

DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

Rodrigo Brandão¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Ataques institucionais; 2.1 Estados Unidos; 2.2 Brasil; 2.3 Ataques institucionais e Estado de Direito; 3. o poder do congresso nacional sobre o orçamento e o salário do judiciário; 3.1 Estados Unidos; 3.2 Brasil; 3.3 Conclusão; 4. O processo de nomeação e de investidura dos juízes da Suprema Corte; 4.1 Estados Unidos; 4.2 Brasil; 4.3 Processos de nomeação e investidura, realinhamento jurisprudencial e accountability; 5. Os mecanismos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte; 5.1 Estados Unidos; 5.2 Brasil; 5.3 Conclusão; 6. A inevitabilidade dos diálogos institucionais na definição do sentido da constituição; 7. Interpretação constitucional, grupos de interesse e opinião pública; 8. Conclusão: o estoque limitado de decisões contramajoritárias da suprema corte e o seu adequado emprego em uma democracia constitucional

1. INTRODUÇÃO



debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional parte da premissa de que a invalidação de lei pelo Judiciário, sobretudo quando fundada em princípios constitucionais abstratos, padece de uma dificuldade contramajoritária, pois órgão não eleito afastaria escolhas tomadas por maiorias políticas.² Todavia, é crescente a percepção de que há uma ten-

¹ Professor-adjunto de Direito Constitucional da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro.

² FRIEDMAN, Barry. *Mediated popular constitutionalism*. Michigan Law Review, Vol. 101, p. 2.603. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=406620> or

dência de alinhamento entre a jurisprudência da Suprema Corte e as preferências dos demais poderes e da opinião pública em número significativo de questões politicamente relevantes.³

O objetivo do artigo é compreender os fatores de interação do Judiciário com os demais poderes e agentes sociais através do cotejo das experiências norte-americana e brasileira. Busca-se, assim, melhor compreender as razões que conduzem a uma sincronização entre as decisões da Suprema Corte e as preferências dos mencionados atores políticos e sociais em número relevante de casos politicamente salientes.

Não há dúvida de que diversas outras experiências interessantes poderiam ser estudadas. A escolha da norte-americana, porém, se deve à sua longa prática de interações institucionais acerca da interpretação e aplicação da Constituição em um contexto de estabilidade democrática. Muito embora o Brasil possua um sistema de controle de constitucionalidade em funcionamento há mais de um século, a profunda instabilidade democrática existente até o advento da Constituição de 1988 não conferiu ao Supremo Tribunal Federal condições adequadas para ser o principal árbitro das mais importantes crises institucionais vivenciadas até 1988.⁴

Entretanto, após o advento da Constituição de 1988 a situação se tornou bastante distinta. Vive-se no Brasil o período mais longo de estabilidade democrática, e assim se torna premente o estudo das interações institucionais sobre a interpretação da Constituição nesse contexto. Há, porém, uma importante diferença na dinâmica dessas relações nos Estados Unidos e no Brasil.

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.406620>, Acesso em 10.02.2014.

³ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 14.

⁴ Ver BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012, p. 89/117.

Os mais de dois séculos de experiência dos EUA revelaram que a atuação politicamente relevante da Suprema Corte pode assumir conotação conservadora ou progressista. Exemplos típicos da primeira foram os casos *Dred Scott v. Sanford e Lochner v. New York*,⁵ nos quais a Suprema Corte, em síntese, conferiu respaldo constitucional à escravidão e invalidou legislação social destinada à proteção do trabalhador. Todavia, a partir da década de 1950, a Corte de Warren marcou época com a sua postura progressista na proteção de direitos civis. Cite-se, dentre outras, as decisões proferidas nos casos *Brown v. Board of Education of Topeka*, na qual declarou a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas, e *Miranda v. Arizona*, em que afirmou o direito de suspeito da prática de crimes de permanecer calado e de ser assistido por advogado.⁶

Entretanto, recente jurisprudência da Suprema Corte é caracterizada por uma sistemática invalidação de direitos reconhecidos pelo Parlamento,⁷ especialmente através da interpretação bastante restritiva que tem conferido à cláusula da *equal protection of law*. Robert Post e Reva Siegel salientam que a Suprema Corte nutre uma “suspeição e hostilidade” à interpretação constitucional pelo Legislativo, praticamente anulando o poder do Congresso de concretizar os direitos civis.⁸

Portanto, o contexto de uma Suprema Corte mais conservadora do que o Parlamento explica a razão pela qual juristas americanos progressistas vêm sustentando a necessidade de

⁵ Respectivamente: 60 US 393 (1857); 198 US 45 (1905); 323 US 214 (1944). HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. New York: Oxford University Press, 1999.

⁶ Respectivamente: 347 US 483 (1954); 384 US 436 (1966). Ver HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. New York: Oxford University Press, 1999.

⁷ GRIFFIN, Stephen. Judicial supremacy and equal protection in a democracy of rights. *University of Pennsylvania Journal on Constitutional Law*, v. 5, p. 282, nov. 2001.

⁸ POST, Robert & SIEGEL, Reva. Equal protection by law: federal antidiscrimination legislation after Morrison and Kimel, 110, *Yale Law Journal*, 441-526 (2000), p. 477.

devolver a interpretação da Constituição ao povo, através do chamado constitucionalismo popular.⁹ Dentre suas propostas mais radicais, cite-se o emprego de expedientes como o *impeachment* de juízes, cortes no orçamento do Judiciário, descumprimento das decisões da Suprema Corte, encolhimento das suas competências, ou aumento do número dos seus membros,¹⁰ ou mesmo a extinção do controle judicial de constitucionalidade.¹¹

Todavia, a realidade brasileira é muito distinta da norte-americana. Primeiro, porque enquanto o fenômeno da judicialização da política, e a conseqüente saliência política do Judiciário, têm mais de 200 anos nos EUA, no Brasil ele data de pouco mais de uma década. Segundo, porque, enquanto há nos EUA uma sólida cultura liberal que impediu o êxito de autoritarismos mesmo no momento em que tais regimes se expandiam por todo o mundo (primeiro pós-guerra), a democracia brasileira ainda está em sua infância, e a nossa história político-institucional possui relevantes exemplos de governos autoritários que achacaram a independência judicial. Terceiro, porque enquanto os EUA a partir da década de 1960 podem ser considerados uma democracia de direitos, na qual todos os poderes

⁹ O constitucionalismo popular consiste em relevante movimento teórico em curso nos EUA, no qual, embora congregate diferentes propostas, apresenta a crença comum de que o processo de interpretação e aplicação da Constituição não deve ocorrer exclusivamente, nem mesmo preferencialmente, no Judiciário, mas no âmbito dos demais poderes e da sociedade civil. O seu lema fundamental pode ser sintetizado na expressiva frase de Franklin Roosevelt: “A Constituição é um instrumento leigo de governo, não um contrato elaborado por advogados”. Portanto, sustenta-se que a Constituição é passível de interpretação e aplicação pelos Poderes Legislativo e Executivo e pela sociedade civil, sem a necessária intermediação do Judiciário. Os marcos fundamentais do constitucionalismo popular são os seguintes livros: TUSHNET, Mark. *Taking the Constitutional away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999; KRAMER, Larry. *The people themselves – popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press: Oxford, 2004.

¹⁰ KRAMER, Larry. *The people themselves – popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press: Oxford, 2004.

¹¹ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitutional away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

se encontram seriamente vinculados a esse ideal (em cuja implantação a Suprema Corte – reconheça-se – teve papel historicamente importante), no Brasil o constitucionalismo e os direitos ainda não se incorporaram plenamente à nossa cultura política.¹²

Desta forma, a proposta de extinção do controle judicial de constitucionalidade seria nefasta para a implantação de uma democracia de direitos entre nós. Mesmo propostas de emprego de mecanismos de reação a decisões judiciais que interferem mais radicalmente na independência judicial (como as propostas de Kramer de *impeachment* de juízes, cortes no orçamento do Judiciário, descumprimento das decisões da Suprema Corte, redução das suas competências ou do número dos seus membros) parecem excessivas no Brasil. Com efeito, tais mecanismos deram o tom das relações institucionais travadas antes de 1988, e o que se viu não foi um constitucionalismo popular, mas uma hegemonia dos poderes políticos (sobretudo do Executivo) na definição do sentido de normas constitucionais indeterminadas, que produziu efeitos deletérios para a implantação do constitucionalismo e de uma cultura de direitos no Brasil.

Portanto, acredita-se que o Judiciário em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, têm um papel relevantíssimo na proteção de direitos e no aprimoramento do caráter deliberativo da democracia brasileira. Nada obstante isso, há mecanismos formais e informais de interação entre o Judiciário, os demais poderes e agentes sociais que conferem uma natureza política ao processo de interpretação e aplicação da Constituição que não é capturada pelo conhecimento jurídico convencional. O presente artigo se destina ao estudo desses elementos, valendo-se da experiência norte-americana que, guardadas as suas particularidades, fornece importantes *insights* a democracias constitucionais mais jovens como a brasi-

¹² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. Cit., p. 89/117.

leira.

2. ATAQUES INSTITUCIONAIS

2.1 ESTADOS UNIDOS

Consideram-se ataques institucionais à Suprema Corte medidas destinadas a alterar a sua estrutura e funcionamento como reação a sua jurisprudência. Cite-se, por exemplo, a modificação do número dos seus membros, a manipulação das suas competências e o *impeachment* de juízes para fins não disciplinares (sobretudo para o realinhamento da sua jurisprudência às preferências políticas dos demais poderes ou de agentes sociais relevantes).

Nos Estados Unidos, o *número de juízes da Suprema Corte* foi alterado algumas vezes. Os federalistas, através do *Judiciary Act* de 1801, reduziram-no de seis para cinco, com o escopo de impedir que Thomas Jefferson, que sucederia John Adams no ano seguinte na Presidência da República, pudesse nomear juiz da sua predileção. No ano seguinte, com a revogação do *Judiciary Act*, o número voltou a seis, chegando a nove em 1869, número que se mantém até hoje.¹³

Por outro lado, a rejeição do *impeachment* do Justice Chase no Senado norte-americano durante a disputa entre *federalistas v. antifederalistas* após a Fundação dos Estados Unidos, garantiu a *inviabilidade do uso do impeachment de juízes como instrumento de readequação política da jurisprudência da Suprema Corte, mas apenas para fins disciplinares*, em noção fundamental para o florescimento da independência judicial nos Estados Unidos.¹⁴

Constitui exemplo clássico de ataque à Suprema Corte a

¹³ Ver <<http://www.supremecourt.gov/>>. Acesso em: 20/12/2010, às 19h.

