

DA DIFERENÇA DE ESTRUTURAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO VELHO E NOVO MUNDO: O ATIVISMO JUDICIAL SERIA MESMO UMA EXPRESSÃO TÍPICAMENTE AMERICANA?

Flávia Martins Affonso[†]

Resumo: O presente trabalho buscará desenvolver, sob o enfoque comparativo entre Brasil e Itália, e tomando por base o paradoxo democrático, como os Tribunais Constitucionais vêm, por meio da hermenêutica constitucional, dando efetividade às normas constitucionais, e que influência tem a sua estrutura e composição nas escolhas, e dos reflexos no equilíbrio dos poderes, tendo-se, contudo, por referencial, a incapacidade do Direito, em sua pretensão de ciência, de sua separação com o ambiente social.

Palavras-chaves: Tribunais Constitucionais. Composição. Hermenêutica Constitucional. Equilíbrio entre os Poderes. Ativismo Judicial. Paradoxo democrático.

THE INFLUENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S COMPOSITION ON ITS DECISIONS IN EUROPE AND AMERICA: IS JUDICIAL ACTIVISM REALLY A TYPICAL AMERICAN TERM ?

Abstract: This paper aims to address, through a comparative

[†] Mestranda no Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Curso Constituição e Sociedade. Especialização em Processo Civil, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialização em “Globalização, Justiça e Segurança Humana”, pela Escola Superior do Ministério Público da União- ESMPU. Advogada da União. Ex-advogada da Caixa Econômica Federal.

analysis between the brazilian and the italian judicial systems, how the Constitutional Courts have been making constitutional rules and principles effective and what kind of influence their structure and composition have on such decisions. Besides, it deals with the repercussion caused by such choices on the balance of powers, having in mind that Law and social reality have never been separated.

Keywords: Constitutional Courts. Structure. Constitutional hermeneutics. Separation of powers and “checks and balances”. Judicial activism. The Democratic Paradox.

Sumário: 1. Introdução - da natural tensão entre Jurisdição Constitucional e função legislativa, no Estado Democrático de Direito. 2. Do ativismo judicial. 3. Do paradoxo democrático. 4. Do direito comparado. 5. Da composição dos Tribunais Constitucionais e diferenças entre os sistemas jurídicos, brasileiro e italiano. 6. Das sentenças aditivas. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. DA NATURAL TENSÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO LEGISLATIVA, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:



Jurisdição Constitucional, no Estado Democrático de Direito, traz uma implícita e natural tensão com a sua função legislativa, pela simples razão dessa ser fruto da vontade geral, majoritária, e aquela com o papel de colocar freios nessa mesma vontade geral, em defesa dos direitos das minorias. Isso porque vem ser característica do constitucionalismo o fato de que, no mesmo tempo que a Constituição surge como instrumento para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo para conter o poder das maiorias.

A assertiva tem por explicação, conforme própria lição de Ronald Dworkin, em sua obra *Império do Direito*¹, que sendo eleitos, os legisladores precisam do apoio da maioria para ser reeleitos, sendo natural a tendência de tomarem partido dessa quando de discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária. Por consequência, estão menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades menos vulneráveis, conforme esse fundamento, como os Ministros da Suprema Corte.

Também fato importante que a evolução da Teoria do Estado, adotada pelo modelo capitalista, forçada tanto pelo surgimento do comunismo, nos inícios do século XX, assim como reflexo dos abalos provocados pela Segunda Guerra Mundial, implicou no surgimento da politização da Constituição, que avançou em sua dimensão social, deixando se preocupar apenas com a formação da unidade política e organização do Estado, e na limitação do poder estatal, ao assegurar os direitos fundamentais.

Os Tribunais Constitucionais na Europa responsáveis pela realização do controle de constitucionalidade deixam de fazer parte *stricto sensu* da cúpula do Poder Judiciário, seja por não pertencerem efetivamente a essa estrutura, seja por, apesar de lá pertencerem, trazerem consigo, em sua estruturação, a efetiva participação do Poder Legislativo na escolha de seus Ministros.

Entretanto, o Brasil, optando por permanecer com o modelo de *judicial review* norte-americano, rejeitou a fórmula dos Tribunais Constitucionais da Europa Ocidental, adotando o modelo dos membros da Suprema Corte atuarem como juízes, por meio do controle de constitucionalidade exercido de maneira concreta, sem, porém, a importação do instituto do *writ of certiorari*, e apesar de também aqui existir o modelo do contro-

¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

le abstrato de origem austríaca, introduzido pela Emenda nº 16, de 1965, à Constituição Federal de 1946.

A politização do papel das Cortes Superiores vem sendo um modelo imposto pelo fenômeno da força normativa das Constituições, conquistada nos últimos anos, deixando as normas constitucionais de serem percebidas como integrantes de um documento político, como mera convocação à atuação do Legislativo e Executivo, e passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata, por juízes e tribunais, convertendo-se os direitos constitucionais, em geral, e os direitos sociais, em particular, em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

Nesse sentido, vem ser a lição do jurista Lenio Luiz Streck, em sua obra *Verdade e Consenso*²:

Parece inexorável- aliás, isso não deveria causar nenhuma surpresa- que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: *de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.*

Assim, sem entrar em análise valorativa, verificamos que o que vem ocorrendo vem ser um deslocamento de tensão dos demais poderes em relação ao Judiciário, o que se acentua em países de modernidade tardia, como o Brasil, ao deixar de efetivar direitos como saúde, educação e propriedade.

