constituição americana.

129 ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 27.

130 Ibidem, p. 76.

Sempre que falamos em Häbermas lembramos, imediatamente, da sua teoria do discurso. Por meio dela ele sustenta que só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos. A tradução do pensamento é a de que é necessário uma igualdade efetiva e não somente aparente. Todos os envolvidos devem estar em patamar semelhante, nenhum se sobrepondo ao outro. Nestes casos, é preciso que os cidadãos não só possuam os mesmos direitos, mas que tenham as mesmas condições de exercício destes direitos¹³¹.

O interessante é que, apesar de adotar a teoria procedimental, Häbermas a mitiga se compararmos com o discurso inicial de Ely, uma vez que aduz não bastar que o direito seja resultado de um procedimento consonante com a Constituição para que ele se revista de legitimidade, pois esta está atrelada ao princípio democrático, e para que o mesmo seja observado, os destinatários do direito devem se ver como autores desse direito, de forma haver maior legitimação e aceitação do direito imposto, e menos conflitos na sociedade¹³².

Não entendemos tal qual os procedimentalistas. Aliás, pensando no nosso Congresso Nacional difícil seria imaginar que tudo seria possível desde que o rito legislativa fosse observado. Até mesmo a idéia de Constituição rígida teria de ser jogada por água abaixo.

Acreditamos que é necessário à manutenção do modelo constitucional adotado no Brasil uma Corte que garanta que a sociedade, ainda que em constante evolução, deve se guiar, nas suas deliberações, aos comandos da Constituição, sem que maiorias circunstanciais, muitas vezes tomadas por manipulações de agentes interessados nessa ou naquela posição, possam quebrar o contrato firmado pela sociedade quando da Assembléia Nacional Constituinte. Não que achemos que as futuras gerações estão completamente amarradas aos fatos explicáveis em momentos passados e lançados na Constituição, mas o nosso raciocínio se ergue na idéia de que toda e qualquer alterações tem um limite estabelecido na própria Carta de cuja guarda é remetida ao Supremo.

¹³¹ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 164.

¹³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p. 157.

Sunstein, por exemplo, vê com bons olhos para o processo deliberativo a criação e conseqüente utilização de mecanismos como o check and balances a ser feito valendo-se da jurisdição constitucional, inclusive com criatividade, pois tal postura em nada obstará o processo democrático, ao contrário, oxigenaria suas engrenagens fortificando-o¹³³. Stephen Holmes diz que o constitucionalismo seria, para alguns autores, anti-democrático, já que “A função básica de uma constituição é remover certas decisões do processo democrático, isto é, atar as mãos da comunidade”¹³⁴.

A tradução mais simples da tese procedimentalista é a de que não tem o intérprete constitucional a possibilidade de sê-lo um aplicador de princípios de justiça, pois o é um fiscal do correto funcionamento do processo político.

E coube a quem fazer um contra ponto à esta visão?

Ronald Dworkin, sem dúvida, foi quem melhor trouxe o outro lado da visão procedimentalista. Ele nos presenteou com a chamada teoria substantiva da Constituição.

O que Dworkin fez foi uma pergunta simples: a idéia de Ely se aplica ao direito constitucional norte-americano? Sua resposta foi não.

A mesma pergunta fazemos quanto à nossa realidade. A teoria procedimental se aplica ao direito constitucional brasileiro? Não, não se aplica.

Dworkin refuta a argumentação segundo a qual seria antidemocrático permitir que um Tribunal avance sobre o debate polêmico de questões intrincadas no seio social e impregnadas por uma forte carga política, repleta de impactos gerais. Não seria necessário, para ele, que a resolução desses conflitos se desse pela via democrática para que a melhor resposta fosse alcançada.

Ele exemplifica citando um tema incrivelmente polêmico e que brevemente será alvo da atenção do Supremo Tribunal Federal: o aborto.

¹³³ SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹³⁴ HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of Democracy. In ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitutional and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 196.

Para Dworkin, essa questão deveria ser decidida por juízes, pois submeter esta decisão à maioria remeteria inevitavelmente a discussão para o campo da moral o que deveria ser evitado, uma vez que este tipo de decisão majoritária poderia ofender sua teoria de igualdade de representação.¹³⁵

A visão substancialista de Dworkin nos parece mais alinhada com o direito constitucional brasileiro, pois traz em seu bojo considerações acerca de realidades semelhantes às nossas. Temos, e isto é público, uma crise de representatividade no Congresso Nacional¹³⁶.

Aliado a isso temos uma Constituição analítica, atrevida, a deliberar sobre uma infinidade de temas. Além de tudo, ela é jovem, muito jovem. O passado nos mostra tristes tempos de restrição democrática, para usar uma expressão gentil. O Poder Executivo brasileiro já deu provas do que é capaz de fazer contra os cidadãos¹³⁷. Como pensar, então, num Tribunal de faz de conta? Como conceber que nada possa ser feito diante da recusa contumaz do Poder Legislativo em representar os seus representados? Queremos um Poder Executivo soberano, intocável?

Os teóricos da teoria procedimental falam em democracia. Argumentam em favor de uma maioria. Como na sátira de George Orwell, fala-se em liberdade para matá-la, em democracia para destruí-la, em legalidade para negá-la na sua própria essência.

Rawls é outro autor que não vê a interpretação dos direitos e liberdades básicas pelos tribunais como uma barreira ao processo democrático.

Trazendo uma idéia de abertura narrada por nós por meio dos estudos de Häberle no início deste trabalho, Rawls prevê que, mesmo com as decisões judiciais

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading oh the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 13.

¹³⁶ Falando sobre o Tribunal Constitucional, Grimm nos diz: "aquela instituição encarregada de impor a vinculação jurídica da política não pode repetir a política em si mesma, ela deve compensar os déficits da atividade política cada vez mais profissionalizada e que são condicionadas pelo sistema, ao terem em alta consideração os princípios válidos suprapartidariamente". (GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 174-176).

¹³⁷ E ainda há quem diga que o Poder Executivo deve ser o guardião da Constituição. (SCHIMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007). "O Presidente do Reich como guardião da Constituição".

sendo vinculativas, *stare decisis*¹³⁸, nada obsta que elas sejam apreciadas por meio de um “fórum público de princípios”¹³⁹, para serem discutidas, não enquanto decisões judiciais, mas enquanto regras políticas gerais, pelos próprios cidadãos ou pelos partidos políticos.

Isso é exatamente o que temos visto ser feito aqui no Brasil por meio dos *amicus curiae* e das audiências públicas, no Supremo Tribunal Federal, daí a importância de termos tratado em tópico específico da abertura institucional promovida pela Corte.

O que precisamos é de decisões fundamentadas e de um processo público e isso nós já temos no país. Não queremos substituir o Congresso Nacional por togas. Também não queremos esvaziar o Poder Executivo. Contudo, o que nos parece conclusivo nessa obra é que a postura adotada pelo Supremo em tempos recente em nada fragiliza o espírito democrático, ao contrário, fortifica-o.

Nesse sentido, ainda com Rawls, temos que, se decisões judiciais controvertidas trazem à tona discussões políticas deliberativas¹⁴⁰ no decorrer das quais seus méritos forem razoavelmente debatidos em termos de princípios constitucionais, então até mesmo essas decisões controvertidas pelo fato de convocar os cidadãos para o debate público, desempenharão uma função educativa fundamental¹⁴¹.

Isso nos parece um arremate.

Não é o fato de uma Corte Constitucional concretizar os dispositivos lançados na Constituição Federal e exigir dos demais poderes respeito a ela, que o torna ativista. Agir de tal modo a torna, simplesmente, uma Corte Constitucional, nada mais.

¹³⁸ Patrícia Perrone esclarece a expressão: “A expressão *stare decisis* deriva da frase latina: *stare decisis et non quieta movere*, que significa: ‘deixar de quieto o que já foi decidido e não alterá-lo’. No *common law*, ela constitui a política que exige que as cortes sigam os precedentes estabelecidos pelos tribunais que lhes são hierarquicamente superiores. O conceito de precedente e a definição de seu âmbito vinculante são, portanto, questões centrais para seu funcionamento. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.116-117).

¹³⁹ RAWLS, John apud KELLY, Erin (Org.) *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 209.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 205.

¹⁴¹ *Ibidem*.

Continuamos, agora com Tribe.

Ele sustenta que a proteção das minorias isoladas e dos próprios direitos fundamentais requerem uma concepção substantiva da Constituição. Isso porque a própria idéia da proibição da segregação racial, por exemplo, só vai encontrar um fundamento substantivo nos valores expressos na Constituição americana, não havendo como se falar numa concepção meramente procedimental¹⁴².

Vejamos, portanto, dentro da idéia de Tribe, o caso brasileiro da vedação ao nepotismo. Após vedar a prática nos três poderes, o Supremo fora atacado sob a acusação de estar exorbitando de suas funções e arrancando do Poder Legislativo a possibilidade de deliberar acerca do tema.

Será que precisaríamos de uma lei para perceber que a Constituição veda que agentes públicos aboitem seus parentes da estrutura do Estado?

Em verdade, a Supremacia da Constituição é máxima já antiga que em nada inova no debate atual em relação ao embate procedimentalistas versus substancialistas. Basta que lembremos que já Alexander Hamilton, no seu clássico *Federalista 78*¹⁴³, tanto afirmava a supremacia da Constituição, quanto o papel da Suprema Corte no processo de interpretação, frisando que o fato do Poder judiciário declarar nula uma lei aprovada pelo Poder Legislativo não significa que aquele seja superior a este. Assim o é pelo fato de que a vontade do povo consagrada na

¹⁴² TRIBE, L. H. *The puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. The Yale Law Journal, n. 89, p. 1065, 1980.

¹⁴³ Diz ele: "Pode-se observar, finalmente, que o suposto perigo de usurpações da autoridade legislativa pelo judiciário, reiterando em muitas ocasiões, é na realidade um fantasma. De vez em quando poderão ocorrer certos erros de interpretação, ou deturpações da vontade do legislativo, mas nunca de modo tão considerável a ponto de constituir um transtorno ou de afetar em grau sensível a ordem do sistema político. Isto pode ser inferido com segurança da natureza geral do poder judiciário, das finalidades com que se relaciona e do modo como é exercido, da sua fraqueza relativa e de sua total incapacidade de garantir suas usurpações por meio da força. Esta interferência é enormemente fortalecida quando se considera o importante controle constitucional que o poder de instaurar impeachments, por um lado, e de julgá-los, por outro, dará ao corpo legislativo sobre os membros do poder judiciário. Isto é por si só uma garantia completa. Nunca haverá o perigo de que os juizes arrisquem a provocar, por uma série de usurpações deliberadas da autoridade do legislativo, o ressentimento comum desse corpo enquanto o mesmo detiver os meios de punir sua presunção removendo-os de seus postos. Ao mesmo tempo em que deve eliminar toda apreensão nessa matéria, isto fornece um convincente argumento para a constituição do Senado como tribunal de impeachments. (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JOY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*. Tradução Maria Luzia X. de A. Borges Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1993. p. 496)

Constituição reclama maior respeito do que a vontade de seus representantes, expressas na legislação ordinária¹⁴⁴.

Para os substancialistas¹⁴⁵, uma Constituição deve consagrar direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem relevantes valores de uma sociedade: justiça, liberdade e igualdade. Para que tais valores não se transformem em promessas esquecidas, os juízes e tribunais podem implementar tais aspirações constitucionais.

Substancialistas permitem que um Ministro do Supremo, concretizando a Constituição, faça valer regras, valores e princípios nela constantes.

Os procedimentalistas entendem que os julgadores devem preservar o processo democrático para que este concretize valores e aspirações da população.

Thomas Jefferson já nos ensinava que seria salutar para o modelo democrático-constitucional que o sistema político e das leis fundamentais fosse reformulado a cada vinte ou trinta anos por meio da utilização de plebiscitos a invocarem uma ampla e nacional participação popular¹⁴⁶. Temos, em suas palavras, o seguinte: “a constituição e as leis dos seus predecessores (são) extintas, então, no seu curso natural com aqueles que lhe deram existência”¹⁴⁷.

Assim como Jefferson, não nos filiamos à idéia trazida pelos originalistas dentro do Direito Constitucional norte-americano. A Constituição é fenômeno do seu tempo e não pode se resumir a um suposto ideal de quem a fez. Contudo, a

¹⁴⁴ HAMILTON, Alexander et al. *The Federalist: a commentary on the Constitution of United States*. New York: Random House, 1937. p. 505.

¹⁴⁵ Substancialistas: RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press, 1999. / RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000 / DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. / DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University, 1996. / DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Procedimentalistas: ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. / HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1 / HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

¹⁴⁶ JEFFERSON, Thomas. *Writings*. New York: Library of América, 1984. p.1402.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 963.

estrutura tributária protetiva ao contribuinte trazida pela Carta de Outubro não pode ser negada¹⁴⁸.

Se caminharmos sobre a trilha substancialista, o Supremo nada faz senão dar cumprimento à força normativa¹⁴⁹ da Constituição Federal implementando valores impregnados de grande relevância em atendimento ao pacto lançado pelo Poder Constituinte Originário. Não poderíamos falar, portanto, em ativismo judicial.

Contudo, se nos alinharmos aos procedimentalistas, o momento atual brasileiro marcha, em largos passos, para o pântano.

Dependendo da escolha, ou temos o mar, ou a terra. Não há meio termo.

¹⁴⁸ Sobre o debate entre originalistas e não originalistas, ver: BORK, Robert H. O que pretendiam os Fundadores. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 23, n. 93, p. 6-9, jan./mar. 1990; RICHARDS, David A. J. A Intenção dos Fundadores e a Interpretação Constitucional. In: BERLOWITZ, Leslie; DONOGHUE, Deniz; MENAND, Louis (Orgs.). *A América em Teoria*. Tradução, de Márcio Cavalcanti de Brito Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1993; TRIBE, Laurence H. Os limites da Originalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 23, n. 93, p. 9-12, jan./mar. 1990.

¹⁴⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

7 O DEBATE DOUTRINÁRIO SOBRE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Fala-se em ativismo judicial em toda e qualquer esquina. O tom sobre o termo é sempre pejorativo, pois associado à invasão de poderes ou, pelo menos, à uma tentativa de fazê-lo por parte do Judiciário. Quando se diz que o Supremo é ativista se quer falar que o Tribunal extravasou em sua competência.

A visão é distorcida e necessita ser revista.

Ser ativo é a bola da vez. Não exclusivamente no âmbito judicial. Diz-se que hoje o profissional deve ser pró-ativo, trazendo uma expressão que signifique o oposto do que se chama de passivo. O bom profissional é aquele que chama a responsabilidade para si e que não se esconde por trás da sua própria inércia.

Se levarmos a idéia para o âmbito do Supremo Tribunal Federal o raciocínio que se constrói é semelhante. O STF ideal é aquele que consegue dar um choque na inércia, que rejeita a omissão e que chama para si a responsabilidade de implementar os preceitos constitucionais numa plenitude, tornando-os concretos, deixando de lado a idéia de que a nossa Carta Maior nada mais é do que um conjunto de símbolos ou, para ser mais didático, um livro repleto de promessas lançadas ao vento.

Ninguém se beneficia de um Tribunal ajoelhado. Quando a Lei das Leis não é cumprida, todos perdemos. Rui Barbosa registrou:

Pois se, de revisão e de recurso em recurso, a um paradeiro havemos de chegar, onde se estanque, e donde se não tolere mais recurso, nem revisão, por que iríamos assentar esse último elo na política, em vez de o deixar na magistratura? Pois, se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois, se nos tribunais é que andamos à cata de guarida para os nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento ou do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um destes dois poderes a palmatória dos Tribunais?¹⁵⁰

No passado vimos este país ser conduzido por armas. Hoje, o que se quer não é uma revolução de armas, mas uma revolução constitucional. O respeito de

¹⁵⁰ BARBOSA, Rui. *Pensamento e Ação de Rui Barbosa*. Brasília. Senado Federal, 1999. p. 169.

cuja observância se impõe é o respeito aos valores constitucionais, pois não mais há espaço para a condução da nossa vida sob o jugo do medo.