¹⁴ ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

tentativa malograda de Franklin Roosevelt de “empacotá-la”. Na década de 1930, uma Suprema Corte de maioria conservadora declarou inconstitucional uma série de normas aprovadas por Roosevelt, inclusive aquelas que compunham o seu pacote de medidas destinado a retirar os Estados Unidos da crise econômica que se seguiu à quebra da Bolsa de Nova York em 1929 (*New Deal*).¹⁵

A eleição consagradora de Roosevelt em 1936 pavimentou o caminho para a sua reação à jurisprudência conservadora da Suprema Corte. Após rejeitar várias soluções,¹⁶ Roosevelt optou por apresentar ao Congresso projeto de lei que lhe autorizaria a nomear um novo juiz para cada membro da Suprema Corte com mais de 70 anos que se recusasse a se aposentar. No momento do seu envio (05/02/1937), a proposição, se aprovada, lhe garantiria a nomeação de seis juízes, e, seguramente, a reversão da jurisprudência conservadora contra a qual se opunha.¹⁷

O Comitê Judiciário do Senado rejeitou duramente a medida, que, a seu ver, tinha um único propósito: *aplicar força ao Judiciário*. Todavia, a mudança de entendimento na Suprema Corte tornou o *Court Packing Plan* desnecessário. Com efeito, o Justice Roberts abandonou a jurisprudência *laissez-faire* da Corte em casos como *West Coast Hotel v. Parrish*¹⁸, em que superou recente precedente para declarar a constitucio-

¹⁵ São exemplos dessa jurisprudência conservadora que desafiara um Presidente amplamente respaldado pelo apoio popular, a declaração da inconstitucionalidade do National Industrial Recovery Act (NIRA), e de norma que aliviava dívidas de produtores rurais, e a imposição de sérias restrições ao poder do Presidente de destituir dirigentes de agências reguladoras independentes. Confira-se, a propósito, os casos *Schechter Corp. v. United States* 295, US 495 (1935); *Louisville Bank v. Radford*, 295 US 555 (1935); *Humphrey’s Executor v. United States* 295 US 602 (1935).

¹⁶ Por exemplo, emenda constitucional superadora da jurisprudência da Corte pela dificuldade na sua aprovação; lei de igual teor à anteriormente declarada inconstitucional, pela probabilidade de a Suprema Corte declará-la inconstitucional etc.

¹⁷ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues – interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988, p. 212/213.

¹⁸ 300 US 379 (1937).

nalidade de lei que fixara salário-mínimo para mulheres, em mudança de posição sugestivamente apelidada de *switch in time that saved nine*. No curso de 1937, Roberts se juntou definitivamente aos liberais, viabilizando a manutenção das medidas sociais que compunham o *New Deal*. Roosevelt reconheceu o sucesso que a simples ameaça de empacotamento lhe rendeu, ao afirmar que *a antiga minoria de 1935 e 1936 se tornou a maioria de 1937 – sem uma única nomeação de juiz!*¹⁹

Quanto à *manipulação das competências da Suprema Corte pelo Legislativo*, o artigo terceiro da Constituição norte-americana permite que o Congresso Nacional regule e crie exceções à competência recursal da Suprema Corte.²⁰ O caso mais emblemático de redução das suas competências foi *ex parte McCardle (1869)*,²¹ no qual se discutiu a constitucionalidade de lei que retirava da Corte a competência para julgar recursos em decisões proferidas em *habeas corpus* por tribunais inferiores. O objetivo da lei era privar a Suprema Corte da análise da validade das normas de reconstrução do Sul aprovadas após o fim da Guerra Civil, e, especificamente, retirar o *habeas corpus* impetrado por William McCardle da pauta da Suprema Corte, pois, embora o julgamento do caso já estivesse em fase adiantada, temia-se que o Tribunal declarasse a inconstitucionalidade dos atos de reconstrução dos EUA.

Caso a Suprema Corte invalidasse a lei que a privou da referida competência havia enorme risco de entrar em rota de colisão com o Congresso, pois não apenas o caso *Dred Scott* havia contribuído para a deflagração da guerra civil norte-americana, como no Congresso tramitavam propostas de ata-

¹⁹ Ver FISHER, Louis. *Constitutional dialogues – interpretation as a political process*. *Op. cit.*, p. 215.

²⁰ Veja-se o seguinte trecho do dispositivo citado: “The Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and fact, *with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make*” (grifei).

²¹ 73 US (6 Wall), 250, 254 (1866).

ques institucionais à Suprema Corte.²² Em decisão unânime, a Suprema Corte declarou a norma constitucional, demonstrando forte deferência ao poder de o Congresso regulamentar e criar exceções a competências recursais da Suprema Corte.

2.2 BRASIL

Embora se costume citar no Brasil o *Court Packing Plan* de Franklin Roosevelt como o exemplo clássico de *ataque institucional à Suprema Corte*, o constitucionalismo brasileiro é repleto de exemplos de ataques institucionais ao Supremo Tribunal Federal. Alguns inclusive assumiram uma forma, por assim dizer, pitoresca.

Só no governo Floriano Peixoto (1891 a 1894) houve pelo menos quatro casos relevantes. Cite-se, inicialmente, a *ameaça de descumprimento e mesmo de prisão formulado pelo Presidente em face dos ministros do STF*, caso eles deferissem *habeas corpus* em favor dos indivíduos que participaram de protestos pelo fato de Floriano Peixoto ter assumido a presidência com a renúncia de Deodoro da Fonseca, ao invés de convocar novas eleições.²³

Também se destacou no período o caso do Vapor Júpiter. Por ocasião da Revolução Federalista no Rio Grande do Sul, o almirante Vandelkolk armou a navio mercante Júpiter, tendo ocorrido confronto com as tropas governistas na Baía do

²² Com efeito, já havia sido aprovada pela House of Representatives proposta de aumentar o quorum para a Suprema Corte declarar lei inconstitucional (de maioria absoluta para dois terços), e parlamentares mais radicais aspiravam extinguir a Suprema Corte. FISHER, Louis. *Constitutional dialogues – interpretation as a political process*. *Op. cit.*, p. 219.

²³ Na ocasião Floriano Peixoto teria declarado “se os juízes do Tribunal concederem o habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus que, por sua vez, necessitarão”. Acuado pela pressão do Presidente da República, o Tribunal denegou a ordem, sob o argumento de que não lhe caberia a apreciação do pedido até que o Legislativo se pronunciasse sobre o estado de sítio em vigor. V. COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 30.

Rio Grande. Presos o almirante e a sua tripulação, o STF deferiu parcialmente o habeas corpus impetrado, fixando a competência da Justiça Federal, e não da Justiça Militar, para julgar a causa, tendo em vista os militares envolvidos já terem passado à inatividade. Contudo, o Ministro da Guerra fez publicar no Diário Oficial ofício, no qual assentou suposto equívoco jurídico na decisão, pois a reforma não retiraria a condição de militar, e, conseqüentemente, a competência da Justiça Militar.

Por sua vez, diante do deferimento pelo STF de salvo-conduto em favor de estrangeiros envolvidos na Revolta da Armada para impedir que eles fossem expulsos do Brasil, o governo Floriano Peixoto usou expediente ardiloso: *expedição de Decreto de expulsão com data retroativa*. Por fim, destaque-se a *o não preenchimento por longo espaço de tempo das cadeiras vagas no STF*, o que dificultou bastante o seu funcionamento, e posteriormente a *indicação pelo Presidente de um médico e de dois generais para os cargos vagos*.²⁴

Há também no Brasil exemplos marcantes de *redução das competências do STF*. Caso expressivo ocorreu quando da extinção da doutrina brasileira do *habeas corpus* pela Reforma Constitucional de 1926. Assim, o Tribunal foi privado de um remédio processual célere e eficaz para a tutela de direitos individuais, que não a liberdade individual, violados por ato ilegal ou abusivo de autoridade.²⁵ Outra hipótese relevante se deu com o advento da Constituição de 1937, que tornou judicialmente insindicáveis as questões de natureza política.

Quanto à alteração do número de ministros, à cassação das suas investidas e à suspensão das garantias da magistratura, são exemplos emblemáticos os atos do Governo Provisório após a Revolução de 1930, que reduziram de 15 para 11 o

²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. Cit., p. 96/99.

²⁵ Sobre a doutrina brasileira do habeas corpus, conferir RODRIGUES, Lega Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

número de ministros do STF e aposentaram compulsoriamente seis ministros; o Ato-Institucional n. 02 (27/10/1965), que aumentou o número de ministros do STF de 11 para 16 (em vagas depois preenchidas por ministros ligados à UDN) e suspendeu as garantias dos magistrados. Por fim, cite-se a previsão na Carta de 1937 acerca da *possibilidade de o Parlamento negar aplicação a decisões do STF*, que, diante do fechamento do Legislativo durante o Estado Novo, foi usada pelo Presidente Getúlio Vargas por meio de decretos-lei.²⁶

2.3 ATAQUES INSTITUCIONAIS E ESTADO DE DIREITO

Os ataques institucionais à Suprema Corte são claramente prejudiciais à implantação de um Estado de Direito. Com efeito, enfraquecem a independência judicial, debilitando a possibilidade de os juízes aplicarem imparcialmente o Direito. O seu reiterado emprego com a finalidade de reversão da jurisprudência da Suprema Corte implica colonização do direito pela política, aniquilando a sua pretensão de impor limites jurídicos ao poder político.

O vínculo entre independência judicial e Estado de Direito é singularmente ilustrado por uma história apócrifa atribuída a Frederico, o Grande: incomodado com o barulho incessante de um moinho de vento localizado em um milharal vizinho à sua residência de verão (Palácio de Sanssouci, em Potsdam), o rei da antiga Prússia formulou uma proposta de compra do terreno, e o seu proprietário prontamente a recusou. Irrresignado, Frederico teria lhe dito: *Você não sabe que posso usar os meus poderes para tomar o seu milharal sem lhe pagar nada?* Ao que o proprietário retrucou: *Com todo respeito, Vossa Majestade poderia fazê-lo, se não houvesse juízes em Berlim.*²⁷

²⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. Cit., p. 102/115.

²⁷ VANBERG, Georg. *Establishing and maintaining judicial independence*. In: WHITTINGTON, Keith, KELEMEN, Daniel, CALDEIRA, Gregory. *The Oxford*

A noção de que Cortes devem ter a sua independência garantida para controlar abusos dos governos, especialmente quando resvalarem sobre os direitos humanos, ocupa papel central no pensamento constitucional ocidental contemporâneo.²⁸

Portanto, as mencionadas visões mais radicais do chamado “constitucionalismo popular” devem ser recusadas. Mesmo nos Estados Unidos, onde o apoio popular confere à *Supreme Court* uma aura de santidade que lhe protegeu de ataques institucionais quando a sua jurisprudência se desviou radicalmente da visão constitucional adotada por ampla maioria do povo (como na *Lochner Era*), tal proposta sofre duras críticas, sobretudo por aniquilar o potencial de Cortes independentes protegerem direitos contra arbitrariedades estatais.²⁹

Com muito mais razão, uma defesa normativa do emprego desses instrumentos para viabilizar um “mal pensado constitucionalismo popular” no Brasil é impertinente. Não se deve esquecer que os mais diversos ataques institucionais ao Supremo Tribunal Federal foram usados até 1988 para lhe privar do exercício da sua competência constitucional de controlar imparcialmente a validade de leis e atos administrativos. A recente retirada do jogo político desses mecanismos deve ser comemorada como uma evolução da jovem democracia brasileira, como um passo importante na consolidação da independência judicial e do Estado de Direito no Brasil.