Dessa forma, diante do deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional) pela impossibilidade de o legislativo antever todas as

² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

hipóteses de aplicação, na medida em que aumentam as demandas por direitos sociais e que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), o direito acaba por assumir um caráter político.

Todavia, deve existir o cuidado para que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito não seja confundido com posturas, em verdade, arbitrárias e assentadas em axiologismos antidemocráticos, dando por demais liberdade ao julgador, a ponto de prevalecer o seu subjetivismo.

Com a finalidade ilustrativa, por não ser objeto de discussão do presente artigo, interessante lembrar que, como forma de limitar eventuais discricionariedades, os procedimentalistas, tais como Habermas, Luhmann, ao contrário das teorias materiais-substanciais, que colocam ênfase na regra contramajoritária, de freios às vontades de maiorias eventuais, entendem que esse pensamento vem enfraquecer a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Habermas, por exemplo, não admite discricionariedades, vindo apostar na razão comunicativa, em substituição à razão prática, do sujeito solipsista, buscando a aceitabilidade social pela pluralização dos discursos³.

2. DO ATIVISMO JUDICIAL:

A expressão ativismo judicial foi utilizada, pela primeira vez, de forma atécnica, por um professor de História norte-americano, Arthur Schlesinger Jr., na revista *Fortune Magazine*, e, 1947, em artigo denominado “The Supreme Court: 1947”, ao criticar a postura da Suprema Corte de inovação e contrariedade às leis do Parlamento.

Essa expressão, surgida de forma vulgar, acabou sendo

³ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

incorporada pela doutrina, classificando o professor de ciência política Bradley Canon uma decisão como ativista em observância das seguintes dimensões: (i) majoritarismo (o grau pelo qual políticas adotadas através de processos democráticos são judicialmente negadas); (ii) estabilidade interpretativa (o grau pelo qual recentes decisões das Cortes, doutrinas ou interpretações são alteradas); (iii) fidelidade interpretativa (o grau pelo qual provisões constitucionais são interpretadas contrariamente à clara intenção dos seus elaboradores ou à clara implicação da linguagem usada); (iv) processo político democrático (o grau pelo qual decisões judiciais fazem políticas substantivas mais do que afetam a preservação do processo político democrático); (v) especificidade da política (o grau pelo qual uma decisão judicial estabelece a política ela mesma em oposição à discricção permitida de outras agências ou indivíduos); (vi) viabilidade de um processo político alternativo (o grau pelo qual uma decisão judicial ultrapassa sérias considerações do mesmo problema por outras agências governamentais)⁴.

É preciso cuidar, porém, para que o ativismo não seja rompimento, mas mera mutação constitucional, quando não há alteração do texto normativo, mas da norma. Isso porque, em caso de rompimento, estaríamos admitindo fissuras na ordem constitucional, e, por fim, no próprio Estado Democrático do Direito.

Também o conceito de ativismo não deve ser confundido com uma postura necessariamente progressiva de preservação dos direitos sociais, pois o caso típico de ativismo judicial, nos Estados Unidos da América, foi feito às avessas, quando a Suprema Corte estadunidense, em relação ao New Deal, barrava as medidas intervencionistas no governo Roosevelt. Nesse sentido, os casos *Chester Poultry v. United States* (1935)⁵ e *Carter*

⁴ CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. Judicature. Vol. 66, number 6. December-January, 1983.

⁵ *Chester Poultry v. United States* (1935). Lei de Recuperação Industrial Nacional de 1933, objetivando resolver as situações da depressão por meio de acordos de escala

v. Carter Coal Company (1936)⁶.

Na obra do jurista Christopher Wolfe, “A interpretação constitucional”⁷, onde analisa a evolução jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, vem apontar que, nos Estados Unidos, apesar de os legisladores, ao contrário dos juízes, serem livres para negar a propriedade das leis que são constitucionalmente duvidosas ou incertas, não costumam prestar muita atenção na constitucionalidade das leis, o que pode ser explicado porque, durante uma boa época, identificou-se a resolução dos problemas constitucionais quase exclusivamente com a atuação da Suprema Corte. Assim, acaba por apontar o reflexo negativo do ativismo judicial, no sentido de minimizar a capacidade política do povo, diminuindo o sentido da responsabilidade moral.

Contudo, utilizando a expressão “ativismo” como uma atuação do Judiciário na defesa das minorias democráticas, assim como defesa dos direitos sociais, Roberto Gargarella, em sua obra “As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política”, vem apontar que⁸:

Como vimos, segundo Rawls, uma sociedade justa precisa de um Estado muito ativista- um Esta-

nacional, que regulavam salários, horários, preços, práticas comerciais e eram apresentados pelas associações comerciais e postos em prática pelo presidente mediante ordens executiva. Considerada inconstitucional pelo Tribunal. O Tribunal se utilizou da prova direta-indireta e argumentou que o poder federal não poderia pressionar ao ponto de destruir a distinção entre o comércio interestadual e intraestatal. Tampouco poderia ser utilizado os casos da “corrente de comércio” para justificar a regulação, já que essa corrente termina quando o comércio vem se misturar com o comércio interior do Estado.