Ocorre que, a geração que se construiu no espaço democrático talvez ainda não tenha consigo a real importância de um estado constitucional.

Faz-se críticas à Corte quando ela concretiza, ainda que sob olhares furiosos de alguns, os dispositivos da Constituição Federal de 1988. Quem assim procede, insultando a posição do Tribunal em fazer valer a sua autoridade de guardião da Carta Maior, se afasta da idéia segundo a qual todos estaremos desamparados se não tivermos um Poder devidamente comprometido com a manutenção da ordem e dos compromissos admitidos por nós poder meio da Assembléia Nacional Constituinte¹⁵¹.

Nesse contexto, questiona-se: o que é ativismo judicial? A doutrina, nacional e estrangeira, tem se dedicado bastante a encontrar essa resposta.

Veremos, adiante, longas passagens de autores conhecidos de todos nós a nos falar acerca dessa ou daquela acepção do termo ativismo judicial. Uns mais eruditos, outros menos. Uns mais dedicados, outros menos.

Contudo, de todos os conceitos formulados, muitos dos quais, inclusive, inúteis, temos que a abordagem mais interessante sobre o termo ativismo judicial é de autoria do professor Luis Roberto Barroso. Sem dúvidas, a mais genial, diz ele: “[...] é importante observar que ativismo é como colesterol: tem do bom e tem do ruim”.¹⁵²

Nada poderia ser mais didático.

¹⁵¹ Sobre as aspirações por justiça, Fernando Machado da Silva Lima nos diz: “Mas todos os verdadeiros juristas, os não comprometidos, os que ainda se revoltam com a injustiça, todos os que creditam em sua capacidade de corresponder a qualquer desafio, para que um dia tenhamos um governo de leis e não um governo de homens, todos desejam uma Justiça mais eficiente e corajosa, onde Sentenças brotem das profundezas da verdade e a luta incessante estenda seus braços em busca da impossível perfeição. Todos desejamos que o nosso povo, tão necessitado e sedento de justiça, possa acreditar no Direito e desejamos também que, nesse utópico céu de liberdade, nosso País uma dia desperte do sono eterno”. (Op. Cit., p. 259).

¹⁵² HAIDAR, Rodrigo. Anabolizante judicial: Quando o Legislativo vai mal, o Judiciário toma conta. *Revista Consultor Jurídico*, 21 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70084,1>>. Acesso em: 17 jul. 2008.

8 O SUPREMO DE ONTEM: PROCEDIMENTALISTA E DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O primeiro momento, procedimentalista e de jurisdição defensiva, se dá em época de regime nebuloso, tendo um ditador como comandante do Poder Executivo. Falamos aqui de Getúlio Vargas. O mesmo que teria cunhado a frase: “A Constituição é como as virgens, nasceu para ser violada”.¹⁵³

Com um Poder Executivo agigantado, o que temos é um Brasil sofrido.

O Poder Legislativo, e esse parece ser seu maior carma, padecia silenciado. Nada fazia. Ultrapassado pelas duras medidas oriundas do Executivo, os nossos parlamentares, numa boa parte, se limitavam a ser fiadores dos arroubos do ditador¹⁵⁴.

O Judiciário caracterizado, à época representado pela Corte Suprema¹⁵⁵ também choramingava. Com redução de seus quadros, ameaçado quanto a seus vencimentos e aposentadorias compulsórias impostas, o Tribunal adoecia meio à sua própria impotência. Sérgio Pompeu narra bem o momento que se seguiu:

A decretação da Carta Política de 1937 pelo Presidente Getúlio Vargas importou em nova onda de aposentadorias compulsórias de Ministros do STF. Pois esta Constituição rebaixou a idade da aposentadoria compulsórias dos magistrados de 75 para 68 anos (art. 91, a), o que atingiu imediatamente cinco integrantes do STF, notadamente os Ministros Edmundo Lins, Hermegildo de Barros, Ataulfo de Paiva, Cândido Mota e Carlos Maximiliano.

Também essa Constituição determinou a incompetência do Poder Judiciário para o controle de questões políticas (art. 94), bem assim dos atos praticados em virtude de estado de emergência ou estado de guerra (art. 170).

¹⁵³ BOJUNGA, Cláudio. *JK: O Artista do Impossível*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p.129.

¹⁵⁴ Constituição de 1934: Art 63 - São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais federais; c) os Juízes e Tribunais militares; d) os Juízes e Tribunais eleitorais. (BRASIL. Constituição (1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 21 jul. 2008.

¹⁵⁵ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

Demais, a Constituição de 1937 estabeleceu a possibilidade do Poder Legislativo tornar sem efeito qualquer decisão do Poder Judiciário que declarasse a inconstitucionalidade de lei, mediante requerimento do Presidente da República e o voto de dois terços de cada Câmara (art. 96, Parágrafo único), sendo que o próprio ditador passou a utilizar-se dessa competência através da edição de decretos-lei.

Assim, no período de 1930 a 1945, o STF não avançou em sua jurisprudência sobre a extensão da competência jurisdicional para o controle dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo. Além dos entraves institucionais, aos quais o tribunal não opôs resistência, a atuação do STF nesse contexto caracterizou-se por subserviência em relação às demais decisões do governo: [...] ¹⁵⁶.

Eram reféns os poderes Legislativo e Judiciário. Estávamos na mão do Executivo. Nesse cenário, o que nos surge é o estudo de caso de Maria Prestes.

Maria é Olga Benário, figura imortalizada graças à seminal obra de Fernando Moraes que muito bem a biografou ¹⁵⁷, lançando, inclusive, suas impressões para as telas do cinema, para a glória de toda a história, mas, também, para a vergonha de muitos.

No “Caso Olga”, qual a postura que o Supremo, no contexto histórico esboçado, adotou em relação ao direito à vida? Como o Tribunal procedeu? Quais as repercussões de sua atuação? Qual papel a história deve lhe entregar? Aqui já temos condições de ver a quantidade de provocações que naturalmente surge.

Para ilustrar as conseqüências de um Supremo passivo, que apenas aplica fielmente as leis a atos normativos, sem interpretá-los à luz dos princípios/direitos fundamentais, demonstra-se oportuno relato do hábeas corpus impetrado por Olga Prestes, julgado em junho de 1936. Essa trajetória será feita com o auxílio de obra seminal de Arnaldo Godoy adiante referenciada em diversas oportunidades.

De início, é importante descrever o cenário político-ideológico que circundava a decisão tomada no bojo do referido hábeas corpus.

¹⁵⁶ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 202.

¹⁵⁷ MORAES, Fernando. *Olga*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1989.

Nesse contexto, Olga Prestes, judia, mulher de Luís Carlos Prestes, foi acusada de ser a mentora intelectual da Intentona Comunista de 1935 e cúmplice de vários delitos contra a ordem política e social .

Por essa razão, foi detida pela Polícia e contra ela instaurado inquérito criminal para averiguar os fatos relacionados à prática de crime contra a paz social.

No fim do processo inquisitorial, foi emitido despacho administrativo por Demócrito de Almeida (delgado auxiliar) e Filinto Müller (capitão de chefia de polícia), no qual se decidiu pela expulsão de Olga do país, devendo a acusada ser submetida à jurisdição alemã . Tratava-se de uma mulher, grávida, alemã, comunista e judia.

Heitor Lima, advogado de Olga, impetrou, em 3/6/1936, hábeas corpus com o objetivo de que a paciente pudesse ser mantida presa no Brasil e que seu julgamento se procedesse em território nacional, uma vez que era sua única condição de sobrevivência.

Em suas razões, Heitor Lima alega que a paciente somente poderia ser expulsa do Brasil após seu julgamento pelas autoridades judiciais locais, eis que a lei brasileira preconizava que a expulsão apenas seria levada a efeito após a condenação, conforme assegurado pela própria lei de segurança e dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Olga não seria estrangeira nociva ao país, uma vez que seria mantida dentro da penitenciária, além de estar grávida. Também argumentou sobre à competência para processamento do procedimento administrativo para determinar a expulsão, eis que o despacho policial usurpava a capacidade do Ministro da Justiça.

Tais argumentos foram facilmente combatidos pelas autoridades policiais, que baseavam seus atos no estado de exceção assolado no Brasil e, sendo assim, as normas que garantem direitos aos indivíduos não poderiam ser invocadas em face de decisão tomada pelo Poder Executivo em nome do interesse público.

Outro argumento levantado por Heitor Lima em suas razões no HC relaciona-se ao direito à vida. Aqui está o nosso maior interesse.

De fato, o advogado apontou que a paciente encontrava-se grávida e o filho, brasileiro, não poderia ser expulso . De acordo com a Constituição, era obrigatório o amparo à maternidade, art. 140, assim como o direito civil resguardava os direitos do nascituro, os quais não estariam sendo obedecidos ante, inclusive, as péssimas condições prisionais .

Por fim, esclareceu que não iria recolher as custas processuais, tendo em vista que a paciente não detinha quaisquer recursos financeiros.

O writ foi distribuído ao Ministro Bento Faria, presidente do Supremo, que houve por bem, inicialmente, determinar o recolhimento das custas. Após manifestação calorosa do advogado Heitor Lima, insurgido contra tão formalista ato, o Relator requisitou informações ao Ministério da Justiça, ocupado por Vicente Rao.

Em ofício remetido ao STF em 15/6/1936, Vicente Rao consignou que Olga era de nacionalidade estrangeira e elemento perigoso e nocivo à ordem pública. Outrossim, vigia no país o Decreto nº. 702, de 21 de março de 1936, que “instituiu o estado de guerra e suspendeu a garantia do hábeas corpus, por necessidade de segurança nacional”.

O Supremo, por maioria de votos, negou o habeas corpus, com base no artigo 2º do Decreto nº. 702/1936, que negava a concessão da ordem em estado de guerra.

Os Ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola, vencidos, conheciam do pedido e o indeferiram. Os demais Ministros que não conheceram do pedido, Edmundo Lins, Plínio Casado, Laudo de Camargo, Hermenegildo de Barros, Costa Manso, Octávio Kelly e Ataulfo de Paiva.

Olga Prestes foi expulsa e confinada no campo de concentração de Ravensbrück Na Alemanha, deu luz a sua filha e foi morta em 5 de novembro de 1941.

Ao serem indagados posteriormente sobre o caso, os Ministros assinalaram que a decisão foi tomada com base em dispositivo legal, de interesse público e de acordo com as normas do direito internacional .

Ante a um Supremo Tribunal Federal, cuja atuação limitava-se à mero aplicador dos dispositivos de lei, sem poder interpretar e invocar dispositivos de ordem legal e constitucional que assegurassem direitos fundamentais do indivíduo, a saber, o direito à vida, à humanidade (dignidade da pessoa humana), à ampla defesa e ao devido processo legal, foi possível a ofensa aos direitos de Olga e os de sua filha.

O Tribunal foi ativista? Não, não foi. Sua atuação impôs algum ônus ao “Todo Poderoso” Estado? Também não. A Fazenda Pública arcou com algum custo? Não. Estava satisfeito o Poder Executivo? Provavelmente. E Olga? Estava morta.

Uma mulher grávida de um brasileiro, esposa de um brasileiro, tendo cometido crimes no Brasil, fora condenada à pena de morte e entregue, com pompa e circunstância, ao Führer. Tristes tempos.

Esse Supremo buscado por alguns, passivo, ajoelhado, em nada contribui para um país. A história deve lhe fazer justiça e fará. Talvez tenha sido este, o nosso Caso Dred Scott, só que mais dramático.

E não precisamos remeter à ditadura a postura de autocontenção judicial.

O STF¹⁵⁸, nos últimos tempos, mudou sua política judicial.

Antes, adotava linha procedimental. Em julgamentos polêmicos, com forte carga de conotação política, que traziam a possibilidade de tensão para com os Poderes Executivo e Legislativo, adotava uma jurisprudência defensiva (self restraint)¹⁵⁹, deixando, para aqueles Poderes, a missão de solucionar o conflito inerente a seus representados, o povo.

Souza Júnior tem firme posição quanto à política judiciária de autocontenção:

¹⁵⁸ Quando mencionamos o “STF”, estamos a falar do resultado de seus acórdãos, uma vez que, neles, muitas vezes Ministros ficaram vencidos por discordarem dos entendimentos majoritários. Logo, nossas afirmações relativas ao Supremo se referem à maioria por ele exarada e não tem a intenção de individualizar sua atuação colocando no mesmo campo Ministros que têm posições divergentes.

¹⁵⁹ Sérgio Moro, quanto ao *self restraint*, diz: “A arte de não decidir pode ser tida por alguns como deplorável. Entretanto, trata-se de técnica de valia para compatibilizar a jurisdição constitucional com o regime democrático. Não é crível que a jurisdição constitucional possa resolver todas as controvérsias constitucionais, não devendo ser esquecido que, subjacentes a estas, há controvérsias

Para verificação da legitimidade democrática, também há dois caminhos possíveis: ou se demonstra que a atuação em si dos tribunais não agride o postulado democrático ou se demonstra a ilusão de ótica que produz a imagem democrática das instituições que integram os poderes Executivo e Legislativo. Como os caminhos não se excluem, mas podem completar-se, serão percorridas ambas as rotas.

É importante, antes de tudo, justificar a preocupação em sustentar a legitimidade democrática do ativismo judicial. Afinal, não havendo regra alguma exigindo tal condição para a validade das decisões judiciais, por que procurar demonstrá-la? A premissa está correta se se restringira validade das decisões judiciais à sua dimensão meramente formal. Contudo, ao lado da validade formal, ou até antes dela, devem as decisões dos tribunais desfrutar de autoridade. E a autoridade, ou seja, a respeitabilidade ou, mais precisamente, a vontade de sujeição não simplesmente por se tratar de uma obrigação incondicional, mas pela construção de um juízo de valor positivo no âmbito de influência de suas ações, somente pode ser alcançada pelo canal da legitimidade. É a legitimidade que propicia autoridade ao poder.¹⁶⁰

No caso de greve dos servidores públicos, se limitou a dizer que o Poder Legislativo estava demorando a editar a lei¹⁶¹. Disso todos sabíamos.

Quanto à limitação anual de juros a doze por cento trazida pela Constituição Federal, afirmou que a norma não tinha eficácia plena¹⁶², mesmo que, da leitura do seu conteúdo, fosse impossível ver aplicabilidade plena mais evidente.

Acerca do confisco da poupança dos cidadãos pela equipe econômica do então Presidente, Fernando Collor, o Tribunal preferiu silenciar¹⁶³. Muitas vezes, não decidir é mais impactante na vida da população do que decidir. O caso mostra bem isso.

políticas de difícil resolução num contexto democrático e pluralista". (MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 206).

¹⁶⁰ SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2007. p.104.

¹⁶¹ Quando do julgamento do Mandado de Injunção (MI) nº 20/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 22/11/1996), entendeu-se que o Supremo deveria comunicar ao Congresso Nacional sua demora em editar lei que trataria de greve de servidores públicos. No julgamento, o Ministro Marco Aurélio, apesar de, na forma, negar o MI, por entendê-lo desnecessário, no mérito, aplicava a Lei nº 7.783, de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. O Ministro Sepúlveda Pertence, na forma, o acompanhou. O Ministro Carlos Velloso, no mérito o seguiu, mas, na forma, conhecia do MI.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4/DF, Relator: Ministro Sydney Sanches. *Diário da Justiça*, 25 jun.1993.

