

CONSTITUIÇÃO, GOVERNO DEMOCRÁTICO E NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Clèmerson Merlin Clève¹

Bruno Meneses Lorenzetto²

Resumo: Em sua primeira parte o artigo possui como fio condutor a análise do caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) e suas consequências na estrutura da Suprema Corte dos Estados Unidos. Observa-se como foi elaborada uma justificacão procedimentalista do controle de constitucionalidade a partir da nota de rodapé número 4 do caso *Carolene Products*. Apresentam-se as críticas substantivistas que evidenciam as limitacões da postura eminentemente deferente derivada do caso. Em sua segunda parte o estudo enfatiza a realidade brasileira e ressalta que nossa Constituição Federal possui um sentido substantivo de justiça. Discutem-se os fenômenos do ativismo judicial e da judicializacão da política. Por fim, assinala as mudancas às quais o Supremo Tribunal Federal foi submetido nos últimos anos e aproxima a doutrina de *Carolene Products* e os níveis de escrutínio com a jurisdição constitucional nacional, distinguindo entre casos de controle *forte* e *fraco* da fiscalizacão de constitucionalidade.

¹ Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Constitucional e Presidente do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor do *Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo da Universidad Pablo de Olavide*, em Sevilha, Espanha. Pós-graduado em Direito Público pela *Université Catholique de Louvain*, Bélgica.

² Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relacões Sociais.

Abstract: The first part of the article has as its guiding line the analysis of the case *United States v. Carolene Products Co.* (1938) and its consequences on the structure of the United States Supreme Court. It observes how a proceduralist justification for the judicial review was derived from *Carolene Products* footnote number 4. It displays the substantivists criticism that disclose the limitations of the highly deferential posture derived from the case. The second part of the study emphasizes the Brazilian reality and points out that our Constitution has a substantive meaning of justice. It discusses the judicial activism and judicialization of politics phenomena. Lastly it underlines the changes trough which the Supremo Tribunal Federal has undergone in recent years and bring together the *Carolene Products* doctrine and the levels of scrutiny to the national constitutional jurisdiction, distinguishing between cases of *hard* and *soft* judicial review.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Democracia; Níveis de Escrutínio.

Keywords: Judicial Review; Democracy; Levels of Scrutiny.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Breve olhar sobre um debate americano; 2.1 – A jurisdição constitucional e as origens do procedimentalismo; 2.2 – A crítica ao procedimentalismo; 2.3 – A Corte entre permanência e mudança; 3 – Constituição Federal, controle jurisdicional e níveis de intensidade; 3.1 – O novo papel do Supremo Tribunal Federal; 3.2 – Controle de constitucionalidade e níveis de intensidade; 4 – Conclusão; 5 - Bibliografia.

1 – INTRODUÇÃO



questão circular entre teoria e *práxis* possui como pano de fundo, na modernidade, o funcionamento de certo conjunto de instituições. No campo jurídico, a jurisdição constitucional e as relações de poder nela imbricadas apresentam especial relevância. A jurisdição constitucional tornou-se um *locus* privilegiado da convergência entre a *práxis* e a teoria, reclamando uma análise crítica acerca do seu lugar e do seu papel na sociedade contemporânea.

O presente texto apresenta uma reflexão sobre o tema acima referido, tomando como ponto de partida as sugestivas ideias apresentadas por Luis Roberto Barroso em artigo publicado nesta coletânea.³

A projeção que a *jurisdictio* passou a ocupar na modernidade é tributária da redefinição do conceito de *política*. Esta foi distanciada de sua antiga feição aristotélica para assumir posto radicalmente diverso.⁴ Hobbes em sua emblemática obra “O Leviatã”,⁵ esquadrinhou o sentido moderno de política da

³ BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Cabe a ressalva no sentido que, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não é apenas uma Corte Constitucional, portanto, parcela significativa de suas decisões possui escopo restrito às partes envolvidas no processo. Um exemplo de mudanças estruturais significativas na sociedade como um todo foi fornecido por Ronald Dworkin, a respeito do caso *Brown v. Board of Education* (1954): “Quando a Corte decidiu, em 1954, que nenhum Estado tinha o direito de segregar as escolas públicas por raça, levou o país à mais profunda revolução social já deflagrada por qualquer outra instituição política. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4).

⁴ A política era compreendida como a continuação da ética e, por isso, o caráter ético da ação (política) não estava separado da lei e dos costumes. A *polis* era o espaço para a busca da “boa vida”. A *práxis* era distinta da *téchne*, que se relacionava com a produção de artefatos e o domínio habilidoso de certas atividades. Ante a inconstância ontológica de conceitos abstratos como a Justiça, procura-se, por isso, fazer com que a política (moderna) sirva para assegurar o conhecimento da natureza essencial da justiça, agora identificada ao mundo das leis e contratos. Ver: ARISTOTLE. *Politics*. London: William Heinemann, 1932; HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ícone, 2000.

⁵ “Embora nada do que é feito pelos mortais possa ser imortal, os homens, se usassem a razão como pretendem, poderiam, pelo menos, fazer com que seus Estados

seguinte maneira: i) cabe à política estabelecer as condições adequadas para o funcionamento do Estado e da sociedade (com pretensão de universalização); ii) na transição entre teoria e prática, a aplicação se torna uma questão *técnica*, com a disposição das condições gerais que organizem o Estado e a sociedade, demandando-se o cálculo correto da produção legislativa, das relações intersubjetivas e do arranjo das instituições; iii) os arquitetos da nova ordem social devem voltar seus esforços no sentido da produção de comportamento calculável.⁶

A partir disso, é possível recordar que o início de grandes debates teóricos acaba por remeter, em diversas ocasiões, a questionamentos elementares sobre fatores práticos que permeiam a vida em sociedade, a fundação da comunidade política e a emergência do direito como meio de prevenção e solução de conflitos. Neste contexto cabe perguntar: - Quem define *o que é o direito* e quem deve obedecê-lo? Quem está autorizado a *dizer o direito*?

Essas questões, que não demandam respostas definitivas, ensejam diferentes argumentações de acordo com as distintas correntes de pensamento. Todavia, adverte Ronald Dworkin, qualquer teoria do direito deve procurar responder pelo menos a uma parcela desses problemas. Assim, formulações acerca da legislação, da decisão judicial (*adjudication*) e da observância (*compliance*) da lei, precisam ser desenvolvidas.⁷

fossem assegurados, definitivamente, contra o perigo de perecer por males internos. Pela natureza de sua Instituição, eles estão destinados a viver tanto tempo quanto o gênero humano ou as Leis de Natureza ou, ainda, tanto quanto a própria Justiça, que lhes dá vida. Assim, quando são dissolvidos, não pela violência externa, mas por desordem intestina, a falta não está nos homens, mas na *Matéria*; mas, são eles seus modeladores e organizadores”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 230).

⁶ Para Habermas, a separação da política da moralidade substituiu a diretiva que orientava a produção de uma vida “boa” e “justa”, com a possibilidade de se fazer uma vida de bem-estar dentro de uma ordem constituída adequadamente. HABERMAS, Jürgen. *Theory and Practice*. Boston: Beacon Press, 1973. p. 43.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. VIII.

As referidas formulações possuem seus respectivos destinatários: quem produz as leis; quem decide; quem obedece. Enquanto a preocupação daqueles que produzem o conjunto normativo relaciona-se, em princípio, com a questão da legitimidade e com a democracia, a teoria da decisão judicial precisa ser relativamente complexa, contemplando: i) uma “teoria da controvérsia”, que estabelece os padrões para a decisão de *casos difíceis* e, ii) uma “teoria da jurisdição” que defina os motivos e os momentos em que os juízes devem tomar decisões com base na teoria da controvérsia.⁸

Sendo, hoje, insuficiente uma teoria da jurisdição que exponha apenas os argumentos de justificação utilizados pelos juízes, cumpre dialogar com esferas de alto apelo valorativo como a democracia e a justiça.

Diante de tais apelos, procura-se esboçar um diagnóstico do papel da jurisdição constitucional no mundo contemporâneo governado pela ideia de maioria.