⁶ Carter v. Carter Coal Company (1936). Tribunal declarou inconstitucional a Lei sobre a Bituminous Coal Conservation Act, 1935, integrante do National Industry Recovery Act (NIRA), por 5-4. A produção do carbono não se confundia com ato de comércio, não podendo ser objeto de lei federal.

⁷ WOLFE, Christopher. *La Transformacion de La Interpretacion Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

⁸ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire; revisão da tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.33.

do cujas instituições fundamentais deveriam contribuir para a primordial tarefa de igualar as pessoas em suas circunstâncias básicas...A teoria de Nozick- perante outras, como a de Rawls- vai requerer um Estado bem menos ambicioso quanto a suas pretensões: um Estado mínimo (como ele denomina) dedicado exclusivamente a proteger as pessoas contra o roubo, a fraude e o uso legítimo da força, e a amparar o cumprimento dos contratos celebrados entre esses indivíduos.

Nesse sentido, quanto ao alcance da expressão, verifica-se a necessidade de uma maior rigidez conceitual, o que muito se explica, conforme já mencionado, o seu surgimento de maneira informal.

3. DO PARADOXO DEMOCRÁTICO:

É essencial se perceber que, na Moderna Democracia, estamos lidando com uma nova forma política de sociedade cujas especificidades vêm da articulação entre duas diferentes tradições: de um lado, a tradição liberal do império das leis, a defesa dos direitos humanos e o respeito à liberdade individual; de outro lado, a tradição democrática, cuja ideia inicial é da igualdade, identidade entre governante e governado e a soberania popular.

Assim, e conforme desenvolvido no livro de Chantal Mouffe, "*The Democratic Paradox*"⁹, vem ser vital para a política da democracia entender que a liberal democracia resulta da articulação de duas lógicas que são incompatíveis e não há nenhuma medida em que possam ser corretamente acomodadas, sendo que a tensão entre os dois componentes somente pode ser temporariamente estabilizada por negociações pragmáticas entre as forças políticas que sempre estabelecem a he-

⁹ MOUFFE. Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2009

gemonia de uma delas.

Nesse sentido, a não questionada hegemonia do neoliberalismo representaria uma ameaça para as instituições democráticas, simplesmente se esquecendo da tradicional força da esquerda para a igualdade, onde a tensão não deveria levar à negociação, mas à contaminação. A democracia exigiria, primeiramente, uma homogeneidade na substância, não se satisfazendo com conceitos abstratos do liberalismo.

O ativismo judicial não deixa de estar nesse embate, fissa no regime Democrático de Direito que vem demonstrar que o discurso científico, filho do Iluminismo, assim como o Liberalismo, tenta encobrir, em verdade, o choque entre as forças sociais, próprio do regime democrático.

Como aponta Duncan Kennedy, em “A critique of Adjudication (Fin de Siècle)”¹⁰, com base na obra do Marx, a Constituição liberal decorrente da revolução burguesa promoveu um particular tipo de falsa consciência, com a crença de que o exercício universal dos direitos políticos permite uma real participação no processo político de garantia dos direitos privados de propriedade. Contudo, vem expor o autor, que, a Nova Esquerda, ao perceber ter sido um erro sair do processo democrático para investir na luta armada, vem procurando ser a porta voz de uma progressiva reunião de movimentos, que vem emergindo pela paisagem norte-americana, patrocinados por grupos minoritários de pessoas de cor, grupo de trabalhadores, ecologistas, mulheres e homossexuais.

Tal dado não pode deixar de ser também considerado ao estudarmos o ativismo judicial, quando os direitos de grupos minoritários vêm sendo assegurados no Judiciário, apesar do risco de enfraquecimento da Casa Legislativa.

4. DO DIREITO COMPARADO:

¹⁰ KENNEDY, Duncan. *A critique of Adjudication (Fin de Siècle)*. Harvard: Harvard University Press, 1998.

Não há como deixar de se iniciar uma comparação entre os sistemas sem antes se ter a noção, nos termos da lição de Bruno Latour, na obra “Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica”¹¹, de que nós, ocidentais, com a pretensão de sermos modernos, criamos uma separação fictícia entre o mundo dos homens e das coisas, não só exagerando na universalidade de nossas ciências, ao pretensamente arrancar a fina rede de práticas, instrumentos e instituições que cobria o caminho que levava das contingências às necessidades, como também exageramos no tamanho e duração de nossas sociedades.

Desse modo, não há nada que se pretenda ser suficientemente universal, sem que esbarre nas particularidades locais da sociedade, e demonstre que a autonomia científica no campo do direito por muitas vezes revela uma artificialidade que não se sustenta.

Contudo, no que interessa ao direito comparado, partindo por premissa ser impossível separar as ciências sociais, com a sua pretensão de ciência e técnica, ramo das coisas, do ramo dos homens, das convenções da sociedade, qualquer comparação que se faça, ainda no Direito, não foge dessa realidade, uma vez que a universalidade científica que se pretende propagandar por muitas vezes se apresenta limitada diante das particularidades regionais.