¹⁶³ Julgando a Medida Cautelar pleiteada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 534/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada em junho de 1991 (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 8/04/1994), indeferiu-se o pedido de liberação imediata dos cruzados bloqueados. Ficaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard e Néri da Silveira, que concediam a ordem.

Quando chamado a se pronunciar sobre concretização de normas programáticas e direitos sociais, recorria à separação dos poderes para entregar ao Poder Executivo a missão de conduzir as políticas públicas nessas áreas.

Em relação à observância dos critérios de relevância e urgência para edição de medidas provisórias, afirmou tratar de seara na qual não poderia se inserir, pois, caso o fizesse, estaria substituindo ao próprio Presidente da República.

O Tribunal se limitava a garantir o funcionamento das estruturas democráticas. Estas, nada faziam para dar cumprimento a vários direitos assegurados pela Constituição. A Corte atuava de forma procedimentalista e defensiva.

Novamente com Souza Júnior, temos:

O Supremo Tribunal no Olho do Furacão

Facilitadas as coisas pela previsão constitucional da controlabilidade dos atos normativos em face à Constituição e, decorrentemente, da controlabilidade de outras espécies de atos políticos, o Supremo desempenhou as tarefas de juiz constitucional com algum vigor. Todavia, tal vigor esteve ligado a períodos de normalidade institucional. Nas crises, o comportamento da Corte foi nitidamente tímido (covarde talvez soasse muito forte). Já se falou do episódio do irregular impedimento da posse do Chefe do Executivo do Rio de Janeiro, em que a Corte, ante a acintosa recusa ao cumprimento de sua ordem, nada fez. Alguns outros episódios marcaram a história de altos e baixos do Supremo Tribunal Federal em seus primeiros cem anos de vida.¹⁶⁴

Cada um é livre para formular convicção no sentido de ser esta uma postura correta ou não. A essência deste ensaio, na verdade, não reside nisso. O que estamos a falar é sobre a leitura das atribuições de competências e, principalmente, a respeito do que é, verdadeiramente, ser o Guardião da Constituição.

¹⁶⁴ SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2007, p. 95-96.

9 A CRISE DE LEGITIMIDADE DOS ATORES DEMOCRÁTICOS E A MUDANÇA DE POSTURA DO SUPREMO

Com a restauração do regime democrático no Brasil, da promulgação da Constituição Federal de 1988 e a ocorrência das eleições gerais, vimos, tempos depois, o país se deparar com suas primeiras turbulências institucionais. Nesse contexto, contribuição seminal nos é dada por Rodolfo Viana Pereira:

Por último, a queda no desempenho prestacional das instituições representativas também é outro vetor gerador de insatisfação com o sistema democrático como um todo. Em linhas gerais, o problema se qualifica como um distúrbio comunicacional, a partir do momento em que as instâncias representativas encontram sérias dificuldades em absorver as demandas sociais, metabolizá-las e fornecer respostas adequadas. A interrupção do fluxo de comunicação caracteriza, então, um processo de desajuste entre tarefas, expectativas e resultados. Em alguns contextos nacionais marcados por fortes clivagens socioeconômicas, o descompasso tem sido exponenciado em função da incapacidade dos órgãos e instituições tradicionais em atuar efetivamente na resolução de tais problemas, bem como em convencer a opinião pública acerca dos seus esforços. O resultado final converte-se em acréscimo dos níveis de insatisfação em relação às funções representativas, contribuindo para aumentar ainda mais o fosso entre as instituições políticas e o cotidiano dos cidadãos.¹⁶⁵

Com o passar dos anos, a coisa piorou¹⁶⁶. Uma década e meia depois, pirou ainda mais¹⁶⁷. O Poder Executivo, mergulhado em denúncias, atravessava uma crise de identidade sem precedentes. O Poder Legislativo, desgastado, caminhava rumo à rejeição popular¹⁶⁸. Os partidos políticos eram alvo de questionamentos, sob o

¹⁶⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.137.

¹⁶⁶ Fernando Machado da Silva Lima critica a posição dos governantes: “Em conseqüência, o populismo demagógico desses governantes costuma substituir a razão, e consegue prevalecer inconstrastado, como conseqüência da demora, ou da impossibilidade de efetivação da necessária tutela dos direitos do povo, pelos órgãos jurisdicionais”. (LIMA, Fernando Machado da Silva. *A jurisdição constitucional e controle de poder: é efetiva a Constituição Brasileira?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 258).

¹⁶⁷ Sérgio Pompeu de Freitas Campos nos diz: “Considerando o déficit de cidadania característico da sociedade brasileira, a consolidação da democracia entre nós não poderia depender apenas dos métodos tradicionais de formação de opinião e da vontade, historicamente dominados pelo clientelismo e pela patronagem. Assim, a implementação da República delineada pela CR 1988 envolve a garantia jurisdicional dos direitos fundamentais e a efetiva participação da sociedade no desenvolvimento da interpretação da Constituição”. (CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 237).

¹⁶⁸ SCHIMITT, Carl apud PEREIRA, 2008, diz: “[...] a atividade em si do parlamentar não se realiza durante as conversações no plenário, mas sim em comissões, não necessariamente em comissões

argumento de que não tinham fidelidade programática, além de acusações de práticas nada republicanas¹⁶⁹. O modelo adotado para as organizações não-governamentais (ONG's) também passou a ser criticado. Os sindicatos sofreram sua crise de representatividade. O fenômeno é bem tratado pela doutrina nacional¹⁷⁰.

O Congresso Nacional é instituição conhecida por todos nós. Muito conhecida e não sei bem se isso é bom ou ruim.

Pensem o Brasil.

O nosso Congresso Nacional enfrenta, há tempos, a fúria do brasileiro decorrente das freqüentes acusações que pesam sobre boa parcela de seus integrantes. Os representantes do povo lá estão com suas virtudes e mazelas. Às vezes, muito mais mazelas.

Só um Tribunal Constitucional altivo poderia fazer valer o compromisso popular manifestado na Carta da República, sem que, a todo sabor de circunstâncias quase sempre nada nobres víssemos a Constituição ser ultrapassada pela formulação de majorias de momento imbuídas de um forte espírito de desprezo à Carta. Roberto Michels há quase um século, nos advertia sobre as “patologias da multidão”.¹⁷¹

parlamentares; as decisões importantes são tomadas sempre em reuniões secretas de dirigentes de facções ou até nos comitês extraparlamentares, dando margem a desvios e isenções de responsabilidade, transformando todo o sistema parlamentar numa péssima fachada para o poderio dos partidos e dos interesses econômicos”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 20-21).

¹⁶⁹ SCHIMITT, Carl apud PEREIRA, 2008: “Os partidos [...] atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses argumentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões. [...] O argumento, no seu sentido mais literal, característico da discussão autêntica, desaparece. No seu lugar surge, nas negociações entre partidos, a contabilização calculista dos interesses e das chances de poder [...]. Podemos, portanto, aceitar como pressuposto que não se trata mais de convencer o opositor de uma verdade ou de uma atitude correta, mas sim de conquistar maioria, para poder exercer o poder por meio dela. (Ibidem, p. 08).

¹⁷⁰ Ibidem, p.131.

¹⁷¹ MICHELS, Roberto. *Political Parties: a sociological study of the oligarchical tendencies of modern democracy*. Trad. Eden e Cedar Paul. Glencoe: The Free Press, 1915. p. 25.

Os freios e contrapesos existem exatamente para que os arroubos insandecidos de multidões manipuladas não sejam capazes de desconstruir o arranjo democrático¹⁷².

Mas para Habermas a atuação dos Tribunais Constitucionais é “promovedora do enfraquecimento da cidadania e da democracia, porque não condizente com o pluralismo, a democracia e em desobediência aos limites que deve ter a justiça constitucional”¹⁷³.

Interessante notar que Luhmann, que também caminha na trilha procedimentalista, sustenta que o Legislativo não é capaz de determinar todos os programas, ou imaginar todas as hipóteses aplicativas, razão pela qual os juízes têm que se mostrar capazes de decidir aquilo que a legislação não se mostra capaz¹⁷⁴.

Se pensarmos no Brasil esse raciocínio vem bem a calhar. Há quanto tempo o povo aguarda paciente a reforma política? E a reforma tributária? Onde não há espaço para a legislação, há para a jurisdição.

Essa idéia a respeito dos questionamentos quanto a quem deve ser o guardião da constituição trouxe clássica polêmica travada entre Kelsen e Schmitt¹⁷⁵ e

¹⁷² Após o julgamento da ADPF 144, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, debatendo a questão da “lista suja” dos candidatos, o Presidente do Supremo, Ministro Gilmar Mendes, traçou um paralelo entre a posição da opinião pública sobre as candidaturas de réus em ações judiciais e o comportamento do povo na crucificação de Jesus Cristo, ao pedir sua condenação sem que houvesse nele dolo. Disse ele: “Isso era contrário do que se pressupõe na democracia crítica, porque (aquela democracia) era totalitária e instável, portanto extremista e manipulável”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do sítio do STF. Quarta-feira, 06 de Agosto de 2008: *O Direito deve ser achado da lei e não na rua, diz Presidente do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94229&caixaBusca=N>>. Acesso em: 02 dez. 2008).

¹⁷³ Tese central desenvolvida em: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. Teoria dos sistemas, teoria evolucionista e teorias da comunicação. In: _____. *A improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Vega, 1992.

¹⁷⁵ Häberle ironiza Schmitt: “O ajuizamento de Carl Schmitt é todo o difícil que se posa imaginar. Em uma recepção em Roma, há quatro anos (durante uma das minhas sete estadas como professor convidado), perguntou-me o então presidente da República cósica, entre um círculo de ilustres colegas, o seguinte: ‘Professor Häberle, que opinião tem de Carl Schmitt?’ A isso respondi eu, provocando sorrisos entre os presentes: Venerando Presidente, a que Carl Schmitt o senhor se refere?, ao grande Carl Schmitt da Verfassungslehre de 1928, não superado até agora por sua força sistemática e suas inovações, ou se refere o senhor ao outro Carl Schmitt, completamente diferente, o que escreveu esse indispensável trabalho *Die Juden in der deutschen Rechtswissenschaft* (Os judeus na ciência jurídica alemã) ou o nefasto artigo *Der Führer schützt das Recht* (O Führer protege o direito)? Vejo com pesar que, em alguns países latinos, sobretudo na Itália, mas também na Espanha, se tem produzido uma espécie de renascimento de Carl Schmitt. Também a meus colegas e amigos na Suíça, por exemplo, em Berna ou em Friburgo, resulta incompreensível este renascimento, se se tem em conta essa dupla faceta da pessoa e muitas das manifestações de Carl

ela se mostra mais freqüente quando “surge algum ativismo ou, inversamente, uma eventual fraqueza, dos respectivos Tribunais Constitucionais”¹⁷⁶.

André Ramos Tavares caminha por um meio termo. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Nem um Tribunal de joelhos e nem com o dedo em riste. Diz ele:

A Justiça Constitucional cumpre o papel didático de orientação geral do Estado no cumprimento e implementação de direitos fundamentais. Opções políticas de não-implementação ou da (tradicional) situação de violação são ilegítimas do ponto de vista da Constituição e devem sofrer a “intervenção” da Justiça Constitucional. Isso também não significa que a Justiça Constitucional deva se autoproclamar como instância exclusiva e auto-suficiente na implementação da Constituição e dos direitos fundamentais¹⁷⁷.

Tudo isso reside no fato segundo o qual a Constituição reclama um processo de interpretação e, no Brasil, dentro da temática estudada por nós, cabe ao Supremo fazê-lo e, quando assim age, não está a desobedecer a tripartição de poderes, ao contrário, o faz em homenagem exatamente a sua função institucional e primordial.

Interpretar a Constituição não é tarefa de rábula, requer uma boa dose de criação e fazer isso não é extravasar de suas competências. Nesse sentido, temos Gadamer a nos dizer:

A idéia do direito contém a idéia da igualdade jurídica. Se o soberano não está submetido à lei, mas pode decidir livremente acerca da sua aplicação, fica, então, obviamente, destruído o fundamento de toda hermenêutica. Aqui também se mostra que a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da idéia do direito. A arte dos juristas é também o cultivo do direito.¹⁷⁸

Portanto, o Supremo, quando exerce suas atribuições, em nada desrespeita a harmonia que deve conduzir as ações dos três poderes, mas, ao contrário, atribui

Schmitt durante o regime nazista”. (VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25).

¹⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-23, jan./mar. 2006. p.157.

¹⁷⁷ TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, n. 1, p.18, jan./mar. 2007.

¹⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.63-64.

reverência aos postulados constitucionais. O debate sobre politização do Judiciário já parece velha. Häberle diz:

É um tema clássico e envelhecido sobre jurisdição constitucional discutir a politização do direito e juridização da política, que em tempos de República de Weimar ocupou o centro de controvérsias. Mas, num Estado constitucional, que conta com o desenvolvimento atual, como o da Constituição Federal alemã, não diz grande coisa: no máximo uma advertência para um grande judicial activism.¹⁷⁹

Os Poderes Executivo e Legislativo, atores centrais do processo democrático e da representatividade popular, atravessavam uma crise de legitimidade¹⁸⁰. Nesse cenário, um outro ator surgiu preenchendo o vazio deixado¹⁸¹. Nesse cenário, Luiz Werneck Vianna nos diz:

Como reação aos efeitos de estreitamento da esfera pública por onde deveria transitar a formação da soberania popular, de um lado, e da primazia do Executivo concedida à esfera sistêmica da economia, de outro, tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas a organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo, quanto do Legislativo. Nesse movimento, tem-se buscado, às vezes com êxito, impor limites à ação legislativa do Executivo, enquadrar sua intervenção de caráter estratégico-instrumental, além de, por meio de novos institutos processuais, como a ação popular e a ação civil pública, encontrar defesa para o cidadão diante do Estado e do poder econômico. O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal importância que já se pode falar, sem retórica, em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira hoje.¹⁸²

Falam em legitimidade, ainda que esta surja de procedimentos nada recomendáveis. O jogo é democrático, é verdade, mas nem sempre limpo. Shapiro adverte:

O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando

¹⁷⁹ VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2009. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. p. 121.

¹⁸⁰ TOHARIA, Juan José. Solución de los Conflictos em los Sistemas Democráticos. *Justicia Electoral*, 1998, n. 11, p.30. TOURAINE, Alain. *O que é a democracia*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

¹⁸¹ MORLINO, Leonardo. La Crisi della Democrazia. *Rivista Italiana di Scienza Política*, ano IX, n.1, p.41, apr. 1979.

¹⁸² VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003. p.10-11.

entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...], e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.¹⁸³

A breve caminhada em relação ao reconhecimento pelas instâncias julgadoras da força normativa dos princípios constitucionais serve para que passemos ao degrau seguinte, que é a apresentação da postura do Tribunal no passado e atualmente.

Uma vez que a Constituição traz, pela redação de seus dispositivos, possibilidades de leitura variadas quando do seu processo de interpretação e, a partir do momento em que os Poderes Legislativo e Executivo não avançam na concretização dessas idéias, o Judiciário aparece, meio sem jeito, numa arena de cujo conhecimento do qual é possuidor vem, em grande parte, dos livros. Temos, portanto, senhores de toga ingressando, lenta, mas poderosamente, na arena do povo.

Esse fenômeno é alvo da atenção da doutrina nacional. Vejamos as impressões de Roger Stiefelmann Leal:

A expansão institucional da jurisdição constitucional e a sua conseqüente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais. A autoridade de suas decisões perante os demais poderes e a sociedade atrai, por essa razão, a pretensão de organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos e especialistas no sentido de tomarem parte nos processos que correm perante os órgãos de jurisdição constitucional. O direito processual adotado vem, assim, admitindo cada vez mais a participação dos atores sociais e políticos dos mais diversos matizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade. Aos poucos, contrói-se um ambiente de legitimação política de algum modo semelhante ao processo legislativo. Politizam-se as práticas e os procedimentos. A abertura do processo constitucional é, segundo Häberle, exatamente onde o Parlamento falhou.¹⁸⁴

Quem se beneficia de um Tribunal silente? A quem recorrer quando nos faltam juízes?