Todavia, a constatação histórica do emprego dos ataques institucionais quando a Suprema Corte se afastou bastante de perspectiva amplamente compartilhada pelos poderes políti-

Handbook of law and politics. New York: University Press, p. 99.

²⁸ CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

²⁹ CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*. Disponível em

http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1398/. Acesso em 05.02.2014.

cos e pelo próprio povo,³⁰ e o seu sucesso em alterar a jurisprudência da Corte, revela a importância da experiência norte-americana sobre a questão.

A propósito, Barry Friedman considera que a tentativa frustrada de Franklin Roosevelt de aprovar o *Court Packing Plan* marcou profundamente a dinâmica das relações entre a Suprema Corte e os poderes políticos na tarefa de interpretação da Constituição. Do episódio teria resultado um acordo tácito entre os “poderes” que confere ao Judiciário um poder político relevante, desde que ele não se afaste demais da vontade majoritária em assuntos politicamente sensíveis.³¹

Entretanto, a defesa no plano prescritivo de que os ataques institucionais à Corte violam a Constituição (especialmente o Estado de Direito, a separação dos poderes e a independência judicial) não é incompatível com o reconhecimento no plano descritivo de que, se a Suprema Corte interpretar princípios constitucionais controvertidos de forma radicalmente desviante de visão amplamente majoritária em questões de grande relevo, o povo e os seus representantes acharão mecanismos para evitar ou para reverter as respectivas decisões judiciais. Ademais, se os poderes políticos resolverem promover ataques institucionais à Suprema Corte, e tiverem amplo respaldo popular, não se pode ser ingênuo em desconhecer que pouco poderá o Tribunal fazer a respeito.³²

3. O PODER DO CONGRESSO NACIONAL SOBRE O ORÇAMENTO E O SALÁRIO DO JUDICIÁRIO

³⁰ WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. Disponível em http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf, p. 465/473. Acesso em 05.02.2014.

³¹ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009, p. 4. A influência da opinião pública sobre o controle de constitucionalidade será analisada posteriormente.

³² *Ibid.*

3.1 ESTADOS UNIDOS

Tradicionalmente, as Constituições conferem ao Parlamento o poder de aprovar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes. É natural que tal competência venha sendo um dos pontos de maior conflito entre o Judiciário e o Legislativo, notadamente porque os juízes fazem parte de um poder independente, e, portando, costumam se ressentir da interferência do Congresso Nacional em suas finanças. Por outro lado, o Legislativo tende a ver o Judiciário como mais um “órgão público” que busca maximizar o seu orçamento, de modo que o antagonismo entre as perspectivas institucionais fomenta o conflito.³³

Cuidando-se de instrumentos inerentes aos mecanismos de freios e contrapesos, o Congresso pode usar tais poderes para mandar recados ao Judiciário.³⁴ Exemplo pitoresco se deu com a insatisfação do Congresso Nacional dos Estados Unidos com a decisão proferida em *Reynolds v. Sims*. Tal decisão, ao afirmar o princípio do *one man one vote*, redesenhou distritos eleitorais, prejudicando parlamentares e partidos que se beneficiavam do sistema antigo. Em resposta, o Senado emendou proposição legislativa aprovada na Câmara que dava aumento de \$ 7.500 (sete mil e quinhentos dólares) a todos os juízes federais, com a finalidade de aumentar os vencimentos dos juízes da Suprema Corte em apenas \$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares). O Senador John Tower explicou a emenda parlamentar da seguinte forma: *Se a Suprema Corte parece entender que pode legislar e emendar a Constituição, talvez os*

³³ MILLER, Mark C. The view of the Courts from the hill: a neoinstitutional perspective. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 64.

³⁴ BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. Stanford: Stanford University Press, p. 33.

*seus juizes devam ganhar o mesmo que os parlamentares.*³⁵

3.2 BRASIL

A Carta de 1988 seguiu tendência verificada em diversos ordenamentos jurídicos, no sentido de *atribuir ao Parlamento o poder de aprovar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juizes*. Ainda que a Constituição tenha dado aos Tribunais o poder de *elaborar as suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias* (art. 99, § 1º, da CF/1988 – autonomia financeira), o Congresso Nacional não está vinculado à proposta orçamentária enviada pelo Judiciário, podendo aprovar, na lei orçamentária anual, orçamento menor (art. 165 da CF/1988).

No mesmo sentido, o valor dos salários dos juizes é definido por lei de iniciativa privativa dos Tribunais, de maneira que, embora somente o Judiciário possa fixar o valor contido na proposta original, o Legislativo não está obrigado a aprová-lo. Pode, assim, fixar valor menor ou simplesmente rejeitar a proposta de aumento (art. 96, inc. II, *b*, da CF/1988), desde que, evidentemente, não viole a garantia constitucional da irredutibilidade de subsídios (art. 95, inc. III, da CF/1988).³⁶

No Brasil, os conflitos entre Parlamento e Suprema Corte na definição do orçamento dos Tribunais e dos salários dos juizes são frequentes. Em caso emblemático, o Conselho Nacional de Justiça, após divulgar um estudo no qual demonstrou que 90% (noventa por cento) dos orçamentos dos Tribunais de Justiça estaduais foram absorvidos pelas respectivas

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Note-se que a jurisprudência do STF afirma que a garantia da irredutibilidade de vencimentos ou de subsídio somente protege o agente público contra a redução do valor nominal da sua remuneração, não lhe garantindo direito subjetivo à reposição de perdas inflacionárias (preservação do valor real). Ver, por exemplo, STF, RE 375936 AgR, julgamento: 23/05/2006.

folhas de pessoal, criou o Grupo de Apoio aos Tribunais, cuja função é auxiliar as presidências dos Tribunais de Justiça a negociarem com o Legislativo e o Executivo estaduais para garantir o adequado funcionamento do Judiciário.³⁷ Por outro lado, houve grande insatisfação dos juízes diante da aprovação do Projeto de Decreto Legislativo n. 3.036/2010, que igualou os subsídios dos Parlamentares aos dos Ministros do STF, sem que tivesse sido concomitantemente apreciada a proposta de aumentos dos subsídios dos juízes.

3.3 CONCLUSÃO

No plano descritivo, parece inegável que o uso pelo Congresso Nacional do seu poder de decidir sobre o orçamento dos Tribunais e sobre os salários de juízes pode dar azo a barganhas e a retaliações ao Judiciário – como nos exemplos relacionados –, inclusive pela inexistência de instrumentos jurídicos que lhe vinculem aos valores sugeridos pelos Tribunais. Todavia, em uma análise prescritiva, é evidente que tais instrumentos são inadequados para expressar a insatisfação do povo ou de seus representantes com decisões judiciais específicas. A uma, porque consistem em retaliações que não contribuem em nada para a realização do ideal constitucional de independência harmônica entre os poderes (art. 2º da CF/1988). A duas, porque não são instrumentos efetivos para reverter a decisão indesejada nem o curso da jurisprudência dos Tribunais.³⁸

A garantia de condições adequadas de trabalho e de vencimentos dignos e compatíveis com os elevados misteres dos juízes consiste em pressuposto necessário para a indepen-

³⁷ Ver a notícia CNJ socorre tribunais para evitar cortes no orçamento do Judiciário. Disponível em: <<http://www.portalcorreio.com.br/noticias/matLer.asp?newsId=158058>>. Acesso em 10/01/2011.

³⁸ BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*, Op. cit., p. 33.

dência judicial, que, por sua vez, é absolutamente essencial ao Estado de Direito.

4. O PROCESSO DE NOMEAÇÃO E DE INVESTIDURA DOS JUÍZES DA SUPREMA CORTE

4.1 ESTADOS UNIDOS

O processo de nomeação dos juízes consiste no mais visível e tradicional mecanismo de influência dos poderes políticos na Suprema Corte.³⁹ O seu desenho institucional é construído dentro de um *continuum* em cujos polos se encontram modelos ideais de independência e de responsividade judicial (*accountability*). No primeiro, busca-se insular ao máximo os juízes da política com a finalidade de lhes permitir a aplicação imparcial do direito. No segundo, são estabelecidos mecanismos de conexão do juiz com a vontade popular para evitar que ele se utilize da sua independência para decidir com base nas suas preferências ideológicas.⁴⁰ Sendo rara a adoção de modelos puros de seleção de membros de Supremas Cortes ou de Cortes Constitucionais (concurso público ou cargos de livre nomeação e exoneração), a tendência natural é a realização de um *trade-off* entre independência e responsividade judicial.

Os mecanismos que concedem a um só órgão o poder de nomear os ministros (normalmente o Presidente, que tende a atuar como líder da coalização parlamentar majoritária), e os que sujeitam a sua indicação a um processo de confirmação meramente formal a outro órgão, privilegiam a *accountability* à independência judicial. Já mecanismos que exigem o efetivo concurso de vontades de dois ou mais órgãos são mais propensos à escolha de juízes moderados e à proteção de minorias,

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ YALOF, David A. Filling the bench. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. (org.). *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, p. 471.

havendo, porém, o risco de impasses no processo de escolha.⁴¹

Ademais, a natureza da investidura dos juízes da Suprema Corte exerce influência importante no equilíbrio entre independência e responsividade judicial. Em uma ordem crescente de independência judicial se colocam: (i) vitaliciedade (que pode ser potencializada pela ausência de aposentadoria compulsória), (ii) mandatos por prazos certos e não renováveis, e (iii) mandatos renováveis.⁴²

Em artigo clássico publicado em 1957, Robert Dahl antecipou algumas das principais conclusões obtidas pela análise contemporânea acerca da posição ocupada pela Suprema Corte em um sistema político.⁴³ Dahl percebeu que a Suprema Corte não consiste em mera instituição legal, mas em instituição política, na medida em que decide questões relevantes politicamente. Desta forma, a vinculação da legitimidade da sua atuação a critérios exclusivamente jurídicos (i. e., critérios de interpretação constitucional, sobre cujo respeito há forte desacordo inclusive no seio da Suprema Corte) consiste em “ficção” que cria sérios problemas de legitimidade democrática.⁴⁴

Todavia, o problema da “dificuldade contramajoritária” da Suprema Corte não considera que um Presidente nomeia novo ministro da Suprema Corte em média a cada dois anos. Assim, os dois ministros que o Presidente nomeará em seu mandato provavelmente irão reverter eventual jurisprudência que repute equivocada em assuntos especialmente controversos, nos quais as votações tendem a ser muito parelhas. Se não lograr fazê-lo em um mandato, será praticamente inevitável a mudança da jurisprudência em um segundo mandato.⁴⁵

⁴¹ GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies – constitutional Courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003, p. 42/46.