2 – BREVE OLHAR SOBRE UM DEBATE AMERICANO

2.1 – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS ORIGENS DO PROCEDIMENTALISMO

⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. IX. Dworkin, por sua vez, apresentou propostas teóricas para a solução de casos difíceis e uma teoria da jurisdição. Tais formulações identificaram os problemas relacionados às tradições do utilitarismo, do realismo e do juspositivismo. Em especial a tradição juspositivista foi criticada por sua incapacidade de compreender a importância de padrões que não são regras, eis que, o positivismo seria um modelo de e para um sistema de regras. Outro aspecto que seria deficitário no repertório juspositivista seria a ausência de uma “teoria da jurisdição”. Diante de um caso em que não exista uma regra que possa ser subsumida para solucionar o conflito, o juiz deveria usar seu poder discricionário (*judicial discretion*) para decidir o caso inédito, o juiz “criaria” uma nova lei. Como forma de enfrentar tal problemática, Dworkin propôs sua própria versão da teoria da controvérsia e da teoria da jurisdição, as quais buscam abranger, ao mesmo tempo, padrões para a solução de casos difíceis e maneiras de apresentar razões nas decisões. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 49-50; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*.

Cada geração constitucional organiza-se de acordo com eventos e textos que se tornam os *standards* de um determinado período histórico. Tal conjunto de dados jurídicos ao mesmo tempo em que influencia a prática corrente torna-se matéria a desafiar renovadas elaborações. É nesse contexto que, no direito constitucional norte-americano, assume particular importância a nota de rodapé número 4 do caso *United States v. Carole- ne Products Co.* (1938).

A nota autorizou a estruturação de uma teoria da decisão complexa em matéria constitucional. O caso que ensejou a decisão contendo a famosa nota envolvia o questionamento a respeito da constitucionalidade de uma Lei de 1923 (*Filled Milk Act*),⁹ que havia tornado ilegal o transporte de “leite modificado” (*Milnut*) de um Estado para outro.¹⁰

O contexto histórico da decisão é relevante para compreender a mudança de paradigma que ela provocou no direito constitucional dos Estados Unidos. A presunção de constitucionalidade, para os atos normativos de natureza econômica, era

⁹ “‘Filled milk’ was condensed milk in which the fat normally found in milk was replaced with vegetable oil. Filled milk was cheaper than regular condensed milk, and today we would regard it as healthier. Apparently it did not taste any different. (...) It is not difficult to see the Act as a piece of interest group legislation that favored the condensed milk industry by effectively driving a competitor out of business.” (STRAUSS, David A. Is Carole- ne Products Obsolete? *University of Illinois Law Review*, vol. 2010, n. 4, 2010. p. 1252).

¹⁰ O caso tinha como precedente a decisão de *Nebbia v. New York* (1934), em que o Estado de Nova York criou um conselho com poder de regular o preço do leite. *Nebbia*, dono de uma mercearia, foi condenado por vender leite fora dos preços estabelecidos e defendeu seu direito de fazê-lo perante a Suprema Corte com base na Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, eis que o governo não poderia violar seu direito de fazer contratos sem a garantia ao devido processo legal (*due process*). Por maioria a Suprema Corte afirmou que nem o direito de propriedade nem o direito dos contratos era absoluto. Ainda, adotou postura deferente, afirmou que os Estados eram livres para adotar políticas para promover o bem-estar público e que as Cortes não tinham autoridade nem para realizar políticas nem para anulá-las quando produzidas pelo Legislativo. O controle de preços apenas seria inconstitucional se fosse arbitrário.

contemporânea da maior presença do Estado na economia através das políticas do *New Deal*, assim como do processo, em curso, de redefinição do papel dos Poderes no Estado.¹¹ Ainda, constituía uma mudança na perspectiva da Corte que havia declarado até o início da década de 1930 as leis que regulavam a economia e garantiam direitos para trabalhadores como inconstitucionais; por isso, o caso é posicionado no fim da “Era Lochner”.¹² Nesse sentido, cumpriria à Corte corrigir os defeitos no processo político democrático, permitindo que importantes decisões fossem tomadas pelos Poderes legitimados democraticamente por meio do processo eleitoral.

A simplicidade das perguntas que levam a teorias complexas para respondê-las possui um correlato importante na nota de rodapé número 4, a mais famosa e fértil nota de rodapé da história da Suprema Corte. A partir dela, várias mudanças estruturais foram realizadas na compreensão do “lugar” que a Corte deveria ocupar no quadro da organização dos Poderes, particularmente em função do exercício da fiscalização da constitucionalidade das leis.

A doutrina que vigorava nas três primeiras décadas do Século XX era pautada por decisões da Suprema Corte que

¹¹ “During the 1930’s, the nation struggled with the constitutional implications of the Great Depression; during the 1940’s, with those of the Second World War. In both cases, the basic thrust was the same – away from laissez-faire and toward activist government first at home and then abroad.” (ACKERMAN, Bruce. *We The People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 280).

¹² O caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937) é referenciado como crucial na guinada de perspectiva da Corte. Enquanto o caso *Lochner* é um exemplo do ativismo da Corte ao afastar a regulamentação da jornada de trabalho dos padeiros e, portanto, defender um modelo mais extremado de liberdade contratual, o caso *West Coast Hotel* trata de uma lei do Estado de Washington que demandava o pagamento de um salário mínimo para mulheres e menores de idade. Ao contrário do que sucedeu em *Lochner*, a Corte manteve a legislação e garantiu o direito de Parrish de receber a diferença salarial existente entre os seus recebimentos e o mínimo previsto em lei. O Chief Justice Hughes apresentou o voto da maioria e afirmou que a Constituição não reconhecia uma liberdade absoluta e incontrolável, além disso observou que o salário mínimo no Estado de Washington foi estabelecido após ter sido objeto de reflexão pública e por parte dos empregados e empregadores.

protegiam um conjunto vagamente definido de interesses substantivos, os quais haviam sido reunidos sob o título de “devido processo legal substantivo”.¹³ A preocupação daqueles que inicialmente se opuseram às decisões da “Era Lochner” (Holmes, Brandeis e Stone) estava no papel da Corte em invalidar o resultado de um processo que, em princípio, era legítimo. Contudo, foi necessária a intervenção do Presidente Roosevelt na reconfiguração da Corte, com a nomeação do Justice Hugo Black, para a formação de uma maioria crítica da antiga perspectiva do “devido processo legal substantivo”.¹⁴

Faz-se prudente observar a proposta constante na nota de rodapé número 4.¹⁵ Inicia asseverando que pode existir um

¹³ COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 7, 1983. p. 1287. Laurence Tribe anota que vários críticos da antiga perspectiva acerca da teoria do “devido processo legal substantivo” haviam indicado a inconsistência entre a cláusula prevista na Constituição que protege o *due process* e a doutrina derivada dela e que, independentemente de qual seja nossa atual perspectiva sobre o devido processo contemporaneamente, a maioria concordaria com o fato de que 1787 os constituintes haviam adotado um sistema federativo para, dentre outras coisas, proteger a propriedade privada. TRIBE, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 10-11.

¹⁴ Como explica Eduardo Enterría: “Esa crisis ha sido positivamente beneficiosa, porque ha permitido depurar los límites de la *judicial Review* y canalizarla predominantemente hacia la protección de los derechos fundamentales, abandonando el arbitrario terreno de las concepciones económicas.” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 180).

¹⁵ “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, 273 U. S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U. S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233; *Lovell*

âmbito mais restrito para a presunção de constitucionalidade quando a legislação se apresenta como violadora de proibições específicas da Constituição. Na sequência, define que legislações que restrinjam processos políticos acabam por se sujeitar a um controle judicial mais exigente, tais como: restrições sobre o direito ao voto e a disseminação da informação, interferência em organizações políticas e a proibição de reuniões pacíficas. O mesmo se aplica no caso de leis que se direcionem contra minorias religiosas, nacionais ou raciais, pois o preconceito contra minorias *discretas* e *insulares* implicando restrição indevida de processos políticos, demanda um controle judicial mais rigoroso.

O que explica a relevância conquistada pela referida nota de rodapé ? A proteção contra abusos no processo político, via Judiciário, e a defesa do controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional deve ser exercida apenas nos momentos em que a legislação esteja a impedir a participação de minorias por motivos inaceitáveis associados à crença, nacionalidade ou raça. Em outras circunstâncias a Corte deve pautar o seu trabalho pela presunção de constitucionalidade das leis e ser deferente perante o trabalho legislativo.

Como observou Robert Cover, a nota de rodapé número

v. *Griffin*, *supra*; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, *supra*, 283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U. S. 242, and see Holmes, J., in *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare 17 U. S. *Maryland*, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, and cases cited.”