¹⁸³ SHAPIRO, Martin. *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*. New Jersey: Prentice-Hall, 1966. p. 24.

¹⁸⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 101.

A melhor resposta, acreditamos, é dada por Keith E. Whittington, por meio da singela observação: “uma Corte muito fraca para ameaçar a liberdade das pessoas pode também ser muito fraca para protegê-las”¹⁸⁵

Não temamos a Corte, historicamente, ela é a instância que menos risco nos oferece. Chegou a hora, portanto, de falarmos do Supremo.

¹⁸⁵ WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation: textual meaning, original intent and judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 1999. p. 262.

10 O SUPREMO DE HOJE: SUBSTANCIALISTA E ALTIVO

Passada a promulgação da nova Constituição, consolidado o regime democrático que sobreviveu bem a várias crises, no alvorecer do ano 2000, surge algo de novo no ar.

O Supremo se agigantou. Virou o centro das atenções. A população começou a atribuir a ele uma função que a Constituição Federal não lhe deu¹⁸⁶, o de Poder que representa o povo. Ali, pensavam muitos, se atendia à população fazendo justiça¹⁸⁷.

O Tribunal passou a adotar uma postura substancialista e ativista¹⁸⁸. Deu início a um processo no qual decidia temas controvertidos avançando em questões próximas da competência do Poder Legislativo. Começou a influenciar a pauta do Congresso¹⁸⁹.

Deu azo à Reforma Política quando se pronunciou acerca da fidelidade partidária, alterando sua histórica jurisprudência.

Determinou que o Presidente do Senado instalasse uma Comissão Parlamentar de Inquérito, próximo ao que fizera a Corte de Warren¹⁹⁰, nos Estados Unidos¹⁹¹. O STF, por maioria, determinou que o presidente do Senado Federal designasse os nomes dos Senadores que comporiam a “CPI dos Bingos”. A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Segurança (MS’s) 2.4831, 2.4845,

¹⁸⁶ O *caput* do artigo 102 da Constituição Federal fala na função precípua de guarda da Constituição.

¹⁸⁷ Alexander M. Bickel diz que para interpretar a Constituição, o Poder Judiciário era o “menos perigoso” dos poderes. (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2 e.d. Yale: Yale University Press, 1986).

¹⁸⁸ Vale conferir o debate acerca do termo ativismo judicial ocorrido com a participação de Robert Batinter, Stephen Breyer, Antonio Cassese, Ronald Dworkin, Dieter Grimm e Gil Carlos Rodriguez Iglesias. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert. *Judges in Contemporary Democracy: an International Conversation*. New York: New York University Press, 2004. p. 17-65.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança (MSs) 26.602, 26.603 e 20.604 sobre fidelidade partidária.

¹⁹⁰ Sobre a composição da Corte de Warren, ver: MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.37.

¹⁹¹ Lêda Boechat nos diz com acerto: “Em nenhum dos países que seguiram mais de perto ou mais de longe o modelo constitucional americano, um tribunal alcançou a notoriedade, o prestígio e a atenção generalizada que cercam a Suprema Corte dos Estados Unidos, nem, como esta, se colocou no centro de tempestades políticas tão violentas e foi objeto de tanta controvérsia”. (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991. p.18-19).

2.4846, 2.4847, 2.4848 e 2.4849. À exceção do ministro Eros Grau, os demais acompanharam o relator, Ministro Celso de Mello que afirmou o direito das minorias à oposição, "conseqüência natural do postulado democrático".

Assegurou que deputados federais adentrassem ao Plenário do Senado da República, numa sessão secreta, sob o fundamento de direito líquido e certo.

No âmbito do Poder Executivo, a tensão não foi diferente. Temas tributários tiveram uma guinada de entendimento¹⁹². Os direitos sociais passaram a ser concretizados. O direito à educação passou a ser implementado em atendimento à força normativa da Constituição. O Direito à saúde, da mesma forma. Ingressou-se no mérito de atos discricionários do Poder Executivo¹⁹³, influenciando, com suas decisões, a formulação de políticas públicas. Ordenou-se a realização de procedimentos que impunham reflexos diretos em seus orçamentos¹⁹⁴.

O Supremo passou a governar quem governava¹⁹⁵.

Aliomar Baleeiro, em 1968, já havia emendado de modo seminal:

Cúpula de todos eles, o Supremo carrega por precípua missão a de fazer prevalecer a filosofia política da Constituição Federal sobre todos os desvios

¹⁹² Recursos Extraordinários (REs) 370.682 e 353.657. Os recursos, interpostos pela União, pretendiam reverter decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), que dava a duas empresas o direito de creditar o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) decorrente da aquisição de matérias-primas cuja entrada é isenta, não tributada ou sobre a qual incide alíquota zero. Com a decisão, o Supremo declarou a impossibilidade de compensação de créditos de IPI nessas condições tributárias.

¹⁹³ Em maio de 2008, o Plenário do STF julgou a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4048. Por 6 votos a 5, a Corte deferiu medida liminar solicitada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), para suspender a eficácia da Medida Provisória (MP) 405/07, convertida na Lei 11.658, de 2008, pela qual o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, abriu crédito extraordinário no valor de R\$ 5,4 bilhões para a Justiça Eleitoral e diversos órgãos do Poder Executivo. Em 17 de abril, quando a Corte iniciou o julgamento, os Ministros Gilmar Mendes (relator), Eros Grau, Cármen Lúcia, Carlos Britto e Marco Aurélio votaram pela concessão da medida cautelar. Já os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso votaram contra a concessão de liminar. Dia 28 de maio, os Ministros Menezes Direito e Ellen Gracie votaram pelo indeferimento do pedido e o Ministro Celso de Mello pela concessão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4048. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2008).

¹⁹⁴ Julgando o Agravo Regimental à Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE, concedeu-se, às custas do Estado de Pernambuco, autorização para um jovem ser submetido a uma cirurgia de implante de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM), nos Estados Unidos, a fim de que possa respirar sem depender de aparelho mecânico. O custo da cirurgia equivale a U\$ 150.000 (cento e cinqüenta mil dólares americanos). A relatora, Ministra Ellen Gracie, era contra a autorização e ficou vencida.

¹⁹⁵ Em entrevista ao diretor de redação da Revista Eletrônica Consultor Jurídico, Maurício Cardoso, em 5 de abril de 2006, o Ministro Carlos Britto consignou: "O Judiciário não governa, mas ele governa quem governa". Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/static/text/43306,1>> . Acesso em: 01 dez. 2008.

em que o Congresso e o presidente da República, Estados, Municípios e particulares se tresmalhem, quer por leis sancionadas ou promulgadas, quer pela execução delas ou pelos atos naquela área indefinida do discricionarismo facultado, dentro de certos limites, quer quanto ao legislador quer quanto ao executor, nunca foi, não é, nem será nunca uma linha firme, clara e inconfundível. Há uma terra de ninguém nessa faixa fronteiriça.

Teoricamente, essas linhas jazem na Constituição. Mas como lei e obra de expressão do pensamento, ela padece de lacunas, antinomias e obscuridades, como ou de qualquer outro país em qualquer época. E a ação do tempo, envelhecendo dispositivos ou desafiando o alcance de outros, senão o próprio silêncio do texto, engendra os problemas que o Supremo Tribunal Federal há de enfrentar pelo futuro afora, às vezes como freio dos avanços temerários, outras vezes como acelerador das aspirações agudas e das reformas latentes.

Ou os países realizam isso pela flexibilidade da interpretação constitucional provocada pela audácia do legislador, ou as revoluções rompem violenta e tumultuariamente as comportas dos dispositivos estagnados pela interpretação rígida e conservadora. Mas o mesmo perigo resultará das inovações prematuras e inoportunas, assim sejam por simples imitações peregrinas, assim sejam pelo ativismo de líderes irrequietos e demagógicos.

Os freios, aceleradores e amortecedores constitucionais estão entregues à prudência serena do Supremo Tribunal Federal, que, inevitavelmente, há de refletir os julgamentos de valor e as opções formadoras da educação e do espírito de seus membros. Eles se esforçarão quanto puderem para se manterem fiéis à filosofia política da Constituição com todos os princípios que ela adota e aos quais se refere no art. 150, § 35. Mas nem sempre as opiniões coincidirão acerca do conteúdo, extensão e implicações desses princípios e daquela concepção de vida.¹⁹⁶

A profecia se concretizou.

As técnicas de interpretação da Constituição e de declaração de inconstitucionalidade mostraram-se criativas¹⁹⁷. Muito criativas¹⁹⁸. A Corte tornou mais presente a chamada doutrina prospectiva¹⁹⁹. As declarações de inconstitucionalidade sem redução de texto se multiplicaram.

O povo comemorava as decisões. A Constituição se inseria no cotidiano. A expressão “então recorre ao Supremo!” se popularizou. A Corte estava “legitimada”.

¹⁹⁶ BALEEIRO, Aliomar. *O S.T.F., esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 103.

¹⁹⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁹⁸ "A criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente. A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei." (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 96-97).

¹⁹⁹ LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 158, p. 78-86, nov. 2008.

Eis aqui um novo Supremo. Nem melhor, nem pior. Simplesmente, um novo Tribunal. Nele, sem dúvida, há ganhadores. Também perdedores não de aparecer. As conseqüências, se boas ou ruins, só a história há de dizer.

11 O SUPREMO DE HOJE: SUBSTANCIALISTA E ALTIVO – ESTUDO DE CASOS

O Supremo Tribunal Federal, com a sua composição atual, não pode carregar sobre suas costas a pecha de ativista, no sentido de que atua fora das suas atribuições constitucionais.

O que temos, veremos adiante, é uma Corte comprometida em fazer valer os dispositivos constitucionais e promover um choque na inércia refletida pela atuação do Poder Legislativo e, por não dizer, também um choque no atrevimento do Poder Executivo que, caminhando oxigenado por milhões de votos, vez ou outra acredita que tudo pode, mesmo que passando por cima das disposições constitucionais.

Não temos um Tribunal ativista. Temos um Tribunal altivo. É diferente.

Mas e as falhas? Não há? Há, e não são poucas, mas nada que macule a imagem da Corte como a grande instância de garantia aos exercícios de direitos lançados na Constituição Federal de 1988. Se a Carta lhe atribuiu o papel de guardião, podemos dizer sem sombra de dúvidas: O Supremo é um guardião de coragem.

O STF fixou uma pauta muito bem definida de temas que estavam tendo um tratamento afrontoso por parte dos demais poderes. A afronta não se dava à população, somente, mas à própria Constituição Federal.

O Poder Legislativo, por exemplo, retardava a aprovação da Reforma Política que tanto impacto causa na sociedade. Sabemos que toda aprovação de uma proposta desta envergadura acarreta para uma parcela dos parlamentares a sua própria dose de prejuízos eleitorais. Sendo assim, ou seja, a norma sendo feita pelo seu próprio destinatário, como imaginar que terá a Reforma Política brasileira um resultado concreto?

A fidelidade partidária era esquecida para que, de forma deprimente, a vontade da população fosse fraudada. Assegurar que a vontade das majorias e das minorias seja respeitada nada mais é do que zelar pelo regular prosseguimento do

ideal democrático. Não há nenhum ativismo aqui. Quando se assegura que a vontade da população prevaleça, a Corte simplesmente atua de modo procedimentalista, como bem destacou Ely, e não de maneira substancialista.

O Poder Executivo, por sua vez, caminhava fagueiro nas ondas mansas da aprovação popular e utilizava esse dado como escudo para extravasar suas atribuições, editando, em demasia, medidas provisórias.

Por outro lado, questões alvo de polêmica podem ser facilmente compreendidas por meio de uma rápida leitura ao texto constitucional.

Qual a dificuldade há em perceber que o Estado não deve se prestar ao papel de longa manus da esfera familiar? Como dizer que para se vedar o nepotismo é necessário a deliberação popular por meio do Congresso Nacional?

Da mesma forma, como deixar de notar que a utilização das algemas como instrumento de exposição vexatória afronta a dignidade da pessoa humana?

Quando o Supremo faz prevalecer a vontade da Constituição está rendendo homenagens à população que é a autora e destinatária desta mesma Constituição.

Não há ativismo.

Temos ainda a questão dos direitos sociais.

A Constituição garante o direito à saúde. O Estado nega-lhes. O cidadão, desamparado, recorre ao Poder Judiciário e o faz exatamente por não ter encontrado guarida no Legislativo e Executivo. O que deve fazer o Supremo? Dar-lhes às costas? Vê-lo morrer diante da atitude contumaz do Poder Executivo em negar cumprimento à Constituição? Esperar que uma reforma do sistema de saúde seja implementada no próximo século? Não! Ainda há juízes nesse país.

Tudo o que temos assistido no Brasil é tão somente o cumprimento da Constituição. Nem mais, nem menos.

Passemos, adiante, para o estudo de alguns breves relatos para que fique identificado que o Supremo, tal qual ocorreu na Corte de Warren (1953/1969), nos Estados Unidos, escolheu uma pauta definida para atuar de modo mais altivo, sendo

essa pauta, composta por: direitos fundamentais; direitos sociais; omissões do Poder Legislativo e; Direito Eleitoral.

Essa comparação parece ser a essência do presente trabalho.

11.1 A PAUTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O núcleo do sistema jurídico contemporâneo é a dignidade da pessoa humana, cuja proteção será levada a efeito pelo estabelecimento dos direitos fundamentais, previstos, por sua vez, na Constituição²⁰⁰.

Os direitos fundamentais foram, assim, moldados ao longo da história, em virtude dos fenômenos experimentados pela sociedade, o que permite compreender que tais direitos não são sempre os mesmos, mas que dependem da conformação histórica.

O fenômeno histórico que marca a primeira manifestação social para o reconhecimento de direitos fundamentais é a Declaração francesa de 1789. Nada obstante declarações de direitos anteriores dos americanos, por meio da Declaração de Direitos de Virginia, em 1776, bem como dos ingleses, com a promulgação da Magna Carta, tenham previsto direitos para os cidadãos, certo é que se dirigiam a camadas sociais específicas ou, quando muito, a povos libertários, como é a situação das colônias americanas. Diferentemente, a Declaração francesa de 1789, por intermédio do ideário de liberdade, igualdade e fraternidade, objetivava o reconhecimento de tais direitos à raça humana, a partir da perspectiva do homem, em contraposição à do monarca²⁰¹.

Nesse primeiro momento, chamado de primeira geração de direitos, o objetivo era combater o absolutismo monárquico, por meio da garantia de liberdade

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 221.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 516.

dos indivíduos, especialmente nas esferas econômica, de expressão, de mobilidade social, de locomoção, de culto, de consciência, domiciliar²⁰².

Para conferir concretude às liberdades individuais, foi necessário o fortalecimento do direito de propriedade, absoluto e concebido de forma individualista, o qual servia como limite para a intervenção do Estado nas relações privadas²⁰³.

Conseqüentemente, a fim de evitar o arbítrio e a concentração de poder, instituiu-se o princípio da separação dos poderes, com Montesquieu, de acordo com o qual se estabelece o postulado de que o poder é do povo e será exercido por três órgãos cujas funções se dividem em legislar, executar o direito e julgar os conflitos, amparados na lei, base teórica do princípio da legalidade²⁰⁴.

Em síntese, os direitos de primeira geração “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência”²⁰⁵.