⁴² *Ibid.*, p. 46/47.

⁴³ DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, 1957, n. 6, p. 279/295.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 280.

⁴⁵ Dahl destaca que os candidatos a Suprema Corte são homens públicos, que expressam as suas opiniões sobre questões politicamente relevantes e controversas, e,

Desta forma, o processo de nomeação pelo Presidente e de confirmação pelo Senado conferiria uma sintonia entre as preferências políticas da Suprema Corte e dos poderes políticos, não sendo factível que o Tribunal se mantenha, por longo período, contrário a maiorias legislativas. Portanto, a Suprema Corte dificilmente bloqueará *uma maioria legislativa persistente e determinada*, somente terá algum sucesso em se opor a *maiorias fracas ou mortas*.⁴⁶ Assim, o processo de nomeação conferiria *accountability* à Suprema Corte e reduziria a dramaticidade do caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade.⁴⁷

Com efeito, ao longo dos seus mais de dois séculos de funcionamento, o Senado norte-americano não confirmou aproximadamente 20% das indicações para a Suprema Corte (25 no total). A maioria das rejeições se deu antes de 1900, tendo assumido um padrão consensual entre as décadas de 1930 e 1960, quando se restabeleceram os conflitos entre o Presidente da República e o Senado por ocasião da rejeição da ascensão de Abe Fortes, de Associate Justice para Chief Justice, em 1968, e das recusas das indicações de Clement F. Haynsworth Jr. e G. Harrold Carswell para o cargo de Associate Justice em 1969 e 1971, respectivamente.⁴⁸ Porém, o caso de maior repercussão foi a rejeição do juiz Robert H. Bork pelo Senado em 1986, que fora nomeado por Richard Nixon após se

naturalmente, o Presidente da República optará por escolher alguém que seja, concomitantemente, alinhado à sua visão constitucional e palatável ao Senado. *Ibid.*, p. 285.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 286. Dahl considera que a crise que levou ao envio do *Court Packing Plan* ao Congresso foi excepcional, pois Franklin Roosevelt teria tido terrível “má sorte” ao somente fazer a sua primeira nomeação quatro anos após a sua posse.

⁴⁷ O argumento de que há significativo alinhamento entre Suprema Corte e opinião pública foi retomado por autores contemporâneos, que serão abordados mais adiante.

⁴⁸ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues – interpretation as a political process*. *Op. cit.*, p. 138/139. Fortes posteriormente renunciou ao cargo de Associate Justice, quando respondia a processo de *impeachment* por impropriedades pessoais e financeiras.

notabilizar pela sua atuação conservadora nas searas acadêmica e profissional.⁴⁹

Em síntese, há nos Estados Unidos, após a indicação do Presidente, um processo de deliberação no Senado altamente politizado, em que as opiniões dos candidatos a Suprema Corte sobre questões politicamente controvertidas são analisadas e discutidas pelos Senadores.

4.2 BRASIL

A influência do modelo norte-americano de *nomeação e investidura dos juízes da Suprema Corte* no Brasil é evidente, na medida em que por aqui também se optou por conferir a prerrogativa da nomeação dos juízes da Suprema Corte ao Presidente da República, por sujeitar a sua indicação à confirmação do Senado, e pela vitaliciedade da sua investidura ao invés de mandatos fixos. A única diferença normativa relevante é a previsão de aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade no Brasil, limitação inexistente nos EUA.

Todavia, a prática institucional tem sido bastante distinta, especialmente no que diz respeito à deliberação no Senado. Desde a nossa primeira Constituição republicana (1891) o processo de confirmação pelo Senado das indicações do Presidente à Suprema Corte não tem proporcionado intensos debates como

⁴⁹ A ênfase dada por Richard Nixon às preferências políticas dos candidatos, ao invés das suas credenciais jurídicas, já tornara evidente o alto grau de politização das nomeações para a Suprema Corte. Entretanto, a reação conservadora ao ativismo liberal da Warren Court e o fato de Ronald Reagan já ter nomeado juristas conservadores para a Suprema Corte (Antonin Scalia e a ascensão de William Rehnquist para Chief Justice, ambas em 1986) aumentaram a dimensão político-ideológica da nomeação de Bork, que viria a substituir o moderado Powell, e assim poderia instituir sólida maioria conservadora na Corte. O estilo provocativo das críticas de Bork a decisões liberais da Suprema Corte em matéria de direitos civis lhe rendeu a oposição de várias organizações de proteção de minorias, e a estratégia da Casa Branca de transformá-lo em um juiz moderado desmobilizou os setores mais conservadores do Partido Republicano da sua campanha. Tais fatores, somados ao controle dos Democratas sobre o Senado em 1986, selaram a sorte de Bork. *Ibid.*, p. 139/141.

se dá nos EUA. Curiosamente, a significativa expansão do poder político do STF atualmente em curso não foi acompanhada de proporcional aumento da atenção dispensada pelos poderes políticos e pelos partidos à importância de uma nomeação para a Suprema Corte, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, onde se trata de tema de enorme destaque na mídia e nos debates políticos.⁵⁰

4.3 PROCESSOS DE NOMEAÇÃO E INVESTIDURA, REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL E ACCOUNTABILITY

Neal Katyal considera que a nomeação pelo Presidente e a confirmação pelo Senado conferem ao processo de nomeação dos juizes da Suprema Corte americana forte caráter deliberativo. A propósito, considera que a conexão eleitoral dá ao Senado vantagem comparativa – quando comparado à Suprema Corte – na identificação de mudanças na visão do povo sobre questões constitucionais controvertidas, além de conferir às suas interpretações constitucionais maior dose de *accountability*.

Assim, o processo de confirmação daria “voz ao povo” no processo de interpretação constitucional, pois os debates travados no Senado influenciariam não só o candidato que viesse a ser aprovado, mas também os demais membros da Suprema Corte e os futuros candidatos ao cargo. À luz dessas características, reputa que o processo de confirmação de candidatos a Suprema Corte no Senado contribui bastante para a construção de um modelo dialógico entre Judiciário e Legislativo na interpretação constitucional, apresentando inclusive vantagens em relação a instrumentos alternativos.⁵¹

⁵⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. Cit., p. 232/237.

⁵¹ KATYAL, Neal. *Legislative Constitutional interpretation*. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1373024>>. Acesso em: 10/03/2010. Dentre as vantagens

A visão de Katyal deve servir de estímulo para que o processo de confirmação no Senado seja desenhado de forma a estimular o seu potencial deliberativo. Não há dúvidas de que um amplo e transparente debate no Senado a respeito das visões do candidato a Suprema Corte sobre questões constitucionais controvertidas, com a participação da sociedade civil e de diversos grupos de interesse, contribuiria para que visões populares sobre a interpretação da Constituição fossem veiculadas e influenciassem o atual candidato, os demais membros da Suprema Corte e futuros candidatos.

Todavia, mesmo nos Estados Unidos, onde há intensa sabatina no Senado sobre os candidatos, falar-se em uma fina sintonia entre a sua jurisprudência e a vontade popular parece ilusório. Isto porque a maioria das questões decididas pela Suprema Corte não vem à baila no processo de nomeação e de confirmação dos candidatos à Suprema Corte. Ainda que as questões constitucionais fossem discutidas no Senado, como as nomeações são raras, o momento em que elas precisarão ser decididas dificilmente coincidirá com a sabatina do candidato. Além disso, o impacto de uma nomeação sobre a mudança da jurisprudência da Suprema Corte é relativo, pois depende não só da fidelidade de quem entra, mas também do perfil ideológico de quem sai (p. ex. a substituição de juiz conservador por outro juiz conservador terá reduzida repercussão). Por fim, não se pode desconsiderar a dificuldade prática de superar jurisprudência há muito consolidada.⁵²

Em suma, é verdade que o processo de nomeação dos

comparativas que atribui ao processo de confirmação de candidatos da Suprema Corte no Senado em relação à superação de decisões constitucionais pelo Legislativo, Katyal arrola as seguintes: “(i) o maior intervalo de tempo entre a decisão da Suprema Corte e o processo de confirmação no Senado permite deliberação constitucional mais sóbria e tendente ao consenso; (ii) abordagem de um espectro mais amplo de questões constitucionais controvertidas; (iii) maior saliência política e abertura a grupos de interesse.”

⁵² BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. Op. cit., p. 33/34.

juízes pelo Presidente e de confirmação pelo Senado contribui para um realinhamento da jurisprudência da Suprema Corte a aspectos centrais da visão constitucional da coalização governamental dominante e da opinião pública. Todavia, ao contrário do que acreditava Dahl, não se sabe exatamente o quanto tal processo contribui para tal desiderato,⁵³ e certamente a sua influência sobre boa parte das questões decididas pela Suprema Corte é mínima ou mesmo nenhuma.

Tais conclusões são aplicáveis ao modelo brasileiro, com um importante adendo. A reduzida participação do Senado brasileiro torna o processo de nomeação de juízes para o Supremo Tribunal Federal uma prerrogativa fundamentalmente do Presidente da República. Se tal circunstância não infirma a conclusão acerca do potencial incerto e limitado de o processo de nomeação influenciar o curso da jurisprudência do Tribunal, decerto reduz o seu caráter deliberativo. Isto porque minimiza a possibilidade de o processo de nomeação constituir instrumento capaz de conferir dose sensível de *accountability* à jurisprudência do Tribunal, diante do seu limitado potencial de proporcionar um amplo debate público em relação a questões constitucionais controvertidas. Há, claramente, uma primazia da vontade unilateral do Presidente da República. Entretanto, adota-se no Brasil um sistema de investidura que garante a vitaliciedade no cargo, o que reforça a independência judicial, pois a permanência do juiz no cargo até os setenta anos só depende da sua vontade e saúde.

Em síntese, o poder de nomeação de juízes do STF pelo Presidente da República influencia a evolução da jurisprudência constitucional do Supremo especialmente em aspectos de grande saliência política e caros ao Presidente e à sua coalizão parlamentar. Entretanto, em razão do reduzido número de questões constitucionais discutidas durante a sabatina no Senado, da

⁵³ FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, August 2003, v. 101.

falta de concomitância entre os momentos em que o assunto surge no STF e em que há vaga no Tribunal, do perfil das sabinas no Senado, e da vitaliciedade do juiz, pode-se concluir que a influência do processo de nomeação para a reversão de um número significativo de linhas jurisprudenciais, para além das hipóteses antes mencionadas, é bastante reduzida.

5. OS MECANISMOS DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DE DECISÕES DA SUPREMA CORTE

5.1 ESTADOS UNIDOS

A dinâmica das respostas legislativas a decisões da Suprema Corte americana é marcada pela enorme dificuldade do processo de reforma. Não é de causar espécie, portanto, que as respostas legislativas veiculadas por emendas constitucionais sejam extremamente raras.