4 combinou uma justificação textual e funcional para diferentes níveis de controle de constitucionalidade.¹⁶ E a importância e originalidade da nota está em procurar traçar os limites para o exercício da jurisdição constitucional – ainda que se possa discordar do rol elencado por ela e da circunscrição do controle a uma perspectiva procedimentalista. Não é demasiado enfatizar que a nota de rodapé número 4 foi produzida em um cenário de crescente abuso por parte das políticas majoritárias e do declínio do constitucionalismo democrático, principalmente em solo europeu, diante do fim da República de Weimar e da ascensão de regimes totalitários.¹⁷

Também é importante compreender a redefinição de sentido sofrida pela ideia de “minoria”. A partir da tradição presente no Federalista, o papel do Judiciário na proteção de minorias teria cunho inicialmente econômico, significando proteger a propriedade privada contra eventuais maiorias apaixonadas (facções) que pudessem agredir os “poucos” proprietários da burguesia emergente.¹⁸ Entre 1787 e 1938, a semântica era, já, radicalmente diversa, alcançado as minorias “discretas e insulares” que não apenas sofrem derrotas temporárias na arena política,¹⁹ ou não participam (simplesmente não votam e seus membros não são reconhecidos como cidadãos), ou não possuem predicados que as habilitem a participar da construção discursiva da esfera pública. É pela marginalidade de tais minorias que os processos políticos majoritários são colocados sob sus-

¹⁶ COVER, Robert. *The Origins of Judicial Activism...* p. 1291.

¹⁷ Ver: ARENDT, Hannah. *The Origins of the Totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace, 1976.

¹⁸ O Federalista n. 10. HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 59-67.

¹⁹ Explica Strauss que: “They are ‘discrete’ in the sense that they are separate in some way, identifiable as distinct from the rest of society. They are ‘insular’ in the sense that other groups will not form coalitions with them – and, critically, not because of a lack of common interests but because of ‘prejudice’.” (STRAUSS, David A. *Is Carolene Products Obsolete?* p. 1257).

peita.²⁰

Não há dúvida de que o papel ativo por parte do Judiciário na definição das políticas nacionais é algo que desafia cautela, podendo em certas circunstâncias contrariar as exigências democráticas. No caso *Carolene Products*, procurava-se, ao mesmo tempo, mudar o paradigma da Corte em relação ao seu ativismo anterior e apresentar um conjunto de “limites” que norteariam os momentos em que esta adotaria uma postura contramajoritária.²¹

É possível, por isso, extrair uma teoria da democracia da decisão tomada no caso *Carolene Products*. O processo democrático se apresenta como uma competição entre grupos, na qual derrotas e vitórias momentâneas precisam ser aceitas, já que fazem parte do “jogo”.²² Contudo, não é aceitável que os competidores sejam arbitrariamente excluídos ou que nunca possam participar do próprio “jogo”. Em análogas situações, que supõem o silenciar de uma parcela dos atores políticos,

²⁰ Cover lembra que o sentido de “minoría” adotado na nota de rodapé número 4 já havia sido empregado no âmbito internacional na década de 1930: “Furthermore, the premise for this international protection was that the nation-state, ordinarily dominated by a single racial, religious, or ethnic group, might fail to afford the benefits of its political processes to the racial, religious, or ethnic minorities within the state.” (COVER, Robert. *The Origins of Judicial Activism...* p. 1298). Para críticas a respeito do conceito de Estado-Nação ver: LORENZETTO, Bruno Meneses. *Direito e desconstrução: as aporias do tempo, do direito e da violência*. Belo Horizonte: Araraes Editores, 2013.

²¹ “*Carolene* promises relief from the problem of legitimacy raised whenever nine elderly lawyers invalidate decisions of a majority of our elected representatives. The *Carolene* solution is to seize the high ground of democratic theory and establish that the challenged legislation was produced by a profoundly defective process.” (ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, 1985. p. 715).

²² Para Ackerman, o caso fornece uma teoria da democracia do New Deal como estrutura organizatória: “While judges should defer to the legislature in ordinary economic disputes, ‘a more exacting judicial scrutiny’ might be required when the democratic process malfunctioned – either when the majority denied opponents crucial political rights or when legislation was motivated by prejudice against ‘discrete and insular minorities’.” (ACKERMAN, Bruce. *We The People: Transformations*. p 369).

poderia ser justificada a atribuição de um papel para o Judiciário consistente na correção do processo democrático. Nesse ponto, a questão que permeia a tensão entre o constitucionalismo e a democracia fica mais do que evidente.²³

Ao defender sua teoria a propósito da jurisdição constitucional em “Democracia e Desconfiança”,²⁴ John Hart Ely pretendeu delinear o campo de atuação da Corte na solução de casos controversos. Quando e por quais motivos ela deveria interferir na legislação produzida pelo parlamento e declarar sua inconstitucionalidade e, em que momentos ela deveria silenciar, adotando uma postura deferente perante a produção do Legislativo. Como se sabe, a perspectiva adotada por Ely foi chamada de “procedimentalista”.

Deve-se salientar que a obra de Ely emerge em um contexto político diverso daquele da nota de rodapé número 4. Há entre *Carolene Products* (1938) e “Democracia e Desconfiança” (1980) um intervalo temporal preenchido pela Corte Warren (1953 a 1969).²⁵ O projeto de Ely era o de defender o lega-

²³ “O ponto inicial que ‘assombra’ a tensão entre a democracia e o constitucionalismo está no controle de constitucionalidade. A ideia, apresentada em um primeiro plano, é incômoda: pois, como o governo poder explicar ou justificar uma prática aparentemente não democrática por parte do Judiciário em que produções populares e democráticas (leis) são submetidas a um ‘teste’ de juridicidade por meio de uma lei superior (Constituição)? A busca por harmonizar esses dois lados é o motivo do assombro e envolve polos que acabam por se encontrar radicalmente comprometidos: a defesa do ideal de um governo limitado por normas (constitucionalismo) e o ideal de um governo exercido pelo povo (democracia).” (LORENZETTO, Bruno Meneses. *Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 104-105).

²⁴ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁵ Warren foi Chief Justice entre 1953 e 1969, porém, de acordo com Owen Fiss: “The Warren Court refers to that extraordinary phase of Supreme Court history that began in the mid-1950’s, with *Brown v. Board of Education* and the appointments of Earl Warren (1954) and William J. Brennan, Jr. (1956), and which reached its apogee in the early 1960’s, when Justice Frankfurter retired and the liberal wing of the Court achieved a solid majority. Aside from Warren and Brennan, that majority included Hugo Black, William O. Douglas, and Frankfurter’s replacement, Arthur J. Goldberg, who served from 1962 until 1965 and then was replaced by Abe Fortas. In

do de Warren diante dos ataques conservadores de uma nova Corte.²⁶ Pretendia, também, deslocar a acusação de “ativismo” destinada às decisões da referida Corte, ou, ao menos, rediscutir o problema democrático relacionado ao controle de constitucionalidade.²⁷

Ely aparta as posturas *interpretacionistas* das *não interpretacionistas*. Enquanto as primeiras se restringiriam ao aproveitamento das normas explícitas para a construção do discurso constitucional, as segundas se abrem para o reconhecimento de normas para além do texto constitucional. A distinção entre os interpretacionistas e seus opositores está no grau de clareza interpretativa que pode vir a ser extraído da Constituição. Para Ely, *Roe v. Wade* (1973) foi uma decisão não interpretacionista.²⁸ Sua “desconfiança” se coloca em relação a esta postura.

1967, the group of five was strengthened when Thurgood Marshall replaced Tom Clark. Now and then, they picked up the vote of Potter Stewart or Byron White or even that of their most forceful critic, John Harlan, a conservative who often found himself encumbered by his commitment to stare decisis. Earl Warren retired from the chief justiceship in 1969, but the phase of Supreme Court history that bears his name continued into the early 1970's, probably until 1974.” (FISS, Owen. *A Life Lived Twice*. *Yale Law Journal*, v. 100, 1991, p. 1117).

²⁶ “In 1968, Richard Nixon ran against the Warren Court, and in so doing, attacked Justice Brennan as much as anyone, perhaps more so, given the commanding role that Brennan played on that Court.” (FISS, Owen. *A Life Lived Twice*. p. 1121). “(...) la posición de Ely no pretende ser una construcción imaginativa propia, sino que se presenta ante todo como una explicación o interpretación de la jurisprudencia Warren.” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. p. 227).

²⁷ Sobre a Corte Warren explica Ely que sua reputação como “ativista” é devida, mas tal perspectiva precisa ser refinada: “É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.” (ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. p. 98).