A garantia absoluta de liberdade e o não-intervencionismo estatal provocaram abuso de poder por parte dos pólos mais fortes das relações sociais. Cite-se, a título exemplificativo, o estabelecimento de relações de trabalho a condições subumanas, com jornadas de trabalho de quatorze horas diárias, sem descansos semanais, ou, ainda, o monopólio de empresas no mercado.

Após a Primeira Grande Guerra, a sociedade mundial pede a reformulação do paradigma estatal, a fim de que este proovesse condições mínimas de igualdade e subsistência aos indivíduos, essencialmente os que se mostravam partes mais fracas, especificamente nos campos das relações trabalhistas e econômicas, pelo que se instituem os direitos sociais, ou direitos de segunda geração, dentre os quais

²⁰² Ibidem, p. 517.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 223.

²⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 29.

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 517.

estão a educação, a saúde, a moradia, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos hipossuficientes, dentre outros²⁰⁶.

Nota-se, neste momento histórico, que a mudança atinge não apenas os fins estatais, mas “o próprio ordenamento ganha um novo grau de complexidade”²⁰⁷. Nesse contexto, reconhece-se que não basta a previsão de direitos para que estes pudessem ser gozados pelos indivíduos, mas é necessário que sejam promovidas condições mínimas, o que se resolveu com as garantias institucionais.

Os direitos fundamentais, afirma Bonavides, passam a vincular materialmente a liberdade, vislumbrada a partir de entrelaces normativo e institucionais, a valores sociais, ou justiça social, que “demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser criados, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração”²⁰⁸.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, estabelece-se uma nova preocupação por parte dos Estados, relacionada à preservação da raça humana. A humanidade deparou-se com fenômenos como o extermínio de “raças” na Alemanha, sob a bandeira da defesa nacional, os efeitos destruidores das armas, com a liberdade tecnológica, os quais ensejaram a reflexão pelos Estados acerca dos rumos que a sociedade global tomaria. Assim, para preservar a sobrevivência humana digna, os países passaram a adotar medidas de proteção não do homem individualmente considerado, mas de coletividade, grupos. “Tem-se, aqui o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural”²⁰⁹.

Bonavides explica que os direitos de terceira geração, ou direitos de fraternidade, ultrapassam a visão individualista estatal, no sentido da conformação dos direitos fundamentais de liberdade e da igualdade não apenas de seu povo, para voltar os olhos à concretização de todos esses direitos na perspectiva mundial.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 518.

²⁰⁷ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 34.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 518.

²⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 224.

Aflora a abordagem de temas “referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”²¹⁰.

A nova ordem mundial pauta-se, assim, sob a perspectiva fraterna e solidária, tendente a ultrapassar as barreiras territoriais para o fim de que sejam respeitados e concretizados os direitos humanos, ressaltando-se, contudo as peculiaridades culturais inerentes a cada sociedade, o que se denomina tolerância.

Jorge Miranda nos diz que a noção de direito fundamental é “coetâneo ao conceito de Constituição”²¹¹. Canotilho explica que o reconhecimento dos direitos fundamentais na Constituição expressa “a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo”²¹², o que servirá de premissa para toda a atuação do poder público, assim como limitação das liberdades entre os próprios indivíduos. Conforme Cruz Villalon, “os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas”²¹³.

A Constituição é onde os direitos fundamentais encontram amparo.

A conseqüência desse reconhecimento de direitos fundamentais na Constituição, concebidos como normas constitucionais, é a sua proteção “mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos”²¹⁴.

A corte constitucional, nesse sentido, é atribuída de fiscalizar o cumprimento das normas constitucionais pelos demais poderes, bem como pelos próprios indivíduos, através do controle de constitucionalidade dos atos normativos e administrativos, assim como das relações particulares²¹⁵.

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 523.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p.107.

²¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

²¹³ CANOTILHO, J.J., Op. Cit., p. 371.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 372.

²¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 372.

No caso brasileiro, após a definição, pelo Corte, da concretização dos direitos fundamentais, temos, no exercício da jurisdição constitucional, o grande instrumento de realização dessa necessidade.

O Supremo, concretizando direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, deve assegurar rigorosamente a supremacia das normas constitucionais, de modo absoluto, pautado não apenas das disposições legislativas, mas tendo abertura para fazê-lo no conteúdo valorativo das disposições que traduzem os direitos fundamentais.

Inicialmente cabe ressaltar as palavras de Friedrich Muller, que defende que só quando respeitados os direitos fundamentais é que se poderá falar em povo participativo democrático:

[...] só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual (nicht zuletzt), também os direitos fundamentais políticos. Direitos fundamentais não são valores, privilégios, exceções do poder de Estado ou lacunas nesses mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental (obrigkeitsfreudiges Denken) ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i.é, dos cidadãos, a uma participação ativa (aktive Ermächtigung). No que lhes diz respeito, fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o povo permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos human rights ele se torna, em função normativa, povo de um país (Staatsvolk) de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo povo enquanto instância de atribuição global.²¹⁶

O Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu o Habeas Corpus nº. 82.959 e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, no caso concreto, atentado violento ao pudor contra três crianças de 6 a 8 anos de idade.

A decisão afasta a proibição da progressão do regime de cumprimento da pena aos réus condenados pela prática de crimes hediondos. Caberá, entretanto, ao juiz da execução penal analisar os pedidos de progressão de acordo com o comportamento de cada apenado, ou seja, individualizar a pena.

²¹⁶ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 63-64

Tendo em vista que a decisão se deu em sede de controle difuso de constitucionalidade, na qual o Supremo Tribunal Federal analisou os efeitos da lei no caso concreto, esta terá de ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional.

Ainda assegurando o direito aos acusados e aos presos, um pedido de vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito adiou o julgamento de três processos em que se discute a prisão civil por dívida.

Os processos haviam sido levados de volta ao plenário pelo ministro Celso de Mello, que deles pedira vista em 2006 e 2007. Em um dos processos, oito ministros já se declararam contra a prisão civil por dívida do depositário infiel²¹⁷.

O mesmo tema está em discussão no HC 87585, em que Alberto de Ribamar Costa questiona acórdão do STJ. Ele sustenta que, se for mantida a decisão que decretou sua prisão, “estará respondendo pela dívida através de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão para os fins do processo”. E fundamenta seu pleito na impossibilidade de decretação da prisão de depositário infiel, à luz da redação trazida pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, que tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, a qual tem aplicação imediata, referindo-se ao pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Vejamos que não se trata de uma posição isolada. Há uma pauta definida e que vem sendo cumprida. Os temas nela insertos são voltados para os direitos fundamentais e, especialmente, ao princípio da presunção de inocência. Tanto os acusados, como os condenados, também têm assegurados a incolumidade física e moral.

Nesse contexto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que o interrogatório realizado por intermédio de videoconferência

²¹⁷ Trata-se dos Recursos Extraordinários (RE) 349703 e 466343, além do Habeas Corpus (HC) 87585. Nos REs, em processos contra clientes, os bancos Itaú e Bradesco questionam decisões que entenderam que o contrato de alienação fiduciária em garantia é insuscetível de ser equiparado ao contrato de depósito de bem alheio (depositário infiel) para efeito de prisão civil.

vai de encontro aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Trata-se do julgamento do HC 88914, cuja ordem foi concedida em favor de um condenado a mais de 14 anos de prisão pela prática do crime de extorsão mediante seqüestro e roubo, o que ensejou a anulação, a partir do interrogatório, do processo-crime aberto respectivo em trâmite na 30ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo.

O Relator, Ministro Cezar Peluso, assinalou que a adoção da videoconferência se afasta da substância exigida no processo penal e torna a atividade judiciária destituída de sensibilidade e humanidade, tendo em vista que o interrogatório é o momento em que o acusado exerce seu direito de autodefesa²¹⁸.

Nesse diapasão, a Turma do Supremo Tribunal Federal, em função da prevalência dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da legalidade, decidiu que a realização de interrogatório por videoconferência é inconstitucional.

No mesmo sentido foi o julgamento pelo Plenário da Corte do HC 90.900, impetrado, com pedido de liminar, em favor de Danilo Ricardo Torczynowski.

Entendeu-se que a Lei estadual 11.819, de 2005, que estabelece a possibilidade da utilização do sistema de videoconferência no estado de São Paulo, é formalmente inconstitucional. O placar foi 9x1²¹⁹. Mas aqui o fundamento foi diverso: Os ministros entenderam que cabe somente à União legislar sobre a matéria (processo penal).

²¹⁸ Na oportunidade, rememorou o tratamento do instituto em países como Itália, França e Espanha e constatou que a utilização da videoconferência tem previsão legal e só se aplica em circunstâncias limitadas, por meio de decisão devidamente fundamentada. Contrariamente, no Brasil ainda não há lei que regulamente o interrogatório por videoconferência e, ainda que houvesse, a decisão que determinasse este rito deveria ser devidamente fundamentada e motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto. Ainda, segundo o Ministro Peluso, no caso concreto, o acusado sequer foi citado com antecedência para o interrogatório, sendo apenas instado a comparecer, e o juiz, em nenhum momento, explicitou a razão da necessidade de o interrogatório ser realizado por videoconferência.

²¹⁹ A Ministra Ellen Gracie ficou vencida. Trechos do voto de Sua Excelência: “O sistema de videoconferência é uma nova forma de contato direto, não necessariamente no mesmo local. Além de não haver diminuição da possibilidade de se verificarem as características relativas à personalidade, condição sócio-econômica, estado psíquico do acusado, entre outros, por meio de videoconferência, é certo que há muito a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de

A Corte também fixou que a utilização de algemas deve ter cunho excepcional.

Por unanimidade, o Supremo decidiu que o uso de algemas só deve ser adotado em casos excepcionalíssimos, pois viola o princípio da dignidade humana estabelecido no rol dos direitos e garantias dos cidadãos (artigo 5º), previsto na Constituição Federal.

Diante da importância do assunto, o Tribunal decidiu, também, editar uma súmula vinculante contendo o enunciado da decisão. Além disso, determinou a remessa de cópias da decisão ao Ministro da Justiça e aos Secretários de Segurança Pública dos 26 estados brasileiros e do Distrito Federal.

A decisão foi tomada no julgamento do Habeas Corpus (HC) 91952, em que a Corte anulou a sessão de julgamento do Tribunal do Júri de Laranjal Paulista (SP), que condenou Antonio Sérgio da Silva por homicídio qualificado (artigo 121, parágrafo 2º, incisos II, III e IV). Os ministros aceitaram o argumento da defesa de que o réu sofreu constrangimento ilegal por parte da juíza-presidente do Tribunal do Júri, que decidiu manter o réu algemado durante a sessão, sem a devida justificativa.

O Tribunal aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante 11 nestes termos: "Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado"²²⁰.

Interessante fechar esse capítulo com passagem de autoria do Mr. Justice, Willian O. Douglas que, em 1971, falando para a Suprema Corte norte-americana, emendou: "É significativo que a maior parte dos preceitos do 'Bill of Rights' consistam em normas de procedimento: e, de fato, a diferença entre legalidade (rule

ordem, o que reflete a idéia da ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado, para a realização do seu interrogatório".

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo do STF*, Brasília, n. 515, 11/15 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo515.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

of law) e arbítrio (rule by fiat) em grande parte constitui uma questão de procedimento”²²¹.

11.2 O CASO DANIEL DANTAS

O Brasil, por meio da mídia, acompanhou o episódio decorrente das prisões do conhecido banqueiro, Daniel Dantas.

Repercussão maior do que as prisões foi a gerada com a concessão, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, de habeas corpus pleiteado pelo banqueiro (HC 9.500-9/SP).

A sociedade, numa grande parcela, virou-se contra o Ministro, criticando sua decisão. Dos mais ricos aos mais pobres. Os eruditos e os ignorantes. Poderosos e despossuídos. Todos tinham posição formada a respeito da concessão.

A controvérsia deu margem a variadas esferas de discussão.

Constitucionalistas falaram, como também os penalistas. A Polícia Federal comentou o caso, assim como juízes federais e acadêmicos. Editoriais dos grandes jornais deram espaço ao debate em torno da decisão de soltura. Capas de revistas estampavam a foto do Presidente do STF. Numa delas, o Ministro aparecia com chaves de carcereiro às mãos, de braços cruzados e olhar levemente enfurecido²²². As televisões brigavam entre si por detalhes. A internet disseminou informações e bastidores da operação da PF. O povo, às ruas, foi ouvido. Comunidades no site de relacionamentos orkut foram criadas. Uma delas, a mais curiosa, diz: “Fora Gilmar Mendes!”. No passado tivemos, nas ruas, o “Fora Collor!”. Depois, “Fora FHC!”. Mais adiante, “Fora Lula!”. Ainda tivemos o “Fora Severino!”. Agora, o “Fora Gilmar Mendes!”.

Qual a razão de tamanha reação a uma decisão judicial? Como o contexto atual ajuda ou atrapalha o acesso das pessoas às informações decorrentes de atos

²²¹ The Oyez Project, *Wisconsin v. Constantineau* 400 U.S. 433 (1971). p. 436. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1836/1836_0/>. Acesso em: 20 jul. 2008.

²²² REVISTA ISTO É, n. 2020, 23 jul. 2008.

de tribunais? Qual a participação dos integrantes do próprio Supremo nesses acontecimentos? Como o ministro Gilmar ajudou a trazer a população para o debate constitucional? Por quê, agora, ele é alvo da fúria de uma parcela popular?

Temos como fatos alvo da nossa observação o episódio da prisão do banqueiro Daniel Dantas pela Polícia Federal numa operação denominada “Santiagraha”.

Ultrapassadas as questões processuais, um fato é inconteste: havia um habeas corpus sob a mesa do Presidente do Supremo, ministro Gilmar Mendes, pronto para ser apreciado, monocraticamente e a sua concessão implicaria na soltura de Daniel Dantas.

O Presidente concedeu o habeas corpus. Estava livre o banqueiro.

A reação popular foi imediata. As capas de jornais estampavam manchetes que colocavam o Presidente do STF como alguém que agiu levando em consideração a condição financeira do acusado. Uma revista, como já dissemos, estampou Gilmar Mendes numa montagem contendo às suas mãos chaves de um carcereiro. Paródias foram feitas. O Programa Pânico na TV, exibido em rede aberta de televisão pela Rede TV! fez uma paródia a um hit musical do momento. A paródia era intitulada: “Mando prender, mando soltar!”.

Várias comunidades no site de relacionamento orkut foram criadas com o nome: “Fora Gilmar Mendes!”.

O povo reagiu a Gilmar. O mesmo povo que, antes, não tinha acesso com tamanha transparência ao processo de tomada de decisão. Não que antes, o STF escondesse o que fazia. Não é isso o que se quer dizer. Mas há bem pouco tempo não tínhamos TV Justiça, Rádio Justiça, site do Supremo, “amicus curiae”, audiências públicas, por exemplo. Tanto assim o é que não temos notícia de pedido de impeachment formulado contra o ministro Marco Aurélio quando da concessão de habeas corpus ao banqueiro Salvatore Cacciola, no “Caso Banco Marka”. Bom lembrar que estávamos em julho de 2000²²³, quando o processo de abertura para a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, pelo Supremo ainda estava em curso, não consagrado, como agora.

Nos instantes que os meios de comunicação noticiavam a soltura de Dantas, o site do Supremo disponibilizava a todo o Brasil a íntegra da decisão do Presidente. Havia uma interação total. Tudo às claras e massificado. De um lado, um Poder integrado por agentes sem mandato que goza de uma formidável respeitabilidade. Do outro, o povo contrário a uma tomada de decisão.

O Presidente do Supremo, atacado, não se esquivou. Fez-se presente em emissoras de televisão, redações de jornais e de sites²²⁴. O processo de abertura no processo de debate constitucional continuava. É a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” em movimento. Não há retrocesso.

A Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal (CUT/DF) protocolou, junto à Secretaria Geral da Mesa do Senado da República, dia 18 de julho de 2008, um pedido de impeachment do ministro Gilmar, sob o argumento de que ele teria cometido crime de responsabilidade ao conceder um habeas corpus em favor do banqueiro²²⁵.

O instituto do impeachment ficou conhecido no Brasil graças ao “caso Collor” pelo qual o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, foi afastado do cargo e inabilitado para o exercício das funções públicas pelo período de oito anos²²⁶.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.288/RJ, Relator: Min. Nelson Jobim.

²²⁴ Agenda do Presidente do Supremo, ministro Gilmar Mendes, disponibilizada pelo site do Tribunal dia 14 de Julho de 2008: Viagem a São Paulo: 13h - Almoço com a direção do jornal O Estado de São Paulo - Local: Av. Engenheiro Caetano Álvares, 55 - Bairro do Limão; 15h30 - Visita à redação do site Consultor Jurídico - Local: Rua Wisard, 23 - Vila Madalena; 17h30 - Visita à sede da TV Record - Rua da Várzea, 240 - Barra Funda. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93204&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

²²⁵ Trata-se do Hábeas Corpus n. 95.009/SP, para o banqueiro Daniel Dantas, preso por decreto da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo. Na decisão, o ministro considerou que não há fundamentos suficientes que justifiquem o decreto de prisão temporária de Dantas e sua irmã, Verônica, bem como de outras nove pessoas (funcionários/sócios/acionistas do Banco Opportunity e do Opportunity Equity Partners), “seja por ser desnecessário o encarceramento para imediato interrogatório, seja por nada justificar a providência para fins de confronto com provas colhidas”. Segundo ele, “ainda que tais fundamentos fossem suficientes, o tempo decorrido desde a deflagração da operação policial indica a desnecessidade da manutenção da custódia temporária para garantir a preservação dos elementos probatórios”. O alvará de soltura foi expedido em favor de: 1) Daniel Valente Dantas; 2) Verônica Valente Dantas; 3) Daniele Silbergleid Ninnio; 4) Arthur Joaquim de Carvalho; 5) Carlos Bernardo Torres Rodenburg; 6) Eduardo Penido Monteiro; 7) Dório Ferman; 8) Itamar Benigno Filho; 9) Norberto Aguiar Tomaz; 10) Maria Amália Delfim de Melo Coutrin; 11) Rodrigo Bhering de Andrade.

²²⁶ No julgamento, pelo STF, do MS 21.689/DF, de relatoria do ministro Carlos Velloso (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 07/04/1995), ficou definido que a inabilitação do cargo por oito anos não se trata de penalidade acessória à perda do mandato, portanto, ainda que o acusado renuncie, a inabilitação persiste.

Apesar de sabidamente diverso, vez ou outra a sociedade confunde o instituto com as cassações de mandatários baseadas na quebra do chamado decoro parlamentar.

Veja que o tema no Brasil é inconscientemente atrelado ao ambiente dos mandatários. Entretanto, com a redação dada pela EC 45, de 2004, o inciso II do artigo 52 da Constituição diz que compete privativamente ao Senado Federal, quanto a crimes de responsabilidade, processar e julgar os Ministros do STF.

No meu entender, o pedido da CUT/DF traz uma mensagem: O Presidente da Corte Suprema tomou uma decisão da qual grande parcela dos brasileiros discorda, por achar que, no Brasil, há um tratamento por parte do Judiciário diferenciado para os ricos e para os pobres²²⁷. Por estar afastado dos anseios populares, ele deve ser repreendido.

Esse raciocínio é empregado contra o Poder Legislativo, quando adota posição reputada pela população como contrária a seus interesses. Da mesma forma ocorre para com o Poder Executivo, quando implementa políticas públicas que desagradem. Entretanto, em relação ao Poder Judiciário, ainda não tínhamos presenciado tal postura.

O povo quer suas vontades representadas pelo Supremo e assim o quer por conta de uma ação empregada pelo próprio Tribunal.

Se o STF nos representa, se temos acesso fácil, se ele responde aos nossos anseios, se é composto por pessoas corretas, então devemos exigir deles a satisfação dos nossos ideais de justiça. Essa parece ser a idéia esboçada no pedido de impeachment.

Uma grande parcela da população não gostou de uma decisão tomada pelo ministro Gilmar, decisão essa prolatada levando em consideração critérios técnicos.

²²⁷ O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), por exemplo, anunciou a protocolização, no STF, de um abaixo-assinado - para ser encaminhado aos 11 ministros - contra a impunidade e os privilégios e pedindo apuração de crimes supostamente cometidos, segundo investigação da Polícia Federal, pelo sócio-fundador do Banco Opportunity Daniel Dantas. Um trecho do material dizia: "Nós, cidadãos e cidadãos do Rio, fazemos chegar ao Supremo Tribunal Federal nossa suprema indignação com a impunidade dos crimes de colarinho-branco neste país. Não aceitamos que nossa Justiça privilegie quem quer que seja e exigimos investigação rigorosa de todos os esquemas que o banqueiro Daniel Dantas e seus sócios montaram, das privatizações da era Fernando Henrique Cardoso ao Valerioduto do governo atual".

Ou seja, o Poder que não tem o dever constitucional de representar os anseios da população, agiu como manda a própria Constituição, contudo, o povo, outrora premiado, se viu afastado desse processo de interpretação e, por isso, reagiu.

O povo avançou no debate constitucional. A “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” se fez presente. Venceu o Supremo, que viu demonstração inabalável da concretização de uma ação praticada há tempos. Venceu o povo, que teve a oportunidade de reagir ao que achou incorreto. Venceu os Poderes Executivo e Legislativo que sentiram não serem pessoais todas as críticas que lhes são feitas. Venceu a altivez de Gilmar, tradutor da obra de Häberle e agora, por ironia do destino, alvo de um pedido de impeachment decorrente de uma sociedade aberta.

11.3 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Tanto no presente caso, quanto no tópico seguinte, que trata do direito à educação, temos os direitos sociais concebidos pela Constituição Federal de 1988 a invocar uma atuação ativa por parte do Supremo a efetivá-los partindo, tanto do método de interpretação concretista das normas constitucionais de Friedrich Muller²²⁸, como da tão citada visão da força normativa da Constituição, de Hesse²²⁹.

A idéia da concretização dos direitos fundamentais também é defendida por juristas estrangeiros, tais como Peter Häberle, que nos diz:

Aquilo a que se impôs a dimensão clássica dos direitos fundamentais, isto é, o status negativus que se defende do Estado – no sentido de G. Jellinek – forma parte de um primeiro grau no crescimento da jurisdição constitucional. Em minha opinião, nos países em desenvolvimento, esta jurisdição constitucional iria bem se se abstivesse um pouco das questões sobre economia e dos aspecto social. Por exemplo, nos direitos fundamentais se deveria levar em contra, como uma dimensão (entre outras

²²⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

²²⁹ Ferdinand Lassale falava numa constituição que retratasse os fatores reais de poder sob pena de ser uma mera folha de papel. (LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, Ed. Líder, 2004). Diz-nos o professor Hesse, na sua obra a Força normativa da Constituição, já referenciada por nós neste trabalho, fazendo um contraponto à idéia de Ferdinand Lassale. : “Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-se-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”.

dimensões), só a área do mandato constitucional (p. ex., em, assuntos de justiça social), não outra dimensão do direito fundamental que pudesse ser reclamado (como, por exemplo, a proteção do meio ambiente ou o direito ao trabalho). Assim, só seria possível ser julgado o fato a que se imponham as garantias sociais mínimas (p. ex., a garantia do mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo). Porque primeiro hão de ser criadas as riquezas, que logo se distribuirão. Ao parlamento e ao governo corresponde a prioridade no labor de concretização da justiça social. Porém, no âmbito do Estado de direito – isto é, dos direitos fundamentais clássicos da democracia pluralista, a saber, de suas condições formais – os novos tribunais constitucionais deveriam arriscar-se – desde o início – no exercício do ativismo judicial²³⁰.

O Supremo Tribunal Federal tem sedimentado sua jurisprudência no sentido de obrigar os governos federal, estadual e municipal a fornecer medicamentos aos portadores de doenças, bem como tratamento médico aos necessitados, sob o manto da concretização do direito à saúde.

Dentre os julgados da Corte, destacam-se a determinação do Supremo Tribunal Federal do fornecimento de medicamentos a portadores de leucemia pelo município de Igrejinha/RS e Estado de Alagoas.

O primeiro deles cuida de suspensão de antecipação de tutela contra decisão que obrigou o governo gaúcho e o município de Igrejinha o medicamento Glivec 400mg para uma portadora de leucemia mielóide crônica.

A decisão recorrida, por sua vez, foi baseada no fato de a paciente ter comprovado não possuir condições de arcar com o tratamento, além da falta do remédio no município. Como o tribunal estadual manteve a decisão, o governo municipal recorreu ao Supremo, alegando lesão à ordem e à economia públicas, bem como interferência ilegítima do Poder Judiciário na seara do Poder Executivo, o que incorreria em violação ao princípio da separação de poderes.

A mesma decisão foi tomada no caso do Estado de Alagoas, em que portadora de leucemia linfocítica teve o fornecimento de seu medicamento garantido pelo presidente do Supremo no bojo da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 278.

Na espécie, a paciente aduziu não dispor de condições financeiras para arcar com os custos do tratamento, o que somava, em média, R\$ 162 mil, sendo

²³⁰ VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

este o principal fundamento para o provimento sumário pela 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió.

Após a remessa do caso, o Ministro Gilmar Mendes negou a suspensão dos efeitos da antecipação da tutela, pois “a decisão que determinou ao Estado de Alagoas o seu fornecimento, se suspensa, poderá acarretar dano irreparável para a autora”

O Ministro Gilmar Mendes, ainda, considerou que, nada obstante o debate suscitado entre os poderes gerado pelo pronunciamento jurisdicional de obrigatoriedade na prestação de medicamentos, é certo que a decisão hostilizada, "ao determinar a responsabilidade do Estado no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (art. 23, II, da CF), a Lei Federal nº 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte".

Da mesma forma, não é possível se falar em grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas quando se trata de resguardo do direito à saúde invocado no caso, pelo que a suspensão foi indeferida.

Além da garantia do fornecimento de medicamentos, o Supremo garantiu tratamento odontológico a menor deficiente mental custeado pelo Município de Palmas/TO.

Trata-se da suspensão de tutela antecipada apreciada pelo Tribunal, que, pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, manteve decisão que obriga o estado de Tocantins e o município de Palmas a prestarem tratamento odontológico, com aplicação de anestesia geral, para menor portador de distúrbios mentais, mantendo-se decisões proferidas na 2ª Vara dos Feitos das Fazendas e Registros Públicos da Comarca de Palmas (TO), confirmada pelo Tribunal de Justiça do estado.

Sob esses fundamentos, a mesma decisão foi tomada pela Corte para determinar a disponibilização de UTIs para pacientes do SUS no Ceará.

Trata-se de julgado em que o Ministro Gilmar Mendes mantendo decisão liminar do Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral/CE que, por sua vez, determinou à União e ao estado do Ceará a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) na Macrorregião

Administrativa do SUS daquele município para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais unidades.

Na oportunidade, determinou-se o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de dez leitos de UTIs adultas, dez leitos de UTIs neonatais e dez leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R\$ 10 mil para cada réu.

Nesse sentido, por força da proteção constitucional ao direito à saúde, bem como do artigo 196 da Carta Maior, o Supremo obrigou os entes federativos a fornecerem medicamentos a portadores de leucemia, bem como prover condições para o tratamento médico e odontológico.

11.4 O DIREITO À EDUCAÇÃO ÀS CRIANÇAS

A jurisprudência do STF consolida-se no sentido de garantir educação às crianças de até cinco anos de idade, em creches e pré-escolas.

Estamos a continuar falando sobre direitos sociais, direitos estes lembrados por Cappelletti da seguinte forma:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo, entim, a criatividade dos juízes.²³¹

Em precedente julgado em 22 de setembro de 2008, o Ministro Relator, Celso de Mello, sob o manto dos artigos 205, 208 e 227 da Constituição Federal, decidiu pela obrigatoriedade do município de prover a educação infantil naquela

²³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 42.

faixa etária e, assim, negou provimento ao agravo de instrumento do Município de São Paulo.

O Ministro Celso de Mello lembrou que, conforme o artigo 205 da Constituição Federal (CF), a educação é direito de todos e dever do Estado e, de acordo com o inciso IV do artigo 208, é dever do Estado com a educação garantir às crianças de zero a seis anos atendimento, em creche e pré-escola. Por seu turno, o artigo 211, que trata da organização dos sistemas de ensino da União, dos estados e municípios, dispõe acerca do tratamento prioritário pelos Municípios do ensino fundamental e educação infantil. Nesse ponto, esclarece o Ministro Celso de Mello:

É preciso assinalar, neste ponto, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, artigo 205), notadamente às crianças (CF, artigos 208, IV, e 227, caput) qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere* (fazer), pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem aos titulares desse mesmo direito o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

Para fundamentar sua posição, o Ministro Celso de Mello rememorou o julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, no qual se assentou a impossibilidade de o Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas. Todavia, diante do descumprimento desse mister pelos órgãos estatais competentes, por descumprir encargos político-jurídicos, é dever do Poder Judiciário intervir, quando provocado, a fim de conferir eficácia e integralidade aos direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

A mesma decisão foi tomada no bojo de recurso extraordinário interposto em ação civil pública, ajuizada, por sua vez, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para que fosse mantida a matrícula de criança em creche municipal.

Partindo da premissa segundo a qual a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível (CF, art. 208, IV), asseverou-se que essa não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Entendeu-se que os Municípios, atuando prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º),

não poderão eximir-se do mandamento constitucional disposto no aludido art. 208, IV, cuja eficácia não deve ser comprometida por juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade. Por fim, ressaltou-se a possibilidade de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos políticos-jurídicos, de modo a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

11.5 MANTENDO O PLENO FUNCIONAMENTO DOS CANAIS DEMOCRÁTICOS

Como vimos, no Estados Unidos, no caso *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) a Suprema Corte ultrapassou o entendimento segundo o qual a Corte não deveria apreciar temas que tivessem uma conotação política.

O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, não se omitiu em emitir posições que fazem prevalecer a regularidade dos canais democráticos inerentes ao processo eleitoral. Nesse cenário, cabe trazer lição de José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, que nos diz:

Devemos observar que a delimitação de um espaço para questões eminentemente políticas, imunes à apreciação pelo Poder Judiciário, em uma sociedade complexa como a sociedade brasileira atual, é um método inadequado. Toda controvérsia pode ser analisada sob vários aspectos, dentre eles os aspectos políticos e jurídicos. Não há, nas sociedades atuais uma questão que seja exclusivamente política ou exclusivamente jurídica [...].

O problema, portanto, deixa de ser uma delimitação prévia do que pode e do que não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário. O grande desafio para o Poder Judiciário, especialmente para o STF, ao apreciar qualquer controvérsia que é apresentada, é buscar preservar os princípios que fundamentam a ordem jurídica, ainda que esses princípios incidam sobre uma controvérsia que tenha ou possa ter grande repercussão em uma abordagem política.

É necessário, portanto, o abandono completo da doutrina da 'questão política', como espaço para tornar certas matérias imunes à apreciação do Poder Judiciário. Não estamos dizendo com isso que o Poder Judiciário e, especialmente, o STF, devam substituir os espaços políticos de decisão. Ao contrário, é fundamental a preservação desses espaços, mas com uma

lógica de funcionamento própria, diferente do Poder Judiciário, cuja atuação se legitima apenas a partir da efetivação dos princípios de ordem jurídica.²³²

Na sessão de julgamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi dado parcial provimento parcial ao Recurso Extraordinário 197.917, interposto pelo Ministério Público de São Paulo, contra dispositivo da Lei Orgânica nº. 226, de 1990, do município de Mira Estrela – SP, no qual restou assentado que os municípios têm direito a um vereador para cada 47.619 habitantes.