Com efeito, somente em quatro oportunidades o Congresso norte-americano alterou formalmente a Constituição com vistas a superar decisão constitucional da Suprema Corte.⁵⁴ A décima primeira emenda superou o precedente *Chisholm v. Georgia*(1793) para afirmar a competência dos tribunais federais para julgar demandas contra os Estados-membros, o que havia sido negado pela Suprema Corte. A décima terceira emenda superou o infeliz entendimento fixado no caso *Dred Scott v. Sandford*, no qual a Suprema Corte negou cidadania norte-americana, e, conseqüentemente, as garantias constitucionais, aos negros, para extinguir textualmente a escravidão após a vitória dos Estados do Norte na Guerra Civil.

A décima sexta emenda foi aprovada para superar o precedente fixado em *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* (1895), no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade

⁵⁴ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues – interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988, p. 201/206.

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

Por outro lado, a validade de lei idêntica a lei anteriormente declarada inconstitucional pela Suprema Corte é objeto de intenso debate nos Estados Unidos. No caso *City of Boerne v. Flores* a Suprema Corte afirmou que lei federal destinada a reverter a sua interpretação constitucional violaria a supremacia da Constituição e o Estado de Direito, competindo-lhe, portanto, a última palavra na atribuição de sentido à Constituição.

Com efeito, entendeu-se que o *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, ao determinar que leis restritivas à liberdade religiosa sujeitar-se-iam a parâmetro de controle de constitucionalidade mais rigoroso (*strict scrutiny*), representaria exercício abusivo de poder pelo Parlamento. Isto porque, se o Parlamento pudesse não só regulamentar os direitos previstos na Constituição, mas também definir o seu sentido em oposição ao entendimento da Suprema Corte, as leis sobrepor-se-iam às normas constitucionais e o Legislativo ostentaria um poder ilimitado.

Entretanto, em outras oportunidades a Suprema Corte admitiu a constitucionalidade de lei que, no essencial, restabelecia o teor de lei anteriormente declarada inconstitucional. As tentativas do Congresso Nacional de regular o trabalho infantil na primeira metade do século passado constituem exemplo interessante. A primeira norma destinada a regular o trabalho de menores de idade, aprovada pelo Congresso em 1916 com base no seu *commerce power*, foi declarada inconstitucional

pela Suprema Corte em 1918.⁵⁵ O Congresso voltou a tentar regular a matéria após um ano, com base no seu *taxing power*, e novamente a Suprema Corte se pronunciou acerca da inconstitucionalidade da respectiva norma.⁵⁶ O Congresso aprovou, então, emenda constitucional com vistas a reverter a orientação da Suprema Corte, todavia ela não logrou ser ratificada pelos necessários 36 Estados. Em 1938 o Congresso voltou ao tema, optando por se valer novamente do *commerce power* para inserir dispositivo sobre trabalho infantil no Fair Labor Standards Act. Somente na quarta tentativa, a Suprema Corte, em decisão unânime, admitiu a possibilidade de o Congresso Nacional regular o trabalho infantil por lei ordinária.⁵⁷

Como nos Estados Unidos o processo de alteração formal da Constituição é difícil, a afirmação de que decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte somente podem ser revertidas por emenda constitucional equivale, na prática, à atribuição da última palavra sobre o sentido da Constituição à Suprema Corte. Entretanto, conforme será desenvolvido na seção seguinte, os poderes políticos e a opinião pública acharão mecanismos institucionais de comunicar as suas preferências à Corte. Se não há viabilidade prática de superação legislativa das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, especialmente quando existir forte oposição popular à decisão judicial, a tendência será o uso dos instrumentos anteriormente tratados: ataques institucionais à Corte, retaliações ao Judiciário sob a forma de “congelamento” dos vencimentos dos magistrados ou de cortes no orçamento do Judiciário, ou mesmo aprovação de leis ordinárias contrárias a decisão judicial.

5.2 BRASIL

⁵⁵ *Hammer v. Dagenhart* 247 US 251 (1918).

⁵⁶ *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 US 20 (1922).

⁵⁷ *United States v. Darby*, 313 US 100 (1941). Ver FISHER, Louis. *Constitutional dialogues – interpretation as a political process*. Op. cit., p. 251.

A observação da dinâmica das relações institucionais sobre a interpretação da Constituição brasileira revela que o método típico de superação de decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional é a aprovação de emenda constitucional.

Vejam-se os principais casos: no RE 153.771,⁵⁸ o STF afirmou que o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) tem natureza real, de maneira que a Constituição somente permitiria a fixação de alíquotas progressivas para o atendimento da finalidade extrafiscal de adequação do uso da propriedade urbana à sua função social (art. 182 da CF/1988). Todavia, a Emenda Constitucional n. 29/2000 alterou a redação do art. 156, § 1º, da CF/1988 para permitir que o IPTU seja *progressivo em razão do valor venal do imóvel*, precisamente a progressividade para fins fiscais que as leis municipais anteriormente declaradas inconstitucionais estabeleciam.

Note-se, por outro lado, que o STF julgou reiteradamente inconstitucionais leis municipais que instituíram as chamadas “taxas de iluminação pública”, visto que tais espécies tributárias somente poderiam remunerar serviços públicos específicos e divisíveis, e a iluminação pública consiste em serviço indivisível. Contudo, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 39/2002 que instituiu a “contribuição para o custeio da iluminação pública”.

Cite-se também a Emenda Constitucional n. 33/2001, que superou o entendimento do STF no sentido da não incidência do ICMS sobre a importação de bens por pessoas físicas, fixado em virtude de o art. 155, inc. IX, § 2º, *a*, da CF/1988 aludir à expressão *circulação de mercadorias e estabelecimento*, circunstância que restringiria o rol de contribuintes do imposto àqueles que exercem atos de comércio com habitualidade.⁵⁹

⁵⁸ STF, RE 153.771, DJ, 05/09/1997.

⁵⁹ RE 203.075, STF, DJ, 29/10/1999.

Ainda na seara tributária, cumpre mencionar o RE 166.772,⁶⁰ no qual o STF afirmou que, tendo em vista a redação original do art. 195, inc. I, da CF/1988, fazer referência ao termo “folha de salários” para fins da incidência de contribuição previdenciária em face do empregador, tal norma deveria ser interpretada no seu sentido técnico-jurídico, reservando-se a incidência da exação aos trabalhadores com vínculo empregatício nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Emenda Constitucional n. 20/1998 alterou a redação do art. 195, inc. I, *a*, da CF/1988, para prever a incidência da contribuição previdenciária do empregador sobre *a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício*. Houve, portanto, clara e frontal superação da interpretação constitucional do STF, pois a Constituição foi alterada para admitir precisamente o que fora vedado por decisão da Suprema Corte: a incidência de contribuição previdenciária do empregador em face de rendimentos de trabalho percebidos por indivíduos sem vínculo empregatício.⁶¹

A questão relativa à possibilidade de aprovação de leis que revertam decisões constitucionais do STF tem ensejado decisões aparentemente contraditórias em sua jurisprudência. Com efeito, no caso do foro por prerrogativa de função, o STF afirmou a necessária inconstitucionalidade de lei que pretendesse substituir a interpretação constitucional atual do STF, ainda que o Congresso Nacional buscasse substituí-la pela exegese contida em votos minoritários e adotada no passado pelo próprio Supremo. A negativa da validade de leis que superassem frontalmente decisões de inconstitucionalidade seguiu uma lógica bem próxima à adotada pela Suprema Corte norte-americana no caso *City of Boerne*: se o legislador ordinário

⁶⁰ STF, DJ, 16/12/1994.

⁶¹ Uma lista mais abrangente de casos pode ser obtida em BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. Cit., p. 289/300.

puder interpretar diretamente a Constituição, com vistas a criar novos direitos ou a reverter precedentes da Suprema Corte, a lei se situará acima da Constituição, e o Congresso Nacional disporá de poderes absolutos.⁶²

Todavia, na ADI 3.772,⁶³ a composição majoritária do STF admitiu a constitucionalidade de lei que alterara interpretação constitucional consolidada na sua súmula n. 726: *Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora da sala de aula.* Com efeito, o STF há muito interpretava a expressão “funções de magistério” (arts. 40, § 5º, e 201, § 8º da CF/1988) como atividades exclusivamente docentes, excluídas quaisquer outras mesmo que vinculadas ao ensino. Contudo, a Lei n. 11.301/2006 alterou o art. 67 da Lei n. 9.394/1996, para conceder aposentadoria especial a *professores que desempenhassem as funções de diretor de escola e de coordenador e assessor pedagógico.*

Por ocasião da impugnação da constitucionalidade da norma citada (ADI 3.772) o STF alterou a sua interpretação dos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da CF/1988, como se vê do seguinte trecho do acórdão: *A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aula, a correção de provas, o atendimento a pais e alunos, a coordenação de assessoramento pedagógico e, ainda, a direção escolar. As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecidos nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal.*

Vê-se que o STF, ao invés de afirmar a inconstitucionalidade

⁶² Maiores detalhes sobre os casos citados podem ser obtidos em BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. cit., 10/14.

⁶³ STF, ADI 3.772, DJ, 26/03/2009.

lidade da lei apenas pelo fato de ela ter revertido a sua interpretação constitucional (como o fez no caso do foro por prerrogativa de função), aproveitou o ensejo da nova lei para reinterpretar os arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da CF/1988, tendo concordado parcialmente com o legislador. Com efeito, a Corte abandonou a tese que restringia o alcance da expressão “funções de magistrário” a atividades estritamente docentes, para abranger as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico desempenhadas por professor.

5.3 CONCLUSÃO

Barry Friedman assinala que a forma como foi resolvido o impasse entre a Suprema Corte e o Presidente Franklin Roosevelt na *Lochner Era* marcaria profundamente o papel das instituições políticas na interpretação constitucional nos Estados Unidos. Isto porque desde então existe um acordo tácito no sentido de que os juízes têm amplos poderes nessa esfera, desde que não se afastem demais da opinião pública, sobretudo em assuntos politicamente relevantes.⁶⁴ Assim, mesmo que tais mecanismos de ataque institucional à Corte não tenham sido mais usados, a mera possibilidade do seu emprego tende a manter a Suprema Corte não muito afastada da opinião pública. Aliás, o fato de o *Court Packing Plan* não ter sido levado a cabo, pois a mera ameaça de “empacotamento” da Corte já a conduziu a adequar a sua jurisprudência à visão constitucional do Presidente da República respaldada por reiteradas vitórias eleitorais, parece confirmar que tais remédios amargos podem ser eficazes mesmo com a mera possibilidade do seu uso.

Portanto, se as reações políticas são muito prováveis caso o Judiciário se desviar demais da opinião pública, é funda-

⁶⁴ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009, p. 1/2.

mental identificar o instrumento mais apto a conciliar as exigências de governo limitado e de governo do povo, cuja tensão está na base da cláusula do Estado Democrático de Direito. Dentre todos os instrumentos analisados na presente seção, a superação legislativa apresenta *prima facie* o melhor potencial.