No que diz respeito ao presente estudo, não seria diferente. Verifica-se na Itália, como característica forte de seu Direito, uma grande influência, inclusive diante da proximidade do Vaticano, da religião Católica. Assim, ainda que seus países vizinhos tenham legislação prevendo o casamento de pessoas de mesmo sexo, por exemplo, o tema representa um tabu, nesse Estado, nem mesmo chegando a ser discutido doutrinariamen-

¹¹ LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Trad. de Carlos Irineu da Costa. – Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994, p. 118.

te, e muito menos judicializado, sendo tratado, no máximo, em livros de Sociologia. Por outro lado, enquanto o Brasil, como país em desenvolvimento, apesar de inexistência de previsão legal, e em uma decisão discutível do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo, decisão chamada de ativista, na defesa das minorias, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Também, percebe-se que o direito brasileiro, apesar de ter a sua base no ramo da Civil Law, recebeu fortes influências, em seu Direito Constitucional, dos Estados Unidos, país de Common Law, tendo adotado inclusive o sistema de controle concentrado, do *judicial review*, ao contrário das Cortes Constitucionais Europeias, o que não impediu, posteriormente, de incorporar o controle abstrato. Também se influenciou o Brasil pelo Presidencialismo norte-americano, dentre outras coisas, o que pode ter como causa tanto a proximidade territorial, mesmo Continente, como o fato de terem sido ex-colônias, ou mesmo pela força ideológica que teve a independência das 13 Colônias.

Assim, cuidando o Direito de regular a sociedade, por maior pretensão que a ciência tenha de se distanciar dos homens, e que o Direito tenha de ser reconhecido com uma ciência social, não há como se olvidar das influências sociológicas na sua formação, cedendo as pretensões universalistas às particularidades regionais.

Ademais, qualquer análise do ativismo judicial deverá se ater às particularidades do Brasil como um país ainda em desenvolvimento, com várias promessas constitucionais não cumpridas e recém saído de uma ditadura militar, apesar de a Itália também ter passado por um regime autoritário fascista, que vigorou até a segunda guerra mundial.

Contudo, percebe-se, no Brasil, vigente um sistema de governo com grande concentração de poderes nas mãos do (a) Presidente (a) da República, com uma Casa Legislativa mais

enfraquecida, que opta, por muitas vezes, em ser inerte, se comparado ao sistema parlamentarista italiano.

Nesse sentido, vem ser o equilíbrio dessas forças de poderes o objeto da hermenêutica constitucional, que se diferencia da hermenêutica jurídica, como já afirma Peter Häberle¹², tendo por objeto de discussões temas que transbordam para critérios políticos, isso porque todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, mesmo aqueles que não são por ela diretamente afetados.

Por consequência, diante dessa relevância política, importante se mostra a estrutura e a composição das Cortes Constitucionais, que terá a última palavra no equilíbrio desses poderes.

5. DA COMPOSIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E DIFERENÇAS ENTRE OS MODELOS AMERICANOS E EUROPEUS:

No controle de constitucionalidade, dois modelos atuais se impõem: aquele que confere o poder aos tribunais, ordinários e especial, de análise do caso concreto, de forma difusa, conforme modelo do *judicial review* norte-americano, construído a partir do caso *Marbury v. Madison*¹³, ou a criação de um tribunal especial, a Corte Constitucional, no modelo previsto pela Constituição austríaca de 1920, para efetivar essa função,

¹² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹³ Presidente John Adams, depois de perder a reeleição para Thomas Jefferson, resolveu nomear diversos aliados para cargos de juízes de circuito e juízes de paz (os *midnight judges*). Como o novo governo recusou a cumprir tais atos, um dos nomeados como juiz de paz, William Marbury, impetrou na Suprema Corte um *writ of mandamus* contra o Secretário de Justiça, James Madison, para que lhe fosse assegurado o cargo. O Presidente da Corte John Marshall, ex-Secretário de Adams, indeferiu o *mandamus*, usando como justificativa a inconstitucionalidade da lei federal que atribuía a competência da Corte para julgar o *writ*.

em um controle concentrado e abstrato da norma.

Esse modelo austríaco, que teve em Hans Kelsen o seu primeiro teórico, após a Segunda Guerra Mundial, restou adotado por várias Constituições na Europa: República Federal da Alemanha em 1949; Itália em 1948; França em 1958; Turquia em 1961; Portugal em 1976; Espanha em 1978; Bélgica em 1984; a Iugoslávia em 1963, Hungria em 1984 e Polônia em 1985. Novas Cortes constitucionais, como as da Hungria, Romênia, Eslovênia, Bulgária e Rússia e outras, ainda em formação na Europa central e oriental, vêm seguindo a mesma orientação.

O Brasil veio adotar um sistema misto, sofrendo influências tanto do *judicial review* norte americano como do sistema europeu.

Certo é que Kelsen¹⁴, ao prever a Corte Constitucional, instituída em uma fase do Direito cuja preocupação primordial era a garantia do direito fundamental, ou seja, que exigia uma postura passiva do Estado, estabeleceu sua concepção com a ideia de legislador negativo, diante da ainda não existência de normas programáticas.

Nesse sentido, o modelo austríaco foi concebido sob forte influência da concepção kelseniana do controle concentrado, que criticava o modelo de controle constitucional americano, por afirmar que a constitucionalidade ou não das leis seria matéria de interesse público, que muitas vezes não coincidiria com o interesse dos particulares.