²⁸ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. p. 5. Em *Roe v. Wade* (1973), apesar de a Constituição dos Estados Unidos não mencionar expressamente o direito à privacidade, a Suprema Corte reconheceu que este direito ou a garantia de certas

É que, segundo Ely, esta variante do discurso constitucional dificilmente se concilia com a teoria democrática dos Estados Unidos. Ora, os não interpretacionistas usariam os direitos fundamentais para preencher as lacunas deixadas pelo Legislativo. Este seria o problema central do controle de constitucionalidade: “(...) um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia.”²⁹

Para Ely, tanto a Era Lochner como a Corte Warren podem ser chamadas de “ativistas”. Contudo, a semelhança entre as Cortes intervencionistas termina nesta caracterização inicial. Ao contrário da Era Lochner, a Corte Warren apresentava uma preocupação processual ampla, tendo sido a primeira a considerar o vínculo entre a atividade política e o funcionamento adequado do processo democrático.³⁰ Ademais, o *modus operandi* da Corte Warren foi inspirado pela nota de rodapé número 4, que dispunha que a função da Corte seria a de manter a máquina do governo democrático funcionando, garantindo a abertura dos canais de participação e comunicação política.³¹

zonas de privacidade existe sob a Constituição. Além disso, concluiu que o direito pessoal à privacidade incluía a decisão a respeito do aborto. O Justice Stewart em suas razões explicou que: “The Constitution nowhere mentions a specific right of personal choice in matters of marriage and family life, but the ‘liberty’ protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment covers more than those freedoms explicitly named in the Bill of Rights”.

²⁹ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. p. 8.

³⁰ “É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.” (ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. p. 98).

³¹ ELY, p. 101. “(...) o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções.” (ELY, John Hart. *Democracia e*

Bem por isso, durante a Corte Warren, o conjunto de classificações suspeitas foi expandido para além do caso central da raça. As classificações suspeitas tratam de leis que apartem os indivíduos segundo um determinado critério sendo certo que, diante do critério, por exemplo a raça, tal grupo minoritário sofra prejuízo: “(...) um dos conjuntos de classificações que deveríamos considerar suspeitas são aquelas que deixam em desvantagem os grupos que sabemos serem objeto de depreciação generalizada, grupos que sabemos serem possíveis alvos de danos por parte dos outros (particularmente aqueles que controlam as deliberações legislativas).”³²

Em defesa da Corte Warren, Rebecca Zietlow enfatizou que a referida Corte promoveu a expansão dos “direitos de pertencimento”, ou seja, de direitos de inclusão, de integração ao Estado e a “igualdade de filiação” à comunidade política.³³ Sob a óptica da Corte, os direitos de pertencimento reconhecidos pelo Legislativo seriam menos efetivos do que os derivados das decisões judiciais. Com isso, a defesa da deferência, nesse campo, passou para o lado dos conservadores.

Mas, Zietlow lembra que a Corte Warren também precisa ser observada em seus momentos de deferência perante os outros Poderes. Durante o período em que Warren foi “Chief Justice” a Corte declarou a inconstitucionalidade de apenas 23 leis federais.³⁴

A Corte Rehnquist substituiu o ativismo adotado pela Corte de Warren por uma perspectiva conservadora. O tipo de ativismo de Rehnquist se voltou para proteger governos estaduais contra demandas por direitos civis; agentes estaduais contra exigências regulatórias federais; donos de propriedade privada contra leis de proteção ambiental e brancos contra

Desconfiança. p. 156).

³² ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. p. 206.

³³ ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). *Ohio State Law Journal*, v. 69, 2008. p. 257.

³⁴ ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint... p. 274.

ações afirmativas.³⁵

2.2 – A CRÍTICA AO PROCEDIMENTALISMO

Ely foi, como é natural numa sociedade aberta, alvo de críticas. Sua teoria do reforço da representação, apresentada como uma adequada justificativa do controle de constitucionalidade, foi questionada em seus argumentos centrais.

Para Paul Brest, a jurisdição constitucional, assim como qualquer tipo de jurisdição, envolve sempre uma interpretação. Logo, a dicotomia entre interpretacionistas e não interpretacionistas seria falsa, eis que todos estariam a interpretar a Constituição. Assim, se a adjudicação substancia sempre uma iniciativa hermenêutica, a parte mais promissora do constitucionalismo estaria na investigação do próprio processo interpretativo.³⁶

Brest também questionou a “desconfiança” de Ely em relação à atuação jurisdicional voltada para a proteção de direitos substantivos. O reconhecimento de que existem escolhas substantivas muito significativas nos textos constitucionais abre a porta para um passo além do papel que Ely procurou conferir à jurisdição constitucional, qual seja, o de manter os canais abertos para os embates políticos democráticos.

Há uma significativa diferença entre um sistema em que os representantes procuram apresentar justificativas para suas decisões e um sistema determinado exclusivamente pelo poder político.³⁷

³⁵ BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 6, 2001. p. 1089.

³⁶ BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, 1981.

³⁷ Cass Sunstein afirma que a ideia de forçar governos a apresentar razões pode ser vista como muito abstrata. Por isso, elenca três casos paradigmáticos que auxiliam na ilustração da importância desta prática: *Plessy v. Ferguson* (1896), em que a Suprema Corte decidiu que a segregação com base na raça não violava a Constituição; *Lochner v. New York* (1905), em que a Suprema Corte invalidou uma lei que

Para Ely, como afirmado, o controle de constitucionalidade deveria abrir os caminhos para os procedimentos democráticos – sem interferência em causas substantivas. Isso é afirmado a partir da ideia de que os juízes não poderiam incluir seus próprios valores nas decisões. Como explana Ackerman, a perspectiva fundada em procedimentos entende que, embora não possamos convencer nossos legisladores, podemos insistir que eles tratem nossas demandas com respeito, considerando os argumentos morais e empíricos que lhe são ofertados, rejeitando-os apenas através de um escrutínio que suponha a sua inadequação em função do interesse público. Se um grupo não recebe esse tratamento, não é aceito formalmente para participar do “debate”, ele está a sofrer preconceito, questão que difere de análises que tratam da possibilidade ou impossibilidade dos argumentos, de seus méritos.³⁸

O problema, assinala Cass Sunstein, é que a Constituição especifica vários valores substantivos.³⁹ Ou seja, a ideia central de democracia representativa demanda a defesa de *valores substantivos*, pois a própria democracia apresenta-se como um valor. Portanto, mesmo as características procedimentais da democracia, como os mecanismos que habilitam a parti-

estabelecia uma jornada máxima de horas de trabalho para padeiros; *Muller v. Oregon* (1908), em que Suprema Corte manteve uma lei que estabelecia um máximo de horas possível para o trabalho de mulheres. O principal problema das decisões, para Sunstein foi o seguinte: “In all three cases, the Court took existing practice as the baseline for deciding issues of neutrality and partisanship. It did so by assuming that existing practice was prepolitical and natural (...)” (SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 41).

³⁸ As Cortes deveriam, portanto, procurar remediar de maneira adequada tais procedimentos, sem que os juízes viessem a enfrentar a tarefa “suspeita” de prescrever valores substantivos: “If *Carolene* somehow hoped to find a shortcut around this substantive inquiry into constitutional values, its journey was fated to fail from the outset. The difference between the things we call ‘prejudice’ and the things we call ‘principle’ is in the end a substantive moral difference. And if the courts are authorized to protect the victims of certain ‘prejudices’, it can only be because the Constitution has placed certain normative judgments beyond the pale of legitimacy.” (ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 740).

³⁹ SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. p. 104.

ciação política e a pluralidade partidária, estão fundadas em valores.

De acordo com Laurence Tribe, uma dificuldade que se apresenta para aqueles que defendem as teorias procedimentais é o caráter substantivo dos compromissos mais importantes previstos na Constituição, que definem os valores que a comunidade política adota.⁴⁰ A liberdade religiosa, a proibição da escravidão, a proteção à propriedade privada são exemplos de valores substantivos.

Aquilo que é “enigmático” para Tribe é que se procura afirmar que a Constituição deveria estar preocupada com *processos* e não com *substâncias*. Porém, mesmo os procedimentos mais formais não podem ser compreendidos na ausência de uma teoria que demanda escolhas substantivas controvertidas.