O Recurso Extraordinário contestava o parágrafo único do artigo 6º da Lei orgânica municipal, sob o fundamento de que o princípio constitucional da proporcionalidade restara malferido, inserto no artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal. É que o dispositivo fixava em onze o número de parlamentares da Câmara de Vereadores de Mira Estrela, e não nove, conforme regra constitucional para a população de menos de três mil habitantes.

No bojo das ações diretas de inconstitucionalidade, ADIs 1351 e 1354, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC), o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) que instituem a chamada "cláusula de barreira", regra eleitoral que seria aplicada a partir do próximo ano e previa a restrição do direito ao funcionamento parlamentar, o acesso ao horário gratuito de rádio e televisão e a distribuição dos recursos do Fundo Partidário àqueles partidos que não obtivessem percentual mínimo do eleitorado.

A Corte, por maioria, houve por bem julgar procedente pedido formulado em ação declaratória de inconstitucionalidade nº. 3685, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o art. 2º da Emenda Constitucional 52/2006, que alterou a redação do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, para inserção da regra da não-obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional quanto às coligações partidárias eleitorais, e determinou a aplicação dos efeitos da referida Emenda apenas às eleições que ocorrerão no ano de 2002.

²³² BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 337-338.

Avançando ao mérito, a Corte afirmou que o princípio da anterioridade eleitoral, expresso no artigo 16 da Constituição é garantia individual do cidadão-eleitor, que visa à proteção do processo eleitoral. De igual modo, referido princípio contém elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental passível de ser invocada perante qualquer atividade do legislador constituinte derivado, sendo sua transgressão forma de hostilização dos direitos individuais da segurança jurídica e do devido processo legal.

Logo, julgou a ação declaratória de inconstitucionalidade procedente para fixar que o § 1º do artigo 17 da Constituição Federal,, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 52/2006, não se aplica às eleições de 2006, remanescendo aplicável a estas a redação original do mesmo artigo.

A Corte de Warren, como já foi visto, em *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), formulou o princípio ‘um homem um voto’.

O Supremo, no bojo de três mandados de segurança impetrados pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, Partido Popular Socialista - PPS e Partido Democratas - DEM (antigo Partido da Frente Liberal - PFL), contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que, por sua vez, indeferira requerimento por eles formulado para que fosse declarada a vacância dos mandatos exercidos por Deputados Federais desfilados das respectivas agremiações partidárias, decidiu que tal ato não figura entre as hipóteses de mudança de filiação partidária previstas no § 1º do art. 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

A impetração mandamental foi motivada pela resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE à Consulta 1.398/DF, na qual se reconheceu o direito dos partidos políticos e das coligações partidárias à preservação da vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional de candidato eleito por outro partido.

Restaram vencidos os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, que denegavam a ordem integralmente, e os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio que a concediam em maior extensão, todos com base nos fundamentos de seus votos expendidos naquele writ.

No que se refere ao mandado de segurança impetrado pelo PPS, de relatoria do Min. Eros Grau, o Tribunal, por maioria, também na linha da orientação

firmada no MS 26603/DF, indeferiu a ordem. O Ministro Eros Grau, relator, assim como o fizeram os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, reafirmaram os fundamentos de seus votos naquele mandado de segurança. Vencidos os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que com base nas mesmas razões expostas no referido writ, concediam a ordem tal como requerida.

Destaco, contudo, que o professor norte-americano, John Hart Ely, propõe uma visão procedimental desse tipo de atuação e o faz em estudos sobre as decisões deste jaez promovidas pela Corte de Warren. Para ele, “As sentenças constitucionais da Corte de Warren evidenciam uma estrutura profunda significativamente diferente do enfoque orientando aos valores propiciado pela academia”²³³. Prossegue o autor:

A Corte de Warren foi a primeira a atuar seriamente com base nele. Foi também a primeira a avançar até o terreno das restrições ao sufrágio e à má distribuição e, uma vez ali, ocupá-lo com seriedade. Certamente se trataram de decisões intervencionistas, mas tal intervencionismo não esteve orientado pelo desejo de parte da Corte de reivindicar alguns valores substantivos particulares, que houvesse determinado como importantes ou fundamentais, mas sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é onde propriamente se identificam, pesam e ajustam tais valores – estivesse aberto a pessoas de todos os pontos de vista em condições que se aproximam da igualdade.²³⁴

Logo, no que concerne ao argumento de que o Supremo estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional, na verdade ele está apenas a exercer seu mister de guardião da Constituição, pelo que lhe é legítima sua interpretação, emprestando-lhe a maior eficácia possível.

11.6 SINAL VERMELHO ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS

O Supremo suspendeu a eficácia de medida provisória que determinou a abertura de créditos extraordinários no orçamento da União, eis que o presidente da República deixou de observar os requisitos constitucionais da urgência e da relevância.

²³³ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 98.

²³⁴ *Ibidem*, p. 98.

Trata-se do julgamento da ADI 4048, no qual, por 6 votos a 5, a Corte deferiu medida liminar solicitada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), para suspender a eficácia da Medida Provisória 405/07, convertida na Lei 11.658/08, por meio da qual o presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, abriu crédito extraordinário no valor de R\$ 5,4 bilhões para a Justiça Eleitoral e diversos órgãos do Poder Executivo.

O autor da ação sustentou que a MP não respeitou os pressupostos constitucionais da urgência e da relevância exigidos pelo artigo 62 da Constituição Federal, sequer os da imprevisibilidade e da urgência, requeridos para a abertura de créditos extraordinários, conforme designação do artigo 167, § 3º, da Carta Constitucional.

Em 17 de abril de 2007, oportunidade em que a Corte iniciou o julgamento da referida ação, os Ministros Gilmar Mendes, relator, Eros Grau, Cármen Lúcia, Carlos Britto e Marco Aurélio votaram pela concessão da medida cautelar, enquanto que Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso votaram contra a concessão de liminar.

Todos sabemos que a Constituição Federal exige o cumprimento, por parte do Poder Executivo, dos requisitos necessários para a edição de medidas provisórias. Inobservados, o Guardião age. Simples assim.

11.7 O CASO DO MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES/BA

O Partido dos Trabalhadores - PT ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei n° 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, decorrente do desmembramento do Município de Barreiras/BA. O fundamento da impugnação, seguindo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resume-se à inexistência da lei complementar federal para definição do período em que os municípios poderão ser criados, conforme exigência do artigo 18, § 4º, da Constituição, com a redação determinada pela EC n° 15/96.

O Relator, Ministro Eros Grau, rememorou a remansosa jurisprudência da Corte, no sentido de que o § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, em conformidade com a redação lhe dada pela Emenda Constitucional n° 15/96, determina a criação de Município por lei estadual, condicionada à consulta prévia, dentro do período determinado por lei complementar federal. Até a data da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães – BA, não foi editada a lei complementar federal mencionada no preceito. Eis porque a interpretação literal do texto do § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil ensejaria automática declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000.

Ocorre que a declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada traria drásticas conseqüências à estrutura consolidada em torno do Município de Luís Eduardo Magalhães, criado há mais 6 (seis) anos, razão pela qual deveria o caso ser tratado excepcionalmente.

Com efeito, o Ministro Eros Grau demonstrou que no Município já foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. Por exemplo, no dia 19 de julho de 2001, foi promulgada a sua lei orgânica. Da mesma forma, o Município legisla acerca de assuntos de interesse local e, até maio de 2006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. O Município exerceu a representatividade, elegendo Prefeito e Vice-Prefeito, além de Vereadores. Presta serviços públicos de interesse local. Outrossim, o Município recebe recursos federais e estaduais, além de participar da arrecadação de tributos federais e estaduais. E acrescentou que, em 2002:

o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do FUNDEF da ordem de R\$2.128.461,58. No ano seguinte, R\$ 4.237.187,52 do FPM e, em 2.004, R\$ 4.305.244,00 provenientes do FUNDEF. Em 2.003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes. No sítio da Prefeitura Municipal [www.luiseduardomagalhaes.ba.gov.br], dá-se notícia de que a cidade possui 7.000 aparelhos de telefone instalados, com o maior consumo per capita em telefonia celular do Estado da Bahia. Em suma, o Município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política. Em boa-fé nutrida inclusive por este Tribunal, visto que a lei estadual é de 30 de março de 2.000 e a Corte poderia em julho do mesmo ano, quatro meses após, ter determinado a suspensão dos seus efeitos. Não o tendo feito, permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza. Embora de exceção, essa existência, existência de fato, decorrente da decisão política que importou a sua instalação como

ente federativo dotado de autonomia municipal — repito — consubstancia uma situação consolidada. O nomos do seu território foi nele instalado. O Município legislou, de modo que uma parcela do ordenamento jurídico brasileiro é hoje composta pela legislação local emanada desse ente federativo cuja existência não pode ser negada.

Estes aspectos da realidade fática do Município de Luís Eduardo Magalhães foram utilizados pelo Ministro Eros Grau para defender a necessidade de sua preservação, embasado em longa e detalhada análise do princípio da segurança jurídica.

Para o Relator, o Município existe em oposição ao preconizado no § 4o do artigo 18 da Constituição Federal do Brasil. Ocorre que, reportando-se às lições de Konrad Hesse, nada obstante a vida em coletividade trazer determinadas circunstâncias confrontantes com a Constituição, estas não devem ser desconsideradas pelo intérprete. Deve-se fazer tudo aquilo necessário para impedir o surgimento da realidade inconstitucional ou, quando já consolidada, adequá-la aos preceitos constitucionais.

Nesse sentido, à unanimidade, o Supremo declarou inconstitucional a lei baiana 7.619/2000 e, por maioria, sem declarar sua nulidade, manteve sua vigência pelo prazo de 24 meses, nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes.

Após, foram apreciadas duas outras ações sobre o mesmo tema, a ADI 3316, na qual se questionava a constitucionalidade da Lei nº. 6.983/98, do estado de Mato Grosso, que criou o município de Santo Antônio do Leste, assim como a ADI 3489, ajuizada contra a Lei Estadual de Santa Catarina 12.294/02, que anexou ao município de Monte Carlo a localidade Vila Arlete, desmembrada do município de Campos Novos. Em ambos os julgamentos, a Suprema Corte brasileira aplicou o mesmo entendimento do caso Luís Eduardo Magalhães.

As repercussões desse julgamento estimularam reapreciação do papel do Poder Judiciário na condução da aplicação das normas.

O presidente da Câmara, Arlindo Chinaglia (PT-SP), insurgiu-se contra a determinação do Tribunal para que o Congresso aprovasse, até abril de 2008, lei

que regulamente a criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios²³⁵.

Como se denota, o Supremo, imbuído do mister de conferir máxima eficácia ao § 4º do artigo 18 da Constituição brasileira, ao declarar a inconstitucionalidade da lei que criou o município baiano sem decretar sua nulidade até que se adéqüe à lei complementar federal que viria a ser editada pelo Congresso Nacional, objetivou o debate com as casas legislativas, a fim de que estas cumprissem sua função política, na espécie, consubstanciada na edição de lei complementar que regulamentasse a criação de Municípios.

11.8 MANDADO DE INJUNÇÃO E DIREITO DE GREVE

Consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal brasileira: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O instrumento do mandado de injunção é uma garantia fundamental. Nada obstante assim o seja o Supremo deu a ele natureza fantasiosa a partir do momento em que lhe impôs carga eficaz inexistente. O impetrante saia da Corte vencedor, porém jamais via seu direito ser implementado por meio de uma ação do Poder Legislativo.

Dentro dessa nova postura do Supremo de concretizar os direitos e garantias fundamentais o Tribunal, em 2007, concluiu julgamento de três mandados de injunção²³⁶ impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais

²³⁵ A reação do presidente da Câmara encontra-se documentada no ofício 1.073, do último dia 2 de setembro de 2008, no qual Chinaglia avisa ao presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que não pretende cumprir o prazo para votar a lei, ressaltando que: “Não é demais lembrar que a Câmara dos Deputados age no interesse da sociedade. Em razão disso, o povo, reunido em Assembléia Nacional Constituinte, outorgou-lhe a discricionariedade para participar da elaboração das normas jurídicas, atendendo aos critérios de oportunidade e conveniência política, determinados pela própria sociedade, legitimamente representada nas Casas do Congresso Nacional”.

²³⁶ MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007. (MI-670), MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007. (MI-708), MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007. (MI-712).

Civis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal²³⁷.

O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783, de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido.

Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Nota-se, aqui, o receio do Tribunal passar a ser visto como um Poder que invade as atribuições de um outro, no caso, o Legislativo.

Na seqüência, registrou-se o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória".

Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente

²³⁷ "Art. 37. [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;". (BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

delineada nos artigos 9 a 11 da Lei nº 7.783, de 1989 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro.

Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.

Concluiu-se que, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, seria mister que, na decisão do writ, fossem fixados, também, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário²³⁸.

Dessa forma, no plano procedimental, vislumbrou-se a possibilidade de aplicação da Lei nº 7.701, de 1988, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos²³⁹.

Interessante notar que, aqui, tínhamos setores organizados da sociedade interessados em ver o Congresso Nacional, portanto, a Casa dos seus representantes, deliberando sobre a delicada questão da greve dos servidores públicos. Ainda assim, nada foi feito. O texto constitucional, durante vinte anos, ficou

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 jul. 2008.

²³⁸ Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.

²³⁹ No MI 712/PA, prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, relator, nessa mesma linha. Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou

a esperar. Há, na melhor das hipóteses, uma falta de sintonia entre mandantes e mandatários, entre representantes e representados²⁴⁰. Estariam os nossos representantes representando?

A conclusão do julgamento corresponde à certeza de que o Supremo deu mais um importante passo no resgate dos valores constitucionais e na concretização dos direitos e garantias fundamentais de cuja eficácia não mais é possível relegar à vontade do Poder Executivo ou Legislativo, como é o caso.

Estamos a falar, portanto, sobre a interpretação da Constituição e, aqui, cabe trazer à tona velha lição de Alexander M. Bickel que nos diz que para interpretar a Constituição, o Poder Judiciário é o “menos perigoso” dos poderes²⁴¹.

11.9 VEDAÇÃO AO NEPOTISMO

Em 20 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal apreciou o questionamento da constitucionalidade dos dispositivos da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, que veda o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito do Poder Judiciário.

Interessante notar o simbolismo e historicidade da decisão. Como bem sabemos, a prática do nepotismo repousa no próprio descobrimento do Brasil. Consiste em postura aviltante que contraria flagrantemente todos os princípios lançados no *caput* do artigo 37 da nossa Constituição Federal.

vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do writ apenas para certificar a mora do Congresso Nacional.

²⁴⁰ Falando sobre crise de representatividade, o professor Luiz Moreira diz: “Pode ser que esta crise signifique a falência do sistema representativo. É preciso não esquecer que o termo representação é extremamente ambíguo. No sentido político, é a delegação de poderes para que determinadas pessoas exerçam legitimamente as funções eletivas da administração pública; no entanto, representação significa também encenação, espetáculo”. Direito e Política, p. 156.

²⁴¹ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2 ed. Yale: Yale University Press, 1986.

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil, AMB, para que fosse reconhecida a constitucionalidade da referida Resolução, e conferida interpretação conforme a Constituição ao seu artigo 2º, incisos II, III, IV e V, a fim de deduzir a função de chefia do substantivo "direção".

Assim, em 20 de agosto de 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, definitivamente, a constitucionalidade da Resolução 7, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que veda a prática do nepotismo no Judiciário.