Comparando o modelo europeu com o americano, aponta o jurista Louis Favoreu¹⁵ seis características essenciais: existência de um contencioso constitucional distinto dos outros contenciosos; o monopólio de julgamento desse contencioso,

¹⁴ KELSEN, Hans. *O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana*. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁵ FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*, 2a ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

em benefício de apenas uma jurisdição, a Corte ou Tribunal constitucional; a especificidade dessa Corte; as condições decorrentes de suas próprias faculdades; a natureza do contencioso constitucional; as consequências que resultam dos efeitos das decisões ou arrestos feitos pelas Cortes ou Tribunais constitucionais. Contudo, aponta como singularidade muito menos sua composição do que a ausência de vinculação ao aparelho jurisdicional ordinário. Isso porque a Corte, no modelo europeu, de uma maneira geral, não integra o edifício jurisdicional, possuindo uma posição bastante particular na ordem jurídica e constitucional.

Entendendo como ponto sensível, por sua vez, a forma de indicação dos Ministros que compõem o Tribunal Constitucional, o Ministro Gilmar Mendes, em aula ministrada no Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público, na data de 27 de setembro de 2012.

Assim, no que diz respeito à forma de investidura dos Ministros, no Brasil, segue o modelo da Suprema Corte norte-americana, com a sua indicação pelo Presidente da República, e posterior sabatina do Senado, com a confirmação ou não do escolhido, nos termos do art. 101 da Constituição¹⁶.

Também fato é que a Sabatina pelo Senado, nos Estados Unidos, vem ter uma importância muito maior do que no Brasil, com sua participação muito mais efetiva. Assim, de acordo com dados do “Senate Judiciary Committee”, leva-se de um mês e meio a dois meses para um nomeado alcançar toda a votação no Senado, sendo que desde o ano de criação da Suprema Corte, em 1789, um total de 28 de 158 nomeações foram

¹⁶ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

rejeitadas, conforme o departamento de História do Senado.¹⁷

Nesse sentido, o controle da nomeação do Ministro da Suprema Corte norte-americana não vem ser efetivamente utilizado no Brasil, onde não existe uma real sabatina pelo Senado.

Por sua vez, em Portugal e Alemanha, a escolha não cabe ao chefe do Executivo, mas a uma maioria de 2/3 do Legislativo.

Já, na Itália, nos termos do art. 135 de sua Constituição, a Corte Constitucional é composta por quinze juízes nomeados um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento em sessão comum e um terço pelas supremas magistraturas, ordinária e administrativa. Os juízes da Corte Constitucional são escolhidos entre os magistrados, mesmo aposentados, das jurisdições superiores, ordinária e administrativa, os professores titulares universitários de matérias jurídicas e os advogados com mais de vinte anos de exercícios. Os juízes da Corte Constitucional são nomeados por nove anos, contados a iniciar desde o dia do juramento, e não podem ser nomeados uma segunda vez.

Verifica-se também que, no Estado Italiano, conforme modelo europeu, a Corte Constitucional está prevista em título diferente da Magistratura, como não pertencente a nenhum dos poderes do Estado, mas no das “Garantias Constitucionais”, tendo por função, nos termos do art. 134 da Constituição, julgar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões; os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre uma e outra região; e as acusações movidas contra o Presidente da República e os Ministros, segundo a Constituição.¹⁸

¹⁷ Dados extraídos do site <http://usgovinfo.about.com/od/supremecourtjustices/a/scotusconfirm.htm>.

¹⁸ Existe ademais, a título ilustrativo, um outro mecanismo de investidura, buscando a legitimação da Suprema Corte, que vem ser a aprovação da população. No Japão,

O mesmo ocorre em Portugal, em que o Tribunal Constitucional se encontra em Título próprio, Título VI, fora do Título específico dos Tribunais, Título V, e nos termos do art. 222º, é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes, sabendo-se que o mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável.

Já no Brasil, o STF acumula as funções de Corte Constitucional e ordinária, sendo órgão do Poder Judiciário, por previsão constitucional, não só por estar dentro do Capítulo III, como por expressa previsão do art. 92, inciso I¹⁹, que estabelece quais seriam os seus órgãos, seguindo o modelo norte-americano.

Assim, enquanto no modelo europeu, a Corte Constitucional, em regra, vem ser uma jurisdição situada fora do aparelho jurisdicional ordinário, criada exclusivamente para conhecer do contencioso constitucional, ficando com uma função generalista, no Brasil, o STF vem ser órgão do Poder Judiciário. Ademais, lá, o legislativo atua diretamente na sua composição, enquanto aqui cabe a Sabatina, em um movimento muito mais formal do que efetivo.

Todavia, não existem estudos que permitam graduar o grau de influência desses fatores: forma de composição e investidura, ou mesmo desvinculação do Poder Judiciário, das Cortes Constitucionais. Contudo, vem ser dado de realidade

apesar de a escolha caber ao Primeiro- Ministro, a permanência dos juízes da Suprema Corte depende de aprovação em referendo popular, realizado logo após a sua nomeação e novamente a cada dez anos. Na Argentina, por sua vez, desde 2003, e por ordem de decreto presidencial, o Poder Executivo publica a lista dos candidatos considerados para o posto e a população tem um prazo para manifestar-se.