Em direção análoga, para Sunstein, ao menos a base dos argumentos deve encontrar sustentação em razões substantivas e Ely não apresenta a defesa dos argumentos substantivos que dão suporte ao controle de constitucionalidade.⁴¹

O problema de uma perspectiva estritamente formalista é que ela não se importa com as *distorções comunicativas* advindas do uso de princípios interpretativos no movimento de atribuição de sentido aos textos jurídicos. Tanto os formalistas como aqueles que defendem o *status quo* não levam em consideração as disputas substantivas que são travadas na *atribuição de sentido* normativo para os textos, característica que restringe o alcance epistêmico delas.

Além disso, no que tange à definição de minorias, pode-se questionar de maneira legítima se um grupo foi marginalizado dos processos políticos por fatores exógenos – alheios à sua esfera de ação –, ou por fatores endógenos.⁴² A decisão que

⁴⁰ TRIBE, Laurence. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *Yale Law Journal*. v. 89, 1980. p. 1063.

⁴¹ SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. p. 106.

⁴² Como exemplo extremo, um grupo de bandidos não forma um grupo minoritário com apelos políticos legítimos, eles foram excluídos por praticarem um crime, ou

cabará à Corte não supõe apenas avaliar o grau de marginalização do grupo minoritário, mas se o próprio grupo deve participar do processo político.⁴³ A retórica constitucional que permeia a doutrina seria a de que a Corte não deveria realizar julgamentos substantivos, porém, a decisão sobre a situação de marginalidade de um grupo não pode ser apenas “técnica”, ela será necessariamente política e valorativa.

A crítica endereçada à doutrina derivada de *Carolene Products* está no papel político que a jurisdição precisa ocupar ao reconhecer e proteger as minorias, algo que, em princípio, desafia a formação dos juízes. Ainda, a questão da “ausência de poder” de certas minorias também não encontra acolhimento pleno, pois, a “insularidade” (ou marginalidade) de cada grupo social possui suas particularidades históricas. Por isso, há necessidade de uma contínua atualização no processo de compreensão dos grupos tidos como excluídos do espaço de deliberação democrática.⁴⁴

seja, por motivos devidos. O cenário é completamente distinto de minorias que não conseguem ter acesso a posições sociais adequadas ou não possuem o direito ao voto ou pessoas que são perseguidas por pertencer a um grupo religioso minoritário, tais são casos de exclusão indevida do processo democrático.

⁴³ “Do gays and lesbians, for example, constitute a discrete and insular minority within the meaning of the *Carolene Products* footnote, so that courts should develop special rules to protect them against laws that disadvantage them?” (STRAUSS, David A. *Is Carolene Products Obsolete?* p. 1266). Kenji Yoshino afirma que: “The gay tipping point might suggest that Justice Stone was correct in his original assessment that ‘discrete and insular minorities’ were more likely to be politically powerless. Opponents of gay rights have long argued that gays are an extremely politically powerful minority, and therefore should not receive the protection of the courts. The temptation here might be to argue that political powerlessness should not be necessary to a finding of heightened scrutiny. But we should not jettison the concept of political powerlessness as a precondition of heightened scrutiny. Instead, we should refine it.” (YOSHINO, Kenji. *The Gay Tipping Point*. *UCLA Law Review*, v. 57, 2010. p. 1542).

⁴⁴ A decisão do caso *Carolene Products* foi incomodamente próxima das Leis de Nuremberg que retiraram dos judeus alemães seus direitos civis. Isso serviu para lembrar os americanos da retirada dos direitos civis dos negros. As consequências de decisões políticas majoritárias eram gritantes. A marginalidade de tais minorias permitiu que judeus e negros fossem alvo da exclusão do corpo político.

A Corte, no caso, deve autorizar os resultados substantivos que seriam obtidos na arena política caso as minorias não tivessem sido histórica ou sistematicamente excluídas dos processos democráticos de deliberação e barganha. Neste ponto, cumpre reconhecer que existem grupos que são “anônimos e difusos” (como os pobres) e que acabam em perpétua desvantagem em uma democracia pluralista.⁴⁵

Ackerman critica a pouca inclusão que o conceito de minoria produz em sua relação com a questão do preconceito. Dois exemplos ilustram a questão. O fato de os homossexuais serem uma minoria relativamente anônima não diminui o preconceito e, de outra sorte, o sexismo continua a ser um problema na realidade das mulheres, uma maioria “difusa e discreta”.⁴⁶

Para Ackerman, a ênfase na questão do preconceito pode abrir outra possibilidade de justificação do controle de constitucionalidade eis que, na hipótese, as Cortes não seriam apenas corretoras do processo democrático, mas, também, “críticas últimas do pluralismo”.⁴⁷ De acordo com tal prisma, os juízes passariam a responder a um dever de proteção das minorias contra o preconceito, com fundamentos substantivos derivados do conjunto de valores albergados na Constituição.

A fértil construção em torno de *Carolene Products* continua presente no pano de fundo de diversos precedentes e decisões da Corte.⁴⁸

⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 724.

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 731.

⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 741.

⁴⁸ A dissidência da Justice Ginsburg na decisão do caso *Fisher v. University of Texas* (2013) é um exemplo disso. Para Ruth Ginsburg, as ações afirmativas são uma forma de os membros da maioria fornecerem uma vantagem para os da minoria ao invés de tratá-los injustamente. O legado de *Carolene Products* adverte que no caso de direitos que afetem minorias a Corte deve usar o “controle estrito” (*strict scrutiny*), a mais rígida das formas de controle de constitucionalidade. Contudo, Ginsburg entendeu que não seria o caso do uso de tal medida pois as ações afirmativas, ao invés de vitimizarem uma minoria, procuram modestamente elevar sua condição social. Em sua decisão anotou que: “Texas’ percentage plan was adopted with

Em *Bush v. Gore*, relatam Balkin e Levinson, a Suprema Corte providenciou um “curto circuito” no processo de representação democrática.⁴⁹ Decidindo um dos processos políticos mais sensíveis do país, ela determinou a interrupção do processo eleitoral que ainda ocorria (recontagem de votos).

Como reflexo da decisão, os Republicanos passaram a ter maioria e controlar os três Poderes por um determinado período. O perigo do caso está no uso da jurisdição constitucional para garantir o domínio de um grupo político sobre os Poderes ou sua permanência no Poder por tempo indeterminado, ainda que sem apoio popular. Para Balkin e Levinson, esta seria a “verdadeira dificuldade contramajoritária”,⁵⁰ e não aquela derivada das mudanças interpretativas que seguem a ascensão e a queda de partidos políticos, influenciando a composição da Suprema Corte.

Não por acaso, a teoria derivada de *Carolene Products* recomenda o uso do nível mais elevado de escrutínio (*strict scrutiny*) contra as medidas legislativas que procuram reforçar os próprios poderes. O caso *Bush v. Gore*, acendeu o alerta para a possibilidade de um ataque advindo não apenas pela via “tradicional” do Legislativo, mas, realizada pelo próprio Judiciário.

racially segregated neighborhoods and schools front and center stage. (...) It is race consciousness, not blindness to race, that drives such plans.” Outra relação que pode ser traçada está na influência de John Hart Ely sobre o Justice Stephen Breyer, como pontuou Cass Sunstein: “Like Ely, Breyer does not rule out the view that courts should take an aggressive role in some areas, above all in order to protect democratic governance.” (SUNSTEIN, Cass. Justice Breyer’s Democratic Pragmatism. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, 2006. p. 1722). Ver: BREYER, Stephen. *Active Liberty*. Vintage: New York, 2006.

⁴⁹ BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the Constitutional Revolution*. p. 1081.

⁵⁰ BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the Constitutional Revolution*. p. 1083. Sobre a dificuldade contramajoritária ver: BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

2.3 – A CORTE ENTRE PERMANÊNCIA E MUDANÇA.

As mudanças que ocorrem nas diferentes configurações da Corte compreender explicam, pelo menos em parte, a direção adotada nos seus julgados. A forma recorrente de questionar variações paradigmáticas está na proposição de considerações a respeito do papel que o Judiciário deve ocupar no quadro da organização dos Poderes e, como consequência, como o controle de constitucionalidade se manifesta nesta ou naquela composição.