Já se salientou os efeitos deletérios causados pelos ataques institucionais e pelas retaliações ao Judiciário para a independência judicial, a qual, por sua vez, consiste em garantia institucional do Estado de Direito. Além de os mecanismos de ataque institucional e de retaliações ao Judiciário serem lesivos à independência judicial – e, portanto, não consistirem em instrumentos compatíveis com o Estado de Direito –, eles são ineficientes para a superação de decisões judiciais específicas, pois atingem o Judiciário enquanto instituição.

A mesma ineficácia para a alteração de decisões específicas acomete a nomeação e a sabatina de juízes da Suprema Corte por autoridades políticas, pois, como tais processos não abordam senão uma pequena parte das questões apreciadas pela Suprema Corte, somente têm o potencial de interferir na jurisprudência da Corte em questões centrais à coalização governamental majoritária. Assim, sobretudo em países em que o processo de nomeação tem reduzido potencial deliberativo, dele não podem ser extraídas consequências normativas relevantes.

A aprovação de norma idêntica à anteriormente declarada inconstitucional, desde que produza efeitos apenas prospectivos, tem claras vantagens sobre os demais mecanismos. Com efeito, por se tratar de uma reação expressa à decisão judicial, para além de promover a sua reversão, todos terão a oportunidade de conhecer a posição do Poder Legislativo, viabilizando que se estabeleça debate público sobre a respectiva questão constitucional. Inclusive terá a Suprema Corte a possibilidade de reexaminar a constitucionalidade do conteúdo reproduzido pela “norma superadora” – se ela for impugnada ju-

dicialmente, o que é altamente provável que ocorra –, voltando a declarar o respectivo conteúdo inconstitucional, caso não reste convencida das novas razões trazidas pelo legislador.

Apesar das vantagens da “superação normativa” sobre os demais mecanismos de reação política a decisões judiciais indesejadas, deve se reconhecer que, se o Congresso Nacional puder reverter decisão constitucional da Suprema Corte pelo processo legislativo ordinário, o regime se aproximará de um modelo de flexibilidade constitucional e de supremacia parlamentar,⁶⁵ conforme afirmado corretamente pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira nos casos *City of Boerne* e do foro por prerrogativa de função (ADI 2860). Se, por outro lado, o único instrumento legítimo de reversão de decisão da Suprema Corte for emenda constitucional difícilíssima de ser aprovada, na prática haverá supremacia judicial.

Nos EUA a questão assume contornos mais dramáticos do que no Brasil. Com efeito, diante da notável dificuldade do processo de emenda à Constituição norte-americana há maior risco de emprego de mecanismos de reação mais nocivos ao Estado de Direito. Como no Brasil, o processo de emenda é sensivelmente mais fácil, há tendência a que as respostas dos poderes políticos e de atores sociais a decisões indesejadas sejam veiculadas dessa forma. Porém, o fato de o artigo 60 da Constituição brasileira de 1988 sujeitar o processo de emenda a rigores adicionais ao processo legislativo ordinário evita a sua vulgarização, e consequentemente a aproximação de um regime de supremacia parlamentar.⁶⁶

⁶⁵ O problema não se coloca se o Congresso Nacional divergir da interpretação conferida pelo STF em matéria legal, pois, sendo o Parlamento supremo na matéria, poderá naturalmente reverter o entendimento do STF com efeitos prospectivos. Ver BAUM, Lawrence e HAUSEGGER, Lori. *The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship*; MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: a neoinstitutional perspective*. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

⁶⁶ O ponto é aprofundado em BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus*

À luz dessas considerações, buscar-se-á no próximo item sistematizar as principais conclusões obtidas sobre as relações travadas entre a Suprema Corte e o Congresso Nacional na interpretação constitucional.

6. A INEVITABILIDADE DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA DEFINIÇÃO DO SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO

Como os mecanismos de reação a decisões judiciais afetam negativamente o Judiciário enquanto instituição, especialmente a Suprema Corte tende a evitar o seu efetivo emprego com um espírito de autopreservação. Portanto, sendo presente esse risco, a Suprema Corte tende aguiar-se por uma postura de “reação antecipada”, na qual altera a sua preferência original para adequar-se a perspectiva aceitável pelos poderes políticos.⁶⁷

Comprova o exposto a tendência contraintuitiva de as Supremas Cortes serem mais deferentes ao legislador logo após o advento de uma nova Constituição. Com efeito, em um cenário de recente mudança constitucional, a Suprema Corte – todo o resto sendo igual – tenderia a proferir mais decisões de invalidez constitucional do que em momento posterior, pois neste primeiro momento persistiriam em grande número normas e práticas constituídas sob a égide do anterior regime constitucional, e, em boa medida, incompatíveis com a nova Carta.

Entretanto, após ampla análise comparativa da jurisprudência de Supremas Cortes em novas democracias, Tom Ginsburg percebeu que o padrão que se verifica é exatamente o oposto: na infância de uma nova ordem constitucional as Cortes tendem a ser extremamente cautelosas na afirmação do seu poder, de maneira que a sua jurisprudência constitucional apre-

Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?, Op. cit., p. 289/308.

⁶⁷ WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. Op. cit., p. 447.

senta uma curva ascendente de ativismo.⁶⁸

Notável exceção – que, aliás, confirma a regra – ocorreu na Rússia logo após o dismantelamento da União Soviética, quando a sua jovem Corte Constitucional desafiou poderosos atores políticos em embate que lhe deixou cicatrizes profundas. Logo após o início do seu funcionamento em 1991, a Corte Constitucional russa decidiu complexos casos ligados à separação de poderes, adquirindo a *fama de desafiar a autoridade presidencial*, sobretudo no controle da amplitude dos seus poderes normativos.

De fato, a Corte Constitucional invalidou decreto presidencial que unificara as forças de segurança em um só Ministério, por vislumbrar usurpação de poder normativo do Parlamento. Posteriormente, foi submetida à Corte a validade do decreto do Presidente Boris Yeltsin que dispersara o Partido Comunista e confiscara os seus bens. O caso apresentava notável complexidade política, pois, embora o decreto fosse claramente ilegal, o Partido Comunista organizara golpe de Estado. A Corte entendeu por aplicar lógica federativa para validar o decreto em face do diretório nacional do Partido, e invalidá-lo em relação aos diretórios estaduais, em “decisão intermediária” que desagradou a ambas as partes.

Com o acirramento da crise política entre Parlamento e Presidente da República, a Corte Constitucional – em particular o seu presidente, Valery Zorkin – se envolveu intensa e publicamente nas negociações políticas que resultaram em um compromisso formal entre o Legislativo e o Executivo russos. A inserção de juízes em negociações político-partidárias afastou qualquer imagem de neutralidade política da Suprema Corte, que, a bem da verdade, nunca chegou a existir nos seus poucos anos de funcionamento. Quando Yeltsin rompeu o compromisso e anunciou decreto que lhe garantia poderes de emer-

⁶⁸ GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies – constitutional Courts in asian cases*. *Op. cit.*, p. 70/71.

gência em março de 1993, antes mesmo de o ato ser publicado, Zorkin deu entrevistas a redes de televisão onde denunciou a sua ilegalidade. Em poucos meses, Yeltsin dissolveu o Parlamento e suspendeu o funcionamento da Suprema Corte. A Corte só voltou a funcionar dois anos depois, com poderes severamente reduzidos, e nunca mais foi tão ativista em matérias politicamente relevantes.⁶⁹

Porém, convém reiterar que a experiência russa foge ao padrão que se verifica no direito comparado. De fato, Ginsburg constatou que no início de um regime constitucional – sobretudo em novas democracias – há maior risco de ataques institucionais, de retaliações ao Judiciário ou de descumprimento de decisões judiciais, pois a Corte ainda não teve tempo para construir uma imagem de neutralidade política que a blindasse de tais ameaças. Precisamente para construir essa couraça, a Suprema Corte tende a se pautar por postura autorrestritiva nos seus primeiros anos de vida, preferindo metodologias mais formalistas. Assim, para expandir o seu poder a Corte deve avançar devagar.

A evolução da jurisprudência do STF pós-1988 demonstra claramente um viés de progressivo crescimento do ativismo judicial com o “envelhecimento” do regime constitucional brasileiro. Com efeito, logo após a Constituição de 1988 o STF adotou postura de sensível autorrestrição, sobretudo em relação a questões centrais à agenda política do governo federal,⁷⁰ que pode ser ilustrada por três casos paradigmáticos. O primeiro deles se deu com o entendimento do STF acerca da incompatibilidade entre lei anterior a Constituição e o seu teor encerraria hipótese de revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente, excluindo, neste particular, o cabimento de

⁶⁹ GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies – constitutional courts in asian cases*. *Op. cit.*, p. 101/102.

⁷⁰ Sobre o compromisso do STF com a “governabilidade”, ver SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: *Revista de Direito do Estado (RDE)*, jul./set. 2008, ano 3, n. 11, p. 209/217.

Ação Direta de Inconstitucionalidade.⁷¹

Por outro lado, a Medida Provisória n. 173/1990 vedou ao Judiciário a possibilidade de concessão de liminares para a liberação de recursos financeiros depositados em instituições financeiras, que foram retidos pelo Plano Collor. Tendo a sua constitucionalidade questionada na ADI 223-6/DF,⁷² o STF indeferiu a liminar, com base na orientação de que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5, XXXV, CF/88) não é incompatível com o estabelecimento, por lei, de limitações ao poder de cautela do juiz, sem prejuízo do exame judicial em cada caso concreto da sua constitucionalidade.⁷³

Note-se ainda que o Programa Nacional de Desestatização promovido pelo governo Fernando Henrique Cardoso, embora tenha gerado uma avalanche de processos judiciais que causaram atrasos e embaraços pontuais aos leilões de privatização, teve no Supremo Tribunal Federal um importante aliado no sentido da sua viabilização. Com efeito, o STF não invalidou nenhum leilão de privatização de antiga empresa estatal, nem julgou procedente nenhuma das 39 Ações Diretas de Inconstitucionalidade referentes às privatizações.⁷⁴ Conforme a correta percepção de Vanessa Elias de Oliveira, *o único resultado obtido foi o retardamento do processo, mas não o seu cancelamento em função das ações impetradas.*⁷⁵

As chamadas “teorias do equilíbrio” visam a explicar a forma pela qual os limites políticos e institucionais impostos à

⁷¹ STF, Pleno, ADI 438, RDA, 187: 152, 1992. A possibilidade de controle abstrato e concentrado da compatibilidade do direito pré-constitucional com a Constituição só se implementou com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei n. 9.882/1999.

⁷² STF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 29/06/1990, julgamento: 05/04/1990. Posteriormente o STF reconheceu a perda do objeto da ação, tendo em vista a MP n. 173/1990 não mais se encontrar em vigor.

⁷³ Ver VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 492/511.