¹⁹ “CAPÍTULO III

DO PODER JUDICIÁRIO

Seção I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;”

que a discussão acerca dos limites de atuação das Cortes Supremas e a legitimidade de suas decisões está muito mais acentuado, na América, do que da Europa, ainda que lá haja as sentenças aditivas, como melhor abaixo explicado.

Por exemplo, em Portugal, quanto ao exemplo já dado acima sobre o casamento homoafetivo, a Suprema Corte entendeu, primeiramente, quando da inexistência de lei, no Acórdão nº 359/2009²⁰, que a matéria caberia ao Legislador, não obrigando a Constituição à consagração legal do casamento. Posteriormente a decisão, houve a elaboração de lei para permiti-lo, com a votação da Corte Constitucional já no sentido de sua constitucionalidade (Acórdão nº 121/2010).

Não se sabe se as Cortes Constitucionais assim atuam em razão dos Parlamentos nos Estados Europeus serem mais forte, ou mesmo em razão de, na indicação dos Ministros, existir uma participação mais ativa do Parlamento.

Entretanto, fato é que a discussão sobre o ativismo judicial vem ter bem menos importância nesses países europeus, ainda que lá existam sentenças aditivas, e que o Tribunal Constitucional seja politizado.

Evidenciando a legitimação maior do órgão, temos que a Corte Constitucional italiana, por previsão constitucional, teria papel arbitral, dirimindo os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado.

No caso Roby-Berlusconi, por exemplo, a Corte veio declarar admissível o conflito de atribuições entre os poderes do Estado apresentado pela Câmara dos Deputados contra a Procuradoria do Tribunal de Milão, tendo pedido os deputados para a Corte anular todos os julgamentos e investigações. Em abril de 2011, os deputados italianos aprovaram uma declaração de que há um conflito de atribuições entre o Parlamento e o Poder Judiciário no processo contra o primeiro-ministro. Aparentariam que a Procuradoria de Milão desrespeitou a resolução

²⁰ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

votada em 3 de fevereiro pela Câmara, que dizia que o órgão não era competente, por motivos territoriais e político, para realizar as investigações, apontando os deputados que, a juíza de investigações preliminares de Milão, Cristina Di Censo, teria acolhido o pedido de julgamento imediato de Berlusconi.²¹

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem sofrendo críticas, sob o fundamento do ativismo, acerca de decisões de questionável legitimidade, mesmo que na defesa das minorias, abrindo margem para o subjetivismo do julgador que muitas vezes não detém de legitimidade para a criação da norma.

Assim, como o STF não ver ser um Tribunal fora da estrutura do Judiciário, e com efetiva baixa participação do Legislativo na sua composição, vem o Judiciário sofrendo críticas severas no sentido de ser um suprapoder, invasor das competências do Legislativo.

Para compensar esse déficit de legitimidade, no Brasil, o STF vem buscando tanto a realização de audiências públicas como de participação do *amicus curiae*, substituindo a fórmula do juiz Hércules, de Dworkin, pela sociedade aberta dos intérpretes, de Peter Häberle.

A situação atual é que o incômodo provocado pela atitude mais ativa do STF no Poder Legislativo levou que um projeto esteja tramitando no Congresso Nacional, buscando alterar a forma de escolha dos Ministros que compõem o STF, prevista na Proposta de Emenda Constitucional nº 44/2012, que altera o art. 101 da Constituição Federal, em tramitação no Senado, que, se aprovada, vai abrir espaço para indicação de vários órgãos e não apenas do Presidente da República.

Pela emenda, seria feita uma lista de seis nomes com duas indicações do MPF (Ministério Público Federal), duas indicações do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), uma indicação da Câmara dos Deputados e uma indicação da OAB (Ordem

²¹ Notícia extraída do site <http://www.radioitaliana.com.br/content/view/6826/39/>.

dos Advogados do Brasil). O presidente da República analisaria a lista e eliminaria três candidatos, enviando assim três nomes para o Senado, que seria responsável por escolher quem seria o novo ministro depois de sabatar os três indicados. Também, pela PEC, não poderiam estar na lista quem tivesse ocupado mandato nos últimos quatro anos no Congresso Nacional ou nos cargos de Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União ou Ministro de Estado.

6. DAS SENTENÇAS ADITIVAS:

A ideia da Corte Constitucional como legislador negativo, modelo proposto por Kelsen no início do século XX, diante do vício de inconstitucionalidade da norma ou ato levar à declaração de nulidade, vem ser adequada a um Estado atrelado à defesa de proteção dos Direitos fundamentais, estando desajustada, porém, a um Estado com finalidade de garantias dos direitos sociais, de normas programáticas.

O direito italiano, desde 1957, como já afirmado, tem contemplado as chamadas sentenças manipulativas, ou intermediárias, procurando superar o modelo dual de constitucionalidade/inconstitucionalidade, quando essa declaração se mostra injusta ou inadequada para solução dos sistemas difíceis ou aos postulados da segurança jurídica, da isonomia e da proporcionalidade. Esse tipo de construção também se deu em outras Cortes Constitucionais, como a portuguesa, espanhola ou alemã.