Os opositores da jurisdição constitucional expõem argumentos que vão desde o desrespeito aos precedentes como a violação à Constituição e ataques a modalidades interpretativas adotadas. Se a postura ideológica é favorável, defende-se uma posição ativista por parte da Corte. Se a Corte adota direção oposta, argumenta-se em prol da autocontenção e da deferência, diante da ausência de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

Duas das mais importantes objeções ao contemporâneo papel da Suprema Corte nos Estados Unidos, como o minimalismo advogado por Sunstein⁵¹ e a proposta de valorização de manifestações populares, defendida por Mark Tushnet,⁵² se colocam nessa polarização, questionando as mudanças promovidas pela Suprema Corte em suas últimas configurações conservadoras.⁵³

⁵¹ SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⁵² TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

⁵³ BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the Constitutional Revolution*. p. 1084. Sob a Presidência do Justice Roberts, espera-se que a Suprema Corte siga uma pauta mais conservadora, permitindo maior interferência da religião na esfera pública, a maior participação de corporações nos processos eleitorais e a ampliação do espectro que garante o direito de portar armas, previsto na 2ª Emenda. De outra sorte, direitos ligados às ações afirmativas, ao aborto e à defesa de réus criminais tenderiam a ser reduzidos.

De acordo com Levinson e Balkin, a qualidade de uma Corte não será avaliada estritamente por seu respeito aos precedentes, mas também pelo conjunto de princípios substantivos que ela maneja ao articular suas novas doutrinas.⁵⁴ Isso se aplica tanto para a Corte Warren como para a Era Lochner.⁵⁵

Convém, portanto, analisar os princípios constitucionais que a Corte endossa, de maneira explícita ou implícita, em suas decisões. Logo, deve-se não apenas reconhecer que ela ocupa um papel destacado no desenho institucional desta ou daquela formação política, mas sua capacidade de tomar decisões que afetam de maneira decisiva, para melhor ou para pior, a vida da comunidade. Por isso, no Século XXI, de forma mais contundente do que em cenários históricos passados, deve-se cuidar e vigiar o papel da Corte em seus momentos de produção da “alta política”, bem como averiguar como ela confere “vida” para a Constituição, através da afirmação ou negação de princípios constitucionais.⁵⁶

Ainda que as críticas dirigidas ao procedimentalismo sejam bastante relevantes, muitas vezes irresponsáveis mesmo, cumpre reconhecer que a partir de *Carolene Products* foi possível identificar um conjunto de padrões através dos quais cumpriria à Corte decidir, adotando postura mais ativa, em função, inclusive, do manejo de escrutínio mais rigoroso, ou deferente em relação à produção legislativa, diante de escrutí-

⁵⁴ BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the Constitutional Revolution*. p. 1084.

⁵⁵ “Chief Justice Roger Taney’s poor reputation is not based on his embrace or rejection of minimalism, but on his support for slavery. Justice William Brennan’s towering reputation rests not on his treatment of precedents or his embrace of judicial restraint but on the fact that he was on the politically progressive side of most controversies concerning civil liberties and civil equality. Stated more correctly, he was on the right side as judged by subsequent history (at least so far), whereas Taney was not.” (BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the Constitutional Revolution*. p.1084).

⁵⁶ Tais princípios, em sua grande maioria, possuem abrigo tanto no sentido formal como material da Constituição.

nio menos exigente.⁵⁷

A nota de rodapé número 4 fornece uma “direção” para a justificação e funcionamento da jurisdição constitucional e, por isso, entende-se que a decisão em *Carolene Products* ainda possa orientar debates contemporâneos acerca do tema, mesmo em diferentes países.

Ainda que seja imperioso reconhecer a diferença de contextos e práticas, os problemas suscitados pela nota de rodapé são pertinentes em qualquer Estado democrático de Direito.

Essa discussão é relevante, também, para nós, no hemisfério sul, diante dos recentes questionamentos a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal no desenho institucional brasileiro. Quando, afinal, deve o STF ser “ativista” ou “deferente”?

Embora insuficiente, especialmente na circunstância de uma Constituição substantivamente exuberante como a nossa, afirmar que o Supremo Tribunal Federal deve proteger a dissidência política (o próprio direito de oposição política), desbloquear o processo democrático e proteger minorias marginalizadas, em suma, garantir que a democracia continue aberta e inclusiva e fornecer instrumentais para combater eventuais adversidades, não é pouco.⁵⁸

Portanto, se a democracia procedimental e sua justifica-

⁵⁷ Ao que parece, os ataques a certo tipo de ativismo judicial querem que as coisas voltem a um lugar que nunca existiu. Mais relevante do que acusar o outro Poder de adentrar em suas competências seria perceber que existe uma variação ondulante (contingente) entre os espaços legitimados para a tomada de decisão e que, em termos futuros não há como definir um controle rígido sobre quem passará a decidir qual matéria. A preservação da tensão entre o constitucionalismo e a democracia demanda mecanismos institucionais que garantam que um não venha a colonizar o outro por inteiro.

⁵⁸ Para discussões a respeito da importante proposta da democracia deliberativa ver: HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge: The MIT Press, 1998; NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; SHAPIRO, Ian. *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

ção para a realização do controle de constitucionalidade não podem ser abraçadas como um programa definitivo para a jurisdição constitucional, elas fornecem um importante ponto de partida para qualquer discussão acerca do processo e da substância das organizações políticas democráticas.

É sob a influência desse debate que se procura analisar o papel que o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar a partir da redemocratização promovida pela Constituição de 1988.

3 – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONTROLE JURISDICIONAL E NÍVEIS DE INTENSIDADE

3.1 – O NOVO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na tradição americana a dificuldade da diferenciação entre processos e substâncias decorre da natureza da Constituição, assim como do uso de uma linguagem abstrata sobre os direitos fundamentais.⁵⁹ Ademais, é recorrente a demanda pela interpretação de princípios implícitos⁶⁰ e a busca por uma “*Living Constitution*”, diante de um texto constitucional lacu-

⁵⁹ Mesmo com a abolição da escravidão e com a edição das emendas constitucionais XVIII e XIV, a nefasta política do “separados porém iguais” (separated but equal) continuou a ser praticada nos Estados Unidos. A doutrina foi derivada do caso *Plessy v. Ferguson* (1896), o caso tratou como constitucional uma lei do Estado da Louisiana que determinava diferentes vagões de trem para brancos e negros.

⁶⁰ A IX emenda da Constituição dos Estados Unidos faz referência a proteções constitucionais não necessariamente previstas pelo texto da Constituição. Tribe indica a produção de normas substantivas extratextuais: “The idea that the invisible Constitution in fact embodies certain *substantive* principles central to defining both the structure of government and the rights of persons – and that those norms are parts of the Constitution *actually in force* rather than of some merely *possible* Constitution – is likely to be among the most controversial of the propositions put forth in this book”. (TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 79).

noso e antigo.⁶¹

No Brasil, tais problemas não aparecem com a mesma força. Além de a Constituição ter adotado um rol pormenorizado de direitos fundamentais,⁶² entende-se que estes vinculam a todos, produzindo eficácia vertical e horizontal.⁶³ A existência de uma lista detalhada de direitos fundamentais, todavia, não reduz a polêmica em torno da interpretação da Constituição.⁶⁴ Apenas indica que a controvérsia sobre direitos substantivos no Brasil não demanda, na maioria dos casos, apelos a direitos extratextuais.⁶⁵

Cumpra, também, reconhecer que a amplitude dos direitos positivados possibilita a leitura e a defesa de posições substantivas muitas vezes opostas.⁶⁶ Isso decorre das diferenças

⁶¹ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2014.

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 374-375; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁶⁴ “Sabemos hoje, portanto, que as leis gerais e abstratas não eliminam o problema do Direito, aliás, ao contrário do que igualmente puderam acreditar os iluministas com a sua confiança excessiva na razão, elas inauguram o problema do Direito moderno que é precisamente o da aplicação de normas gerais e abstratas a situações sempre particularizadas, determinadas e concretas.” (NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 134).

⁶⁵ Deve-se ressaltar, ainda, que tal possibilidade não é obstada no país, eis que, para além dos direitos fundamentais positivados, outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição podem ser incorporados. Art. 5º §2º - CF.