⁷⁴ OLIVEIRA, Vanessa Elias. *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?* Dados Rio de Janeiro, jul./set. 2005, v. 48, n. 3, p. 559/587.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 580.

Suprema Corte influenciam o seu processo decisório. Ocupam posição de destaque dentre tais concepções teóricas o modelo adotado pela *rational choice theory* para explicar a interação estratégica entre os “poderes” na interpretação do direito. Em importante trabalho, Willian Eskridge desenvolveu uma interpretação dinâmica do direito, segundo a qual o Judiciário não aplica meramente as suas preferências, antes as submete a um *jogo político sequencial*.⁷⁶

Tal jogo seria um corolário da separação dos poderes, especialmente dos mecanismos de freios e contrapesos, pois tal princípio atribuiria uma dimensão dinâmica à interpretação do direito. Com efeito, a aprovação de lei exige, via de regra, a comunhão entre as preferências de uma maioria parlamentar e do Presidente da República (diante do seu poder de veto). Por outro lado, o controle de constitucionalidade permite ao Judiciário invalidar a lei, de maneira que a sua preferência também será relevante para o deslinde da questão, embora não seja definitiva, pois os demais “poderes” poderão reagir à decisão de inconstitucionalidade pelos instrumentos anteriormente arrolados. Em suma, a solução final para a questão será fruto da interação entre as preferências dos “poderes”.

Antes do início do “jogo da separação dos poderes”, cada jogador tem uma preferência (dita crua) que pode ser posicionada em um determinado ponto de uma linha. A premissa fundamental é a de que os atores não aplicarão ingenuamente as suas preferências cruas, mas, diante do risco de elas serem afastadas pelas preferências dos demais jogadores, cada um deles atuará estrategicamente para que o resultado da interação seja o mais próximo possível da sua preferência inicial. Assim, esta preferência será alterada no mínimo necessário para que se possa vencer a disputa.

A tendência natural do jogo é o resultado se situar em

⁷⁶ ESKRIDGE Jr., William N. Overriding Supreme Court Statutory Decisions. *Yale Law Journal*, 1991, v. 101, n. 2, p. 331-417.

um *ponto de indiferença*, onde há um equilíbrio entre as preferências dos jogadores. Veja-se o seguinte exemplo: se a preferência da Suprema Corte se situa em um ponto intermediário entre as preferências do legislador médio e do Presidente, a tendência é a Corte aplicar a sua preferência crua sem medo de reação política, pois para o legislador e para o Presidente da República a preferência da Corte é mais aceitável do que a preferência do outro adversário. Por outro lado, se a preferência do Judiciário estiver em uma extremidade desta linha, a do legislador médio em ponto intermediário, e a do Presidente no polo oposto, a tendência é a adoção de postura de autorrestrição judicial, pois há fundado risco de uma postura ativista do Judiciário gerar comunhão de esforços dos Poderes Legislativo e Executivo para superá-la.⁷⁷

O modelo parece possuir base empírica pela circunstância de diversas crises institucionais entre o Judiciário e os poderes políticos terem ocorrido precisamente pelo primeiro não ter adotado postura de autorrestrição quando as suas preferências foram radicalmente desviantes daquelas esposadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. A *Lochner Era* constitui exemplo clássico desta dinâmica. Em um cenário em que o advento do *Welfare State* representava uma nova visão constitucional apoiada pelo Presidente Franklin Roosevelt, por um Congresso majoritariamente democrata, e pelo povo em reiteradas eleições, é natural que a opção da Suprema Corte por uma postura ativista na preservação de um liberalismo econômico anacrônico já no início no século XX pareça suicida. Também parece confirmar o modelo o fato de as decisões mais duradouras da Suprema Corte normalmente terem sido proferidas em assuntos altamente controvertidos, pois diante da sensível diversidade entre as preferências dos atores políticos é

⁷⁷ HANSFORD, Thomas G. e DAMORE, David F. Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making. In: *American politics quarterly*, 2000, v. 28, n. 04, p. 494/497.

muito difícil obter consenso em qualquer sentido, sobretudo na superação da decisão judicial pelos mecanismos que os poderes políticos têm a sua disposição, em razão do alto custo político nela embutido.⁷⁸

Embora o modelo de interação estratégica da *rational choice theory* traga *insights* valiosos para a análise da relação entre Suprema Corte e Parlamento na interpretação da Constituição, ele superestima o conhecimento pelos jogadores das preferências dos seus adversários,⁷⁹ para além de silenciar sobre os aspectos normativos pertinentes às exigências do Estado Democrático de Direito.⁸⁰ Com efeito, há diversos fatores além das preferências cruas dos atores políticos que influenciam este diálogo institucional, como a atuação de grupos de interesse bem articulados e a influência da opinião pública.

7. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, GRUPOS DE INTERESSE E OPINIÃO PÚBLICA

A influência dos grupos de interesse em uma visão dinâmica da interpretação constitucional revela a importância decisiva dos movimentos sociais na definição do sentido da Constituição. Veja-se o caso Boutlier v. INS: diante de norma que estabelecia que imigrantes que apresentassem, dentre outras moléstias, problemas psiquiátricos, deveriam ser deportados dos Estados Unidos, o governo norte-americano considerava que o homossexualismo enquadrar-se-ia dentre os proble-

⁷⁸ ESKRIDGE Jr., William N. *Overriding Supreme Court statutory decisions*. *Op. cit.*, p. 365/367.

⁷⁹ HANSFORD, Thomas G. e DAMORE, David F. *Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making*. In: *American Politics Quarterly*, v. 28, n. 4, 2000, p. 491.

⁸⁰ Sobre as críticas formuladas ao modelo da *rational choice*, ver BAUM, Lawrence e HAUSEGGER, Lori. *The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship*. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 107, 123.

mas psiquiátricos. Embora na medicina tal concepção já se encontrasse em franca decadência, a Suprema Corte em 1967 referendou a inserção do homossexualismo nas doenças psiquiátricas, e, via de consequência, a diretriz do governo de promover a retirada compulsória de homossexuais que tivessem ingressado em solo americano. Nenhum esforço de superação da decisão foi feito, tendo em vista que o preconceito existente à época tolhia os *gays* mesmo de se identificarem, que dirá de se mobilizarem no espaço público para reverter a decisão judicial.⁸¹

Por sua vez, Michael Klarman argumenta que o ativismo judicial a favor dos direitos civis na Corte de Warren somente foi possível pela mobilização social nesse sentido na década de 1960 nos EUA. Com efeito, se anteriormente a Suprema Corte havia validado a escravidão, o aprisionamento de japoneses sem a observância do devido processo legal, e restrições às liberdades de expressão, de reunião e de associação de comunistas, não é de causar surpresa que a Suprema Corte tenha feito ginásticas interpretativas para reverter tais precedentes, alinhando-se ao movimento dos direitos civis precisamente no momento em que ele ganhava força nos Estados Unidos.⁸²

Robert Post e Reva Siegel também destacam a relevância dos movimentos sociais na interpretação constitucional. Os autores comungam do entendimento de que, se a Suprema Corte se afastar demais da opinião pública o povo não só achará mecanismos para comunicar a sua oposição, mas também para reverter decisões judiciais dissonantes. Dentre vários exemplos citam o entendimento que perdurou na Suprema Corte até o fim da década de 1970, no sentido de que as distinções baseadas no gênero não eram constitucionalmente suspeitas à luz da cláusula

⁸¹ ESKRIDGE Jr., William N. *Overriding Supreme Court statutory decisions*. *Op. cit.*, p. 357.

⁸² KLARMAN, Michael. J. Court, Congress and civil rights. In: DEVINS, Neal e Whittington, Keith E. *Congress and the Constitution*. Durham: Duke University Press, 2005, p. 182.

la da *equal protection of law*, e, portanto, não se sujeitariam a parâmetro rigoroso de controle de constitucionalidade (*strict scrutiny*). Todavia, com a organização de movimentos feministas o senso comum mudou, e distinções baseadas no sexo passaram a parecer a todos – inclusive aos juízes – contrárias à igualdade, gerando a reversão da jurisprudência da Suprema Corte.⁸³

No Brasil a influência de grupos de interesse na interpretação constitucional não é menos evidente. Grupos a que se atribuiu a pecha de inimigos da República - como os monarquistas, os operários, os integralistas, e os comunistas - tiveram frequente insucesso na tutela judicial dos seus direitos individuais. Na República Velha, ocorreram dois casos emblemáticos relativamente a monarquistas e operários, nesta ordem. Diante do fechamento do Centro Monarquista de São Paulo após a proclamação da República por ordem da polícia local, o STF indeferiu o habeas corpus impetrado, valendo-se do argumento de que *os monarquistas queriam garantias do governo republicano para conspirar contra ele*. Por sua vez, em 1917 o STF indeferiu habeas corpus impetrado em face da proibição da realização de *meetings* operários, tendo afirmado que o anarquismo *era a mais subversiva das doutrinas sociais e impedia os trabalhadores de trabalhar*.⁸⁴

Após a revolução constitucionalista de 1930, foi impetrado habeas corpus pela Associação Nacional Libertadora (ANL) contra ato de autoridade policial que determinara o cancelamento das suas atividades, pelo seu caráter subversivo (1937). O STF indeferiu o *writ*, tendo inclusive afirmado o Min. Carvalho Mourão que a limitação da liberdade de associação a “fins lícitos” não obstaría que autoridades policiais a restringissem em proteção à ordem pública. Após a chamada

⁸³ POST, Robert e SIEGEL, Reva. Democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 382.

⁸⁴ COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

intentona comunista - suposto levante comunista realizado em quartéis de Natal, Recife e Rio de Janeiro – e o consequente recrudescimento da repressão estatal aos comunistas, o STF indeferiu habeas corpus impetrado por João Mangabeira, dentre diversos outros.⁸⁵

Mesmo após 1988, setores estigmatizados da sociedade brasileira ainda encontram enormes dificuldades para a efetiva fruição de direitos. Exemplo disso é o fato de, apesar de o art. 15, inc. III, da CF/1988, somente suspender o exercício dos direitos políticos após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, os Tribunais Regionais Eleitorais brasileiros terem demorado bastante para disponibilizar os mecanismos necessários para que os presos provisórios exercessem o seu direito ao voto, os quais ainda estão longe de abranger todos os indivíduos nesta situação.⁸⁶

Após analisar mais de cem casos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte entre 1967 e 1990, William Eskridge elaborou um rol decrescente de atores mais propensos a reverter decisões judiciais indesejadas: governo federal, grupos financeiros (empresários, banqueiros etc.), cidadãos difusos, governos locais, sindicatos de trabalhadores, mulheres, portadores de necessidades especiais, acusados em processos criminais, minorias raciais, imigrantes, pobres etc.⁸⁷ Jeb Bar-

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ver a matéria jornalística: Direito de voto de preso provisório é ignorado na maior parte do país. Disponível em: <<http://eleicoes.uol.com.br/2008/ultnot/2008/09/12/ult6008u176.jhtm>>. Acesso em 02/02/2011. Na doutrina, ver SARMENTO, Daniel. Representação sobre a violação ao direito de voto do preso provisório. In (*Id.*) *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 311/334. Só recentemente o CNJ selou acordo de cooperação técnica com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Ministério da Justiça e outros órgãos e entidades para garantir o exercício do direito de voto para presos provisórios e adolescentes em conflito com a lei privados de liberdade. A efetiva implementação do direito, contudo, ainda sofre sérias limitações.