As sentenças manipulativas, que se originam do Direito Italiano, mais precisamente da sentença nº 24, de 1957 podem assim ser divididas²²:

a) sentenças normativas, onde o Tribunal empreende a

²² NETO, Newton Pereira Ramos. *A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades do uso das sentenças aditivas*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

criação de uma norma geral e vinculante, podendo ser aditivas, aditivas de princípios e substitutivas. Na sentença normativa aditiva, há um alargamento da abrangência do texto legal em virtude de uma criação de uma regra pela própria decisão; já na sentença normativa aditiva de princípios, o tribunal adiciona um princípio deixando a criação da regra pelo legislador. Por sua vez, pela sentença normativa substitutiva, o tribunal declara a inconstitucionalidade de uma norma na parte em que contém uma prescrição em vez de outra ou profere uma decisão que implica em substituição de uma disciplina contida no preceito constitucional;

b) sentenças transitivas ou transnacionais, onde nelas há uma espécie de transação com supremacia da Constituição, podendo ser divididas em sem efeito ablativo, com efeito ablativo, apelativas e de aviso. Na sentença transitiva sem efeito ablativo, a declaração de inconstitucionalidade não se faz acompanhar da extirpação da norma do ordenamento jurídico, se houver possibilidade de se criar uma situação jurídica insuperável ou de grave perigoso orçamentário. Na sentença transitiva com efeito ablativo, a decisão que declara a inconstitucionalidade com possibilidade de extirpar a norma ou seus efeitos do ordenamento jurídico, mas efetuando a modulação temporal dos efeitos da decisão. Por sua vez, na sentença transitiva apelativa, declara-se a inconstitucionalidade da norma, mas assentando um apelo ao legislador para que adote providências necessárias destinadas que a situação venha a se adequar, com a mudança de fatos, aos parâmetros constitucionais. Por sua vez, a sentença transitiva de aviso, onde há um prenúncio de uma mudança de orientação jurisprudencial que não será aplicado ao caso em análise.

Em Portugal, as decisões manipulativas ou intermediárias são denominadas de intermédia, sendo gênero do qual decorrem três espécies: modulação temporal da eficácia decisional ou da eficácia do direito objeto do julgamento; decisões inter-

pretativas condicionais (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, de rejeição); decisões com efeitos aditivos, o que tem fundamento no próprio texto constitucional, art. 282, nº 4, da Constituição.

O fundamento para a aceitação da sentença aditiva prende-se, sobretudo, aos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade, bem como imperativos de aproveitamento de atos, com a condução de operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinada não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas a consertá-la no tecido normativo por meio de uma decisão aditiva.

Assim, a Corte Constitucional, tanto italiana como portuguesa, vem admitindo o uso da sentença aditiva para reequilibrar situações com base no princípio da igualdade, sancionando silêncios causadores de desigualdades intoleráveis, ou mesmo para eliminar certas onerações, inadmissíveis e desproporcionais, a direitos e garantias fundamentais.

Importante frisar que, pela sentença aditiva, o texto da norma em si irá se manter inalterado, acrescentando, contudo, o órgão jurisdicional, à norma, um componente, um incremento interpretativo, preservando a conciliação com a Constituição Federal. Assim, o Tribunal declara apenas a inconstitucionalidade da parte omissa, adicionando conteúdo suficiente para sanar a falha.

A sentença aditiva, com o propósito de não invadir a competência legislativa, deve apenas preencher os vazios existentes nas normas, não criando, em momento algum, norma jurídica, mas atribuindo à já existente interpretação conforme os preceitos constitucionais.

No Brasil, conforme obra de Carlos Blanco de Moraes, chamada “Justiça Constitucional- Tomo II- O Direito do Contencioso Constitucional”²³, desde 2004 começaram a surgir na

²³ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional- Tomo II- O Direito do Contencioso Constitucional*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 323.

ordem jurídica brasileira, de forma mais evidente, decisões judiciais do STF com efeitos aditivos, de criação jurisprudencial, apesar de classificar como de aparição tímida e cautelosa. Aponta como *leading case* o julgamento do mandado de segurança RMS 22.307/DF, no qual o STF teria reconhecido aos recorrentes o direito a um reajuste salarial, no percentual de 28,86%, que teria sido concedido a uma categoria de funcionários públicos e negado, sem justificação cabal, aos demais funcionários.²⁴

Também veio mencionar o jurista o julgamento da ADI 2.652/DF²⁵, que excluiu da multa por obstrução à justiça, prevista no art. 14 do CPC, todos os advogados que atuavam em juízo, e não só os que se sujeitavam exclusivamente aos estatutos da OAB, passando também à norma a se estender aos advogados públicos, em uma sentença aditiva, assim como a ADPF nº 54²⁶, que estendeu a descriminalização do aborto para fetos anencéfalos.

Verifica-se, de forma comparativa, que, os sistemas que acolhem o controle concentrado, ou mesmo o modelo misto com uma componente concentrada, como nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira, seja por alterações legislativas ou por orientações jurisprudenciais, vêm esvaziando paulatinamente alguns dos atributos dogmáticos da nulidade, diante do contexto imposto pelo Estado Social.

7. CONCLUSÃO:

Nesse sentido, não há que se falar que a característica dos

²⁴ STF. RMS 22307 ED/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Min. Gilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgamento em 11/03/1988. DJ 26-06-1998, PP 00008. Ement. Vol. 01916-01, PP 00016.