⁶⁶ “Além disso, é fácil perceber o quão tênue é a passagem da aceitação de ‘direitos grotescos’ para a aceitação de ações sobre cuja inclusão no âmbito de proteção de algum direito fundamental não há consenso. Para ficar em um exemplo simples: festas ao ar livre, em local aberto ao público, estão protegidas pela norma que garante o direito de reunião (art. 5º, XVI)? Para a teoria externa e um modelo de suporte fático amplo a resposta é mais que óbvia: *prima facie* sim, ainda que isso possa ser restringido posteriormente, devido a alguma eventual colisão com outros direitos fundamentais ou interesses coletivos. Para aqueles que sustentam um suporte fático restrito e uma teoria interna a resposta poderá ser *não*, mas poderá ser *sim*. O problema é que, uma vez que se negue, a partir de uma concepção restrita e interna, que

presentes em uma sociedade extremamente heterogênea como a brasileira, segmentada, fragmentada e caracterizada pela interação de distintos *ethos* em uma mesma comunidade política. Cada qual formula suas próprias concepções ideológicas, religiosas, de vida digna, o que acaba por repercutir na ampliação da complexidade social.⁶⁷

A definição do Estado brasileiro, disposta na Constituição de 1988, como um Estado Democrático de Direito, resulta de uma decisão política que buscou evidenciar que a democracia não apenas constituiria um valor fundamental, mas, marca constitutiva da identidade constitucional do país.⁶⁸

Ora, o Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como um Estado de Justiça. Não de qualquer justiça, subjetiva e arbitrariamente orientada, ou idealisticamente deduzida de parâmetros residentes fora ou sobre a Constituição, mas sim de uma justiça historicamente determinada e juridicamente conformada pela própria Constituição. O ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito há de ser apreendido não apenas como aquele formalmente desenhado pela ação dos órgãos legislativos. Trata-se, antes, de apreendê-lo como bloco de ordenação normativa proveniente da ação daqueles

festas ao ar livre são exercício do direito de reunião, essa decisão, por ser definitiva, tem que valer inclusive nos casos em que tais festas não atrapalhem ninguém e tenham algum interesse público.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...* p. 154-155)

⁶⁷ “O problema do Direito moderno, agora claramente visível graças a vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição. O Direito moderno, enquanto conjunto de normas gerais e abstratas, torna a sociedade mais e não menos complexa.” (NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito...* p. 127).

⁶⁸ Conforme o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A Constituição alemã, promulgada em maio de 1949, dispõe no art. 20.1: “A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social”. Na Constituição de 1978, art. 1º, o Constituinte espanhol fixou que a “Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito (...)”. Quanto à Constituição portuguesa de 1976, no art. 2º, preceitua que “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático (...)”.

órgãos, mas dotado de um sentido substantivo determinado.

O conteúdo das emanações normativas do Estado brasileiro encontra-se orientado para produzir uma ordem jurídica justa. Nos termos do Preâmbulo da Carta de 1988, os Constituintes reuniram-se para “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, na ordem interna e internacional (...)”.

Da atenta leitura da Constituição, é possível deduzir uma série de princípios e objetivos indicadores do conteúdo da dinâmica de conformação legislativa. Referido conteúdo se expressa mediante regras ou princípios plasmados na Constituição (democracia, república, legalidade, segurança, justiça social e igualdade, entre outros) que, agrupados em torno dos direitos fundamentais, produzem o núcleo substantivo da ordem jurídica brasileira.

Ora, a reserva de justiça condensada na Constituição vincula todos os órgãos constitucionais.⁶⁹ Embora ela autorize várias leituras (comunitária, republicana e liberal igualitária), repelindo outras (libertária, anárquica, perfeccionista ou comunista), condensa um núcleo substantivo compartilhado pelas mais importantes teorias da justiça. Para além disso, cumpre reconhecer que as diferentes *concepções de justiça*, plurais e substantivas, implicam cosmovisões singulares sobre o que é

⁶⁹ “Após a crítica de Rawls ao utilitarismo e de Habermas ao positivismo jurídico e sociológico, que reduziam a normatividade ou a legitimidade do direito à sua própria força, não mais é possível pensar a Constituição e mais ainda as cláusulas constitucionais intangíveis sem levar em conta o seu conteúdo, suas qualidades intrínsecas. Para que certas cláusulas constitucionais possam ser aceitas como limitadoras do poder de cada geração de alterar suas próprias constituições é necessário que o seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente. O fato de terem sido estabelecidas por um poder constituinte anterior não é suficiente para garantir a sua legitimidade.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como Reserva de Justiça*. *Lua Nova*, n. 42, 1997. p. 78). CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 138-139.

justo para, completando com conteúdo o *conceito* formal, fornecer critérios de escrutínio para a qualificação ou justificação de situações (normativas ou fáticas) como justas ou injustas. Ora, numa sociedade aberta e democrática, “na medida em que sabemos onde residem os desacordos, mais possibilidades haverá de superá-los”.⁷⁰

De qualquer modo, há na reserva de justiça plasmada na Constituição um núcleo duro que aponta para a igualdade, inclusive fática, simultaneamente direito, princípio e objetivo, enquanto critério para o escrutínio das posições sociais. De modo que, a conexão entre justiça e igualdade deve estar presente não apenas no momento da aplicação do direito, mas também no anterior, identificado com a sua construção normativa e institucional. A igualdade, na hipótese, é “um ideal a ser alcançado, e está implícito em toda e qualquer concepção plausível de justiça política”.⁷¹ Nesse caso, a sociedade é justa porque considera os cidadãos iguais. Ora, “isso exige instituições e normas que promovam a igualdade factual, isto é, políticas sociais de igualação ou equiparação”.⁷²

Há, contudo, um conjunto de obstáculos na transposição ou tradução das manifestações sociais produzidas no “mundo da vida” e sua compatibilização com os valores substantivos por parte das instituições políticas democráticas.⁷³ Um deles diz respeito à desconexão entre representantes e representados.⁷⁴

⁷⁰ VELASCO, Marina. *O que é justiça: o justo e o injusto na pesquisa filosófica*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009. p. 55.

⁷¹ VELASCO, Marina. *O que é justiça*. p. 91.

⁷² VELASCO, Marina. *O que é justiça*. p. 91.

⁷³ “Normatively substantive messages can circulate *throughout society* only in the language of law. Without their translation into the complex legal code that is equally open to lifeworld and system, these messages would fall on deaf ears in media-steered spheres of action. Law thus functions as the ‘transformer’ that first guarantees that the socially integrating network of communication stretched across society as a whole holds together.” (HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms...* p. 56).

⁷⁴ Para Paul Hirst, a representação não poderia ser melhor analisada se fosse pergun-

O legislativo ao mesmo tempo em que viu diminuída sua capacidade de produzir consensos (ainda que contingentes) passou a promover uma substituição na sua atuação por um agir estratégico ou “estatístico”. O ideal de democracia representativa continua a ser um pilar fundamental do Estado democrático de Direito, mas se torna insuficiente para lidar com a pluralidade e a complexidade advindas das diferentes identidades sociais dos grupos que compõem o país.

A responsabilidade pela produção de tais consensos passou a ser exercida também, em casos especiais, pelo Judiciário. Neste Poder, os interesses, em sua linguagem ordinária, são recepcionados e transformados em “razões”, encontrando uma linguagem técnica que pode acolhê-los, a qual se mantém aberta para recepcionar tais dados do “mundo da vida”. Além disso, têm-se a garantia processual do contraditório e de uma resposta institucional, formulada, *a priori*, de acordo com o conjunto normativo que regula a vida social.

Entende-se, ademais, que o novo papel que o Judiciário assumiu em sua relação com o Legislativo decorre das seguintes reconfigurações: as Cortes passaram a regular a atividade parlamentar ao impor limites substantivos ao processo legislativo através da realização da fiscalização da constitucionalidade; políticas substantivas passaram a ser derivadas da jurisdição; e o Judiciário passou a interferir na própria atividade política, ao impor restrições ao comportamento de grupos de interesse, partidos políticos e de agentes políticos.⁷⁵

John Ferejohn apresenta duas teses para explicar a judi-

tado quão bem um político representa um grupo de vontades, interesses ou indivíduos, para ele tal questão é irresolúvel: “In fact the critique of ‘representation’ proves one thing, that there is no ‘true’ form of representation of the interests of the represented. All schemes of representation involve some element of substitution, and all such schemes have distinct political effects.” (HIRST, Paul. *Representative Democracy and its Limits*. Cambridge: Polity Press, 1990. p. 12).

⁷⁵ FERREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002. p. 41.

cialização da política.⁷⁶ A primeira diz respeito à *fragmentação* do poder dentro dos Poderes, pois, nas situações em que a capacidade de ação política do Poder é constrangida, as pessoas buscam a resolução de seus conflitos em instituições que podem fornecer uma resposta, motivo que leva o Judiciário a substituir o Legislativo em certas ocasiões. A segunda tese é a da *hipótese dos direitos*, em que as Cortes são observadas como protetoras de valores substantivos importantes contra o potencial abuso político, ou, em outros termos, cumprem a função *contramajoritária* para proteger minorias – nos termos da teoria derivada do caso *Carolene Products*.