⁸⁷ ESKRIDGE Jr., William N. *Overriding Supreme Court statutory decisions*. *Op. cit.*, p. 348.

nes, após realizar pesquisa empírica igualmente ampla, também concluiu que o governo federal é o ator mais bem-sucedido em promover a reversão de decisões judiciais, sobretudo quando elas causarem forte impacto financeiro-orçamentário.⁸⁸

Por outro lado, a *opinião pública consiste em influência decisiva para a jurisprudência constitucional das Supremas Cortes*. Georg Vanberg considera que a existência de apoio popular à independência judicial fortalece o Judiciário, na medida em que eleva o custo político de qualquer reação a decisão judicial. De fato, caso a população puna severamente políticos que não sejam reverentes a decisões da Suprema Corte, atores políticos, mesmo que atuem de forma autointeressada com vistas à sua reeleição, irão titubear antes de negar publicamente cumprimento a decisão, de sugerir a aprovação de norma supradadora e, sobretudo, de propor ataques institucionais ou retaliações à Corte.⁸⁹

Todavia, como explicar a louvável decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, na qual a Suprema Corte esteve à frente da opinião pública, ao superar a segregação racial em escolas públicas norte-americanas quando o movimento negro ainda perseguia objetivos mais básicos, como a redução da violência policial, a busca de emprego, a observância do devido processo legal em persecuções criminais nos Estados do Sul etc.⁹⁰ Naturalmente que a inserção dos juízes em um determinado contexto cultural limita o seu distanciamento da opinião pública (a decisão em *Brown* seria impensável um século antes, quando a Suprema Corte decidiu *Dred Scott*);⁹¹ todavia, há outros fatores que pautam a complexa relação entre a jurisdição constitucional e opinião pública.

⁸⁸ BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. *Op. cit.*, p. 159/185.

⁸⁹ VANBERG, Georg. *The politics of judicial review in Germany (political economy of institutions and decisions)*. *Op. cit.*, p. 20/24.

⁹⁰ KLARMAN, Michael J. *Court, Congress and civil rights*. *Op. cit.*, p. 182/193.

⁹¹ *Ibid.*

Em influente dissociação, David Easton vislumbrou duas modalidades de apoio popular à independência judicial. O apoio popular específico consiste em concordância a decisão particular, enquanto o apoio difuso revela o suporte popular a Suprema Corte enquanto instituição, que persiste mesmo na hipótese de discordância quanto a decisões específicas.⁹² Todavia, é natural que, caso a Corte decida reiteradamente de forma contramajoritária, o estoque de apoio difuso tenda a reduzir-se progressivamente, pois é evidente que a opinião do povo quanto à qualidade das decisões de um tribunal tem forte impacto sobre a sua visão sobre o tribunal em si. Daí dizer-se que o apoio difuso define o quanto a Suprema Corte pode andar com as suas próprias pernas, distanciando-se da opinião pública.⁹³ Exemplo típico de apoio difuso à Suprema Corte dos Estados Unidos se deu após a decisão que proferiu no caso *Bush v. Gore*: apesar das severas críticas no sentido da influência da política partidária na decisão, pesquisas de opinião revelaram que os níveis de aprovação popular da Suprema Corte se mantiveram estáveis.⁹⁴

Assim, a opinião pública influencia a tomada de decisão por Cortes Supremas, pois os juízes são conscientes de que a prolação reiterada de decisões inaceitáveis por maiorias políticas e pela população torna factível o uso dos referidos mecanismos de reação política, dos quais a Corte tende a evitar em prol da sua integridade institucional. Todavia, a sensibilidade das decisões judiciais à opinião pública interage de forma complexa com a aparência de neutralidade política: de fato, mesmo juízes bastante ativistas na concretização de princípios

⁹² EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

⁹³ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

⁹⁴ GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory Caldeira e SPENCE, Lester. The Supreme Court and the US presidential election of 2000. In: *British Journal of Political Science*, 2003, n. 33, p. 538.

constitucionais abstratos nutrem a imagem de uma “justiça cega”, circunstância que revela a essencialidade da imagem de neutralidade política para a construção do apoio difuso ao Judiciário, e, conseqüentemente, para a expansão dos seus poderes.⁹⁵ Não é por acaso que o padrão das Cortes Constitucionais contemporâneas é a de uma expansão progressiva e cautelosa dos seus poderes, portando-se de forma ativista quando a sua reputação de neutralidade judicial, construída após razoável período de autorrestrrição judicial, já se encontra consolidada.

Adotado em sua forma pura, o modelo de interação da *rational choice* pressupõe que os atores institucionais conheçam as decisões e as preferências do seu “adversário”, para que possam a elas se antecipar. Todavia, caso haja forte assimetria de informações entre os atores, ou mesmo desconhecimento sobre a decisão do outro, as condições para a sua atuação estratégica não se verificam.⁹⁶

Com efeito, se há pouca transparência em relação ao que decide a Suprema Corte, muitas das suas decisões podem ser finais não pela aquiescência do povo e dos seus representantes ao seu teor, mas simplesmente pelo seu desconhecimento. Por outro lado, se há forte opacidade no processo legislativo, tentativas resistir a decisões judiciais igualmente irão prevalecer por não terem se tornado públicas. Um dos fatores relevantes para que haja efetiva publicidade da decisão judicial e legislativa é o seu monitoramento por grupos de interesse organizados, pois, caso eles atuem em determinada disputa, dificilmente o seu resultado deixará de ser conhecido por grande parte dos interessados.⁹⁷ Desta forma, costumam ser mais fre-

⁹⁵ VANBERG, Georg. *The Politics of judicial review in Germany (political economy of institutions and decisions)*. Op. cit., p. 52.

⁹⁶ BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. Op. cit., p. 70.

⁹⁷ Sobre o tema da influência da transparência na interação entre a Suprema Corte e o Parlamento ver, por todos, VANBERG, Georg. *The politics of judicial review in Germany (political economy of institutions and decisions)*. Op. cit., p. 95/116.

quentes superações legislativas de decisões da Suprema Corte quando atuam como *amici curiae* entidades representativas bem organizadas.⁹⁸

8. CONCLUSÃO: O ESTOQUE LIMITADO DE DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS DA SUPREMA CORTE E O SEU ADEQUADO EMPREGO EM UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Ao longo do artigo se buscou demonstrar que os mecanismos de reação dos poderes políticos a decisões judiciais indesejadas e a atuação de grupos de interesse promovem uma razoável sincronização entre a jurisprudência da Suprema Corte e a opinião pública. Isto porque a busca de preservação da legitimidade institucional da Corte, e a consequente antecipação das reações dos demais “poderes” e da sociedade às suas decisões, tende a manter a Suprema Corte não muito distante da opinião pública.⁹⁹

Assim, *os mecanismos de reação a decisões da Suprema Corte atuam como limites institucionais à sua jurisprudência*. Ademais, tais limites conferem uma nova forma de *accountability* à atuação da Suprema Corte, pois às suas decisões se reconhece referibilidade, em grande medida, à opinião pública. Reduz-se, assim, a força da crítica da dificuldade contramajoritária ao controle de constitucionalidade.¹⁰⁰

Note-se, contudo, que a sincronização entre opinião pública e jurisprudência da Suprema Corte não é igualmente eficaz em diferentes searas: em questões de alta relevância políti-

⁹⁸ ESKRIDGE Jr., William N. *Overriding Supreme Court statutory decisions*. *Op. cit.*

⁹⁹ WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. *Op. cit.*, p. 330

¹⁰⁰ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. In: *International Journal of Constitutional Law*, 2009, v. 5, n. 3, p. 407.

ca, centrais à coalizão governamental majoritária e que atraíam o interesse de grupos bem articulados, a influência da opinião pública é mais significativa. Já em questões de menor repercussão política e que não atraia a atenção de grupos políticos e econômicos influentes, a Suprema Corte frequentemente *voa abaixo do radar*.¹⁰¹

Assim, a jurisprudência constitucional da Suprema Corte tende a ser mais sensível à opinião pública em questões fundamentais para maiorias políticas e para grupos de interesse bem organizados, havendo, portanto, menos espaço nesse âmbito para a Corte dar a última palavra sobre a respectiva controvérsia constitucional, em substituição a interpretação dos poderes políticos. Todavia, em questões de menor saliência política, vale dizer, que não demandem a atenção de grupos políticos e sociais bem articulados, há maior chance de o Judiciário fixar a solução final.

Surge, contudo, um paradoxo: se a própria razão de ser do constitucionalismo é a proteção de direitos de minorias estigmatizadas no processo político contra a influência dos poderes político e econômico, a constatação de que o potencial do controle de constitucionalidade é mais reduzido precisamente quando há forte oposição de grupos políticos e econômicos bem estruturados representaria o reconhecimento da falência do constitucionalismo?

Não. Sem dúvida que o reconhecimento de que o Judiciário não pode desempenhar uma postura messiânica de Guardião da Constituição – acima e para além da política e da opinião pública – deve levar a uma redução de expectativas quanto ao efetivo papel desempenhado pelo controle de constitucionalidade em uma democracia constitucional.

Nada obstante, subsiste ao Judiciário uma função politicamente relevante. Já se salientou que o apoio difuso à inde-

¹⁰¹ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. *Op. cit.*, p. 377.

pendência judicial, que costuma existir em boa medida nas democracias constitucionais contemporâneas, garante-lhe um estoque de decisões contramajoritárias. Nesta esteira, o reconhecimento da influência da opinião pública sobre o controle de constitucionalidade não se incompatibiliza, antes estimula, a concepção de teorias prescritivas que se destinem a incitar o Judiciário a empregar a sua “cota de decisões contramajoritárias” para a tutela de direitos de minorias estigmatizadas, colocando-se à frente da opinião pública, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos o fez no caso *Brown v. Board of Education*.

Desta forma, o Judiciário não é uma instituição superpoderosa que dá a última palavra sobre os mais diversos conflitos constitucionais acima da política e da opinião pública, nem um “tigre de papel”¹⁰² que se limita a carimbar preferências de maiorias políticas transitórias ou os resultados da última pesquisa de opinião. A partir dessa premissa pode ser construída uma teoria normativa sobre o papel do controle de constitucionalidade na democracia constitucional brasileira que tenha o mínimo de conexão com a realidade, e que, portanto, tenha aplicabilidade fora dos bancos acadêmicos.



¹⁰² A expressão é de VANBERG, Georg. *The politics of judicial review in Germany (political economy of institutions and decisions)*. *Op. cit.*