²⁵ STF. ADI 2652/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgamento em 08/05/2003. DJ 14-11-2003, pp 00012, ement- vol- 02132-13, pp 02491.

²⁶ADPF 54 QO/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento em 27/04/2005. DJ e-92. Divulg. 30-08-2007. DJ 31-08-2007, pp 00029. Ement. vol- 02287-01, pp. 00021.

limites ultrapassados pelo Tribunal Constitucional do papel de mero legislador negativo seja típica do continente americano, ou uma realidade presa aos Estados Unidos da América, onde o processo evolutivo da Constituição ocorre principalmente através das suas mutações interpretativas, contribuindo, para tanto, o fato de a Constituição ser sintética, rígida e elástica²⁷, com a alteração no sentido da compreensão do texto, sem ter que se modificar sua redação.

Primeiramente, norma não é texto, sendo esse um sistema de significantes que atribuímos significados. Não há como se conter a mutação constitucional, uma vez que os valores mudam com a mudança da sociedade, com suas contradições e conflitos.

Assim, o modelo de legislador negativo do Tribunal Constitucional não se presta à necessidade de atribuição de novos significados.

Também, a postura adotada pelos Estados em assegurar os direitos de segunda geração, intimamente ligados ao seu fazer perante o indivíduo no que diz respeito às prestações sociais, como educação, saúde, cultura e trabalho, impulsionou uma atitude mais ativa das Cortes Constitucionais.

E, de não menos importância, influenciando esse ativismo, o fato de que a Jurisdição Constitucional, no Estado Democrático de Direito, traz uma implícita e natural tensão com a sua função legislativa, pela simples razão dessa ser fruto da vontade geral, majoritária, e aquela com o papel de colocar freios nessa mesma vontade geral, em defesa dos direitos das minorias.

²⁷ A constituição norte-americana é simultaneamente rígida e elástica. Rígida porque a alteração formal de seu texto é complexa e diferenciada do processo legislativo de elaboração de uma lei ordinária; nesse sentido, para alterar o texto ou promover emendas aditivas ou supressivas é necessária a participação dos Estados membros da federação em um processo lento e complexo. Também, sendo um texto sintético, contém mais princípios do que regras, permitindo maiores mudanças interpretativas, do que um texto analítico, com excesso de regras, que travem a mudança de compreensão dos princípios.

Isso porque vem ser vital para a política da democracia entender que a liberal democracia resulta da articulação de duas lógicas que são incompatíveis, liberdade e igualdade, e não há nenhuma medida em que possam ser corretamente acomodadas, sendo que a tensão entre os dois componentes somente pode ser temporariamente estabilizada por negociações pragmáticas entre as forças políticas que sempre estabelecem a hegemonia de uma delas.

Nesse sentido, o ativismo judicial não deixaria de estar nesse embate, fissura no regime Democrático de Direito que vem demonstrar que o discurso científico, filho do Iluminismo, assim como o Liberalismo, tenta encobrir, em verdade, o choque entre as forças sociais, próprio do regime democrático.

Contudo, apesar desses fatores serem comuns nos Estados Democráticos de Direito, temos diferenças importantes entre os modelos dos Tribunais Constitucionais europeus e americanos.

Enquanto no modelo europeu, a Corte Constitucional, em regra, vem ser uma jurisdição situada fora do aparelho jurisdicional ordinário, criada exclusivamente para conhecer do contencioso constitucional, sendo parte de seus Ministros diretamente indicados pelo Legislativo, no Brasil, acompanhando o modelo da Suprema Corte Americana, o STF vem ser órgão do Poder Judiciário, cumulando funções tanto do contencioso constitucional como ordinária, com seus Ministros sendo indicados pelo Presidente da República, com Sabatina do Senado, com uma cultura de mera ratificação.

Não existem estudos que permitam graduar o grau de influência desses fatores: forma de composição e investidura, ou mesmo desvinculação do Poder Judiciário, das Cortes Constitucionais; contudo, vem ser dado de realidade que a discussão sobre o transbordamento dos limites das Cortes Supremas, e o uso da expressão ativismo, vem ser muito maior na realidade da América, do que da Europa, ainda que haja as sentenças

aditivas, nos países desse continente.

Lá, o fundamento para a aceitação da sentença aditiva prende-se, sobretudo, aos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade, bem como imperativos de aproveitamento de atos, com a condução de operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinada não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas a consertá-la no tecido normativo por meio de uma decisão aditiva.

Evidenciando, pois, a legitimação maior do órgão, temos que a Corte Constitucional italiana, por previsão constitucional, teria papel arbitral, dirimindo os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado.

Por fim, uma conclusão vem ser indiscutível, o Tribunal Constitucional vem ser órgão essencialmente político, sendo o equilíbrio das forças de poderes o objeto da hermenêutica constitucional, com discussões de temas que transbordam para critérios políticos.



9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism. Judicature*. Vol. 66, number 6. December-January, 1983.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. 2ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de*

- Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire; revisão da tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- KELSEN, Hans. *O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana*. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Trad. de Carlos Irineu da Costa. – Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional- Tomo II- O Direito do Contencioso Constitucional*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- NETO, Newton Pereira Ramos. *A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades do uso das sentenças aditivas*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- WOLFE, Choristopher. *La Transformacion de La Interpretacion Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.