Em seguida, na mesma sessão de julgamentos do dia 20 de agosto, a Suprema Corte analisou o Recurso Extraordinário nº. 579951, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte.

No recurso, o Ministério Público do Rio Grande do Norte contestava a contratação de Elias Raimundo de Souza, parente do vereador Antonio Raimundo de Souza, de Água Nova, para o cargo de secretário de Saúde do município. Também queria que fosse anulada a contratação de Francisco Souza do Nascimento, irmão do vice-prefeito do município, Antonio Sezanildo do Nascimento, como motorista da prefeitura.

Vejamos que, no caso, princípios constitucionais da administração pública variados foram, com a prática narrada acima, desconsiderados. Em verdade, a prática do nepotismo é herança das mais nefastas. Sobre ela, Roberto Walderlei Nogueira lança vários questionamentos:

Então, pergunta-se: Que país será este que não reserva aos seus cidadãos efetiva igualdade de tratamento e mesmo ainda arvorando-se democrático e solidário pela voz dos amealhados? Que país será este que garante de todo modo a permanência das cavilações intestinas e privilégios corporativos de certos agentes do Poder Público? Que país será este que, ao invés de aplacar a fome de seu povo com as condições naturais de que dispõe, e delas não se ocupa senão para sangrá-las, bandeia-se, outrossim, à formação de uma corte de áulicos aproveitadores petulantes da coisa pública? Enfim, que país será este, o nosso, que não consegue encontrar o caminho da paz e da concórdia para realizar a Justiça para todos?²⁴²

Ao julgar o recurso, o Supremo Tribunal Federal reafirmou que o artigo 37 da Constituição Federal é auto-aplicável, sendo, portanto, de observância imediata os

²⁴² Ibidem, p. 138.

princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência pela administração pública. Nas palavras do Ministro Menezes Direito, “não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade”.

Já o ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso extraordinário, seria “falacioso” o argumento de que a Constituição Federal não vedou o nepotismo e que, então, essa prática seria lícita, estando referida alegação “totalmente apartada do ethos que permeia a Constituição cidadã”. Por ocasião desses julgamentos, principalmente, no qual a Suprema Corte afirmou a auto-aplicação dos princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade, e declarou legítima a vedação do nepotismo no Poder Judiciário, foi editada a súmula vinculante nº. 13, com o seguinte teor:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

(Sessão Plenária de 21/08/2008, DJe nº 162/2008, p. 1, em 29/8/2008., DO de 29/8/2008)

Com a publicação da súmula, será possível contestar no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, pela via da reclamação, a legitimidade da contratação de parentes para cargos da administração pública direta e indireta no Judiciário, no Executivo e no Legislativo, em todos os níveis da federação brasileira.

CONCLUSÕES

A proposta trazida foi fazer uma comparação com a pauta temática proposta pela intitulada Corte de Warren (1953-1969) e os debates atuais realizados pelo Supremo Tribunal Federal dentro de um estudo de casos em temas semelhantes tratados pela Corte com a última composição, excepcionando-se o ministro Menezes Direito, recém-chegado. A conclusão é: O Supremo não exorbita de suas competências quando aprecia os mencionados temas. Ele, ao contrário, reafirma a Constituição Federal e consagra a democracia.

É preciso problematizar tudo o que lemos neste trabalho.

Não falo em criticar, gratuitamente, a nossa Suprema Corte. A crítica que vocifera inverdades, repleta de adjetivos e recheadas de lugar comum em nada serve. Construir um Brasil melhor é o que queremos e isso exige um alto grau de responsabilidade nas posições que são lançadas em instrumentos tais como esse.

O Supremo muito tem feito como guardião que é da Carta da República de 1988 e disso não tenho dúvida, todavia, vejo um deslocamento do debate popular rumo a uma instância que não tem a missão de atuar como legítima representante do povo. Aqui, confesso, fico confuso. Quais os limites? Até onde o STF pode ir? Se o Tribunal adota o *self restraint*, fugindo, pode se omitir quanto a questões relevantes. Se adota o ativismo, corre o risco de avançar rumo à construção de um Governo dos Juízes. Qual o ponto ótimo²⁴³? A resposta vem do próprio modelo traçado na Carta do Brasil.

A nossa Constituição atribuiu ao Supremo o papel de seu guardião.

O que me parece necessário, todavia, é questionar se estaria o STF agindo em atendimento à Carta da República ao adotar a postura que por nós foi intitulada como ativista. Temas de forte conotação política, como os exemplificados, devem ser alvo de deliberação popular, por meio dos representantes eleitos pelo povo, ou de discussão promovida por especialistas? O quê nos diz a Constituição? Seria

²⁴³ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.48.

possível implementarmos, pelo menos, “vetores de contenção ao ativismo judicial”²⁴⁴?

Esses questionamentos superam os integrantes do Supremo.

Estamos a falar, frise-se, de uma política judicial que em regra ultrapassa gerações e que gera efeitos seculares. O debate não se circunscreve a nomes, mas sim a um modelo trazido pela Carta da República. Não estamos a discutir, portanto, o que é melhor ou pior. Estamos a debater o que a Constituição brasileira diz em relação às atribuições do STF.

Um Tribunal pode muito, para o bem ou para o mal.

O Poder que, num momento, assegurou uma infinidade de direitos civis aos norte-americanos foi o mesmo que, tempos antes, antecipou uma sangrenta Guerra Civil²⁴⁵ ao dizer que escravo não era sujeito de direito no caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Adotou-se uma postura ativa, mas para negar direitos²⁴⁶.

Esse é o perigo. E não estamos a narrar um cenário apocalíptico.

Voltemos um pouco a um passado não tão distante.

Em 17 de junho de 1936, o STF não conheceu do pedido de Habeas Corpus formulado em favor de uma mulher grávida que estava presa²⁴⁷. Ela, alemã, era mulher de um brasileiro ilustre, pai da criança que carregava no ventre. A consequência do não-conhecimento do HC era dramática.

Com a posição do Tribunal a senhora, gestante, iria ser entregue, com pompa e circunstância, aos nazistas. Estávamos em tempos de holocausto. Ela, comunista e judia, sabia o que lhe esperava, bem como qual o fim seria dado à sua

²⁴⁴ GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 205.

²⁴⁵ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press, 1980. p.156-157.

²⁴⁶ SCHWARTZ, Bernard. *A Book of Legal Lists: The Best and Worst in American Law*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 71.

²⁴⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A História do Direito: Entre Foices, Martelos e Togas: Brasil 1935-1965*: Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião,

criança. Um dos adjetivos empregados no despacho que não conheceu do Habeas narrava as acusações que lhes eram feitas. Dizia ser ela “perigosa à ordem pública e nociva ao interesse do país” ²⁴⁸. O Supremo silenciou. Entregue aos nazistas, a mulher passou o fim dos seus dias num campo de concentração. Foi executada. Quem era? Olga Benário Prestes.

Será mesmo que o ideal é um STF silente?

Repito: Um Tribunal pode muito. Para o bem ou para o mal.

Caso penda para o favorecimento de direitos e garantias aos cidadãos oprimidos pelas arbitrariedades do Estado, estamos em glória. Caso não estaremos todos em maus lençóis. Ocorre que, em meio a essa dialética, temos o “senão” de que o Poder Judiciário não é controlado pela população por meio do voto.

É tudo ou nada!

O que temos hoje, partindo do estudo comparativo com a Corte de Warren (1953/1969), é um Supremo atualmente ativista ou que atua com altivez em homenagem à Constituição Federal?

A conclusão do presente trabalho é uma só: temos uma Corte ativa e que age em sintonia que as atribuições que a própria Constituição Federal lhe impôs. Nada mais.

Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 67.

²⁴⁸ Godoy comenta: “Os Ministros do STF não conheceram do pedido, à exceção dos Ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espíndola, que conheceram, porém indeferiram. Entre os que não conheceram o pedido, estão o relator, Bento de Faria, e os demais, Edmundo Lins (presidente da Corte), Hermenegildo de Barros (vice-presidente), Plínio Casado, Laudo de Camargo, Costa Manso, Octávio Kelly e Ataulfo de Paiva. Preocupo-me, especialmente, com o voto do Ministro Carlos Maximiliano, que conheceu do pedido, porém o indeferiu”. (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A História do Direito: Entre Foices, Martelos e Togas: Brasil 1935-1965...* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 64-65).

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional: Alcance Doutrinário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

BADINTER, Robert. *Judges in Contemporary Democracy: an International Conversation*. New York: New York University Press, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *O S.T.F., esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Rui. *Pensamento e Ação de Rui Barbosa*. Brasília. Senado Federal, 1999.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belos Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2.ed. Yale: Yale University, 1986.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOJUNGA, Cláudio. *JK : O Artista do Impossível*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORK, Robert H. O que pretendiam os Fundadores. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 23, n. 93, p. 6-9, jan./ mar. 1990.

_____. *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*. Washington, DC: AEI Press, 2003.

BURT, Robert. *The Constitution in Conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

CAMPOS, Roberto. *O século esquisito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990.

_____. *A lanterna na popa: memórias*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

CANON, Brandley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, Dec./Jan., 1983.

_____; JOHNSON, Charles A. *Judicial Policies: Implementation and Impact*. 2nd ed. Washington, DC: Congressional Quarterly Books, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARRESE, Paul O. *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição constitucional & democracia: integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2007.

CHAMBERS, Julius L. Race and equality: the still unfinished business of the Warren Court. In: SCHWARTZ, Bernard. *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Interesse Público*. Porto Alegre, v.4, n. 16, out./dez. 2002.

COX, Archibald. *The court and the constitution*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard Univ., 1996.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1995.

_____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FEHRENBACHER, Don E. Slavery. *Law & Politics: the Dred Scott Case in Historical Perspective*. New York: Oxford University Press, 1981.

FERRAZ, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, 1994.

FRANCK, Thomas M. *Political questions: judicial answers*. Princeton: Princeton University Press, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-23, jan./mar. 2006.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

_____. *A História do Direito: Entre Foices, Martelos e Togas: Brasil 1935-1965: Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10282>>. Acesso em: 4 ago. 2008.

_____. *Globalização, neoliberalismo e o direito no Brasil*. Londrina: Ed. Humanidades, 2004.

GRAGLIA, Lino A. *Disaster by Decree*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1976.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, (Coleção Del Rey Internacional), 2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, v.1. (Biblioteca tempo universitário; 10), 1997.

HÄBERLE, 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: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

Haidar, Rodrigo. Anabolizante judicial: Quando o Legislativo vai mal, o Judiciário toma conta. *Revista Consultor Jurídico*, Brasília, 21 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70084,1>>. Acesso em: 17 jul. 2008.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist: a commentary on the Constitution of United States*. New York: Random House, 1937.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HARWOOD, Sterling. *Judicial Activism: A Restrained Defense*. London: Austin & Winfield Publishers, 1996.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Hampshire, England: Palgrave Macmillan, 1991.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Theory of Legal Interpretation*. New York: Peter Smith, p. 203, (Collected Legal Papers), 1952.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of Democracy. In ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitutional and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

JACOB, Herbert et al. *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*. Yale: Yale University Press, 1996.

JEFFERSON, Thomas. *Writings*. New York: Library of América, 1984.

KELLY, Erin (Org.). *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

KILGORE, Carrol D. *Judicial Tyranny: An Inquiry into the Integrity of the Federal Judiciary*. Nashville: Thomas Nelson, 1977.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática: uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 158, p. 78-86, nov. 2008.

LENIO, Luiz Streck. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEWIS, Anthony. *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*. Their Lives and Major Opinions. New York: Editors Leon Friedman and Fred L. Israel, 1969.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *É efetiva a Constituição Brasileira?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

LUHMANN, Niklas. Teoria dos sistemas, teoria evolucionista e teorias da comunicação. In: _____. *A improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Vega, 1992.

LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1996.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.

MARTIN JR., Waldo E. *Brown v. Board of Education: a brief history with documents*. Boston: Bedford/St. Martin's, 1998.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JOY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*. Tradução Maria Luzia X. de A. Borges Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1993.

MCCLOSKEY, Robert. G. *The American Supreme Court*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MICHAEL, Rebell; BLOCK, Arthur R. *Educational Policy Making and the Courts: An Empirical Study of Judicial Activism*. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

MICHELS, Roberto. *Political Parties: a sociological study of the oligarchical tendencies of modern democracy*. Trad. Eden e Cedar Paul. Glencoe: The Free Press, 1915.

MILLER, Arthur Selwyn. *Toward Increased Judicial Activism*. Westport, UK: Greenwood Press, 1982.

MORAES, Fernando. *Olga*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1989.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORGAN, David Gwynn. *A Judgment Too Far? Judicial Activism and the Constitution*. Dublin, Ireland: Cork University Press, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Direito Linguagem, violência: elementos de teoria constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Métodos de Trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MORLINO, Leonardo. La Crisi della Democrazia. *Rivista Italiana di Scienza Política*, ano IX, n.1, p.41, apr. 1979.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes: São Paulo, 2007.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *Justiça acidental: Nos bastidores do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1987.

POWERS, Stephen P. ; ROTHMAN, Stanley. *The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism*. Westport, Connecticut: Praeger Publishers, 2002.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press, 1999.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred. A. Knopf, 2001.

RICHARDS, David A. J. A Intenção dos Fundadores e a Interpretação Constitucional. In: BERLOWITZ, Leslie; DONOGHUE, Deniz; MENAND, Louis (Orgs.). *A América em Teoria*. Tradução de Márcio Cavalcanti de Brito Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1993.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Bueno Aires: Eudeba, 1997.

_____. *Direito e Justiça*. Bauru, SP: Edipro, 2003.

_____. Uma teoria de justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SAGER, Lawrence The Domain of Constitutional Justice. In: ALEXANDER, Lary (Coord). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge: Carbridge University Press, 1998.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da Moeda. In: _____ . *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

_____. *Decision: How the Supreme Court decides cases*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

SCHWARTZ, Herman. *The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right*. New York: Hill and Wang, 2002.

SCHLESINGER JR., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, v. 35, n. 73, jan. 1947.

_____. *A Life in the 20th Century, Innocent Beginnings, 1917-1950, at 352*. New York: Houghton Mifflin Co., 2000.

_____. *The age of Jackson*. New York: Back Bay Books, 1988.

_____. *The age of Roosevelt: the crisis of the old order, 1919-1933*. Boston: Houghton Mifflin co., 1957.

_____. *A thousand days: John F. Kennedy in the White House*. Boston: Houghton Mifflin co., 1965.

_____. *Robert Kennedy & his times* (Boston: Houghton Mifflin co., 1978).

SCHIMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2001.

SCHWARTZ, B. *A Book of Legal Lists: The Best and Worst in American Law*. New York: Oxford University Press, 1997.

SHAPIRO, Martin. *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Quést-ce-que lê Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitutional and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions do*. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. *Cass The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, n. 1, p.18, jan./mar. 2007.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TOHARIA, Juan José. Solución de los Conflictos em los Sistemas Democráticos. *Justicia Electoral*, n. 11, p. 30, 1998. In: TOURAINE, Alain. *O que é a democracia*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

TRIBE, Laurence H. Os limites da Originalidade. *Revista de Direito Público*. São Paulo, ano 23, n. 93, p. 9-12, jan./mar. 1990.

_____. *The puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. *The Yale Law Journal*, n. 89, p. 1065, 1980.

VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 214 p. (Série IDP-Saraiva), 2009.

VALLE, Vanice Regine Lírio do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

_____. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Império da Lei ou da Corte?* Revista da USP, São Paulo, v. 21, 1994.

WHITTINGTON, Keith. *Constitutional Interpretation: textual meaning, original intent and judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 1999.

WOLFE, Christopher. *Judicial Activism*. 2nd ed. Totowa, New Jersey: Rowman & Littlefield, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007.