Na esfera da jurisdição constitucional tais teses ganham contornos mais salientes. Nas situações em que o Legislativo se recusa a decidir determinada matéria diante de seu potencial custo político, ocorre a transposição da discussão para o Judiciário que não precisa se preocupar com as consequências eleitorais de suas decisões.⁷⁷

A referida transferência do poder pertencente ao Legislativo para outros âmbitos de decisão também ocorre na sua relação com o Executivo, que dispõe de competência para editar Medidas Provisórias. O Constituinte procurou dotar o Executivo de competência para, sem a necessidade de prévia autorização do Congresso e em situações especialmente relevantes e urgentes, editar comando normativo dotado de força de lei⁷⁸

⁷⁶ FERREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law*. p. 55.

⁷⁷ Sob um enfoque tradicional, uma das principais funções do controle de constitucionalidade é o de limitar decisões políticas majoritárias contrárias à Constituição e promover sua retirada do ordenamento jurídico, mesmo nas situações em que a lei é defendida pela maior parte da população. Dentro de tal perspectiva, seria inconsistente com o papel de um judiciário independente a consideração pelas Cortes dos efeitos públicos da decisão no sentido de esta causar comoção nacional ou mobilizações contrárias. Sunstein sugere duas estratégias, a consequencialista e a epistêmica, que qualificam a discussão a respeito dos impactos públicos da decisão da Corte, ver: SUNSTEIN, Cass. *If People Would be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?* *Stanford Law Review*, v. 60, 2007.

⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 44.

que, por seu turno, pode operar como um “teste” provisório da legislação definitiva a ser aprovada pelo Congresso.⁷⁹

A judicialização da política em nossa realidade deve ser tratada, portanto, como um fenômeno histórico, derivado da estrutura institucional desenhada pelo Constituinte que, por sua vez, possibilitou a canalização de demandas reprimidas na sociedade durante a ditadura para o texto constitucional.⁸⁰ Como resultado disso, encontra-se uma grande profusão de regras no texto constitucional brasileiro. Por sua vez, os princípios residem, em sua maioria, nos Títulos I e II, na parte da “reserva de justiça”, que cuida dos direitos fundamentais.⁸¹

Entende-se que modificações no atual estado do fenômeno da judicialização da política não irão ocorrer no Brasil, a não ser que uma profunda reforma constitucional venha a

⁷⁹ “A compreensão do art. 62 da Constituição não pode ser prisioneira da interpretação literal. Apenas uma interpretação sistemática é capaz de revelar o sentido do dispositivo constitucional. Por esta razão, uma vez adotada, a medida provisória (lei ou ato legislativo) deve ser submetida, imediatamente, ao Congresso Nacional, para conversão em lei formal. Está-se referindo, então, à conversão de lei precária em lei permanente derivada do processo público inerente à elaboração da lei formal. Nada mais do que isso: uma espécie de lei (a medida provisória: ato provisório) é convertida em outra espécie de lei (a lei formal, no caso, lei ordinária: ato permanente).” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias...* p. 76-77).

⁸⁰ “A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (...) A segunda causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. (...) A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista de direito do estado*, n. 13, jan./mar. 2009. p. 73-74).

⁸¹ Um exemplo disso encontra-se na possível dicotomia que pode ser extraída do texto constitucional, tanto no sentido de perspectivas filosóficas heterônomas como outras que procurem garantir amplíssima autonomia para os indivíduos. Tais perspectivas filosóficas colidem em situações que envolvam casos difíceis (ou decisões trágicas).

redefinir a identidade constitucional vigente no país.⁸²

Se até o advento da Constituição Federal de 1988 a via mais comum de manifestação do controle de constitucionalidade brasileiro era a difusa, a partir de então se destacou a fiscalização abstrata. Isso pela previsão de novas ações que desencadeiam a fiscalização em tese, pelo aumento do rol de legitimados ativos e pela previsão de mecanismos que potencializam o controle abstrato.

O significativo número de ações diretas que tramitam no STF reflete não só o incremento do controle abstrato, mas também da própria jurisdição constitucional brasileira.⁸³ Com a Constituição de 1988, fez-se valer a tese da força normativa das disposições constitucionais, o que acarretou maior atuação da jurisdição constitucional.

Deve-se ressaltar que o Judiciário brasileiro não encontra modelo correspondente no âmbito internacional, isso porque a Constituição de 1988, como nenhuma outra, conferiu-lhe um papel singular. O Constituinte, diante de um passado de ausência de enraizamento das Constituições, procurou conferir ao Judiciário um padrão de atuação capaz de auxiliar de maneira poderosa no processo de efetividade da Constituição.

Mas se, por um lado e em um primeiro momento, a tônica do constitucionalismo brasileiro foi a efetividade das normas constitucionais, aprendida essa lição, chega-se ao momento de pontuar as tensões que o crescimento da atividade judicial encerra com os postulados democráticos. Não se trata de de-

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 244.

⁸³ Não só ocorreu o incremento da fiscalização abstrata, mas também se observa uma “abstrativização” do controle concreto. Nesse sentido, o Supremo já aplicou a técnica da modulação de efeitos (natural do controle abstrato) em sede de controle incidental (RE-AgR n. 516.296, Rel Min. Joaquim Barbosa, j. 10.04.2007); conferiu efeitos gerais à decisão proferida no Mandado de injunção n. 670 (MI n. 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, *Informativo STF 485*), instrumento que desencadeia uma fiscalização incidental da constitucionalidade.

fender uma postura deferente da jurisdição constitucional em todos os momentos, mas sim considerar que a sua atuação pode ser problemática em um ambiente marcado pelo compromisso democrático.⁸⁴

Por isso, a jurisdição constitucional no Brasil precisa buscar um difícil equilíbrio no que diz respeito à separação de poderes e à necessidade do Supremo Tribunal Federal fazer cumprir a Constituição.⁸⁵ Esta, conforme já anotado, ostenta natureza expansiva, o que implica aumento do âmbito de atuação do “guardião constitucional”.⁸⁶

Há muitas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em casos difíceis.⁸⁷ Elas, porém, não compõem a maio-

⁸⁴ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 395-396.

⁸⁵ Para Conrado Mendes: “Na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico. (...) A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade.” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211-212).

⁸⁶ A crítica normativa ao papel de “guardião” do STF não modifica sua função estrutural, porém, é relevante por apontar para outras formas de interação institucional e procurar superar a traiçoeira questão da “última palavra”: “O tipo deliberativo de interação é o ideal que permeia, portanto, esse exercício. Dá uma justificativa condicionada para o papel do STF, mas, ao mesmo tempo, tira-o do pedestal de ‘guardião’. (...) Mas não recusa, ao mesmo tempo, a legitimidade de o STF praticar um acentuado ativismo em certas circunstâncias. Isso está em sintonia com a concepção de separação de poderes delineada no capítulo anterior, segundo a qual não há (e nem pode haver) receitas abstratas e prefixadas que esgotem a definição das funções.” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* p. 214).

⁸⁷ Dworkin explica que: “(...) mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 127).

ria de suas decisões. Ademais, o *modus* adotado pela Corte para solucionar questões polêmicas nem sempre supõe adoção de orientação ativista.

O ativismo, presente em decisões expansivas que cruzam os limites traçados previamente para a atuação do Judiciário, se manifesta, muitas vezes, em situações de déficit de atuação dos demais Poderes, especialmente para a proteção de grupos minoritários ou vulneráveis.⁸⁸ Contudo, em diversas oportunidades, o STF decidiu de maneira diversa, optando pela *deferência* diante dos outros Poderes, mesmo em situações que envolviam casos difíceis.⁸⁹

⁸⁸ Para Barroso: “A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática...* p. 75). O autor afirmou ter abandonado o uso do termo “ativismo judicial”, devido à sua vinculação estritamente negativa, por ter se tornado artifício retórico depreciativo. BARROSO, Luís Roberto. *Não tenho nenhum orgulho do volume de processos que o Supremo julga. Os Constitucionalistas*, 23.02.2015. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/entrevista-luis-roberto-barroso-nao-tenho-nenhum-orgulho-do-volume-de-processos-que-o-supremo-julga>> Acesso em 02.03.2015. Entende-se que, apesar do baixo rigor semântico a que o conceito acaba por ser submetido em certas ocasiões, o mesmo não perdeu seu potencial explicativo descritivo. Anota Carlos Campos que: “Embora incontestável do ponto de vista descritivo, o ativismo judicial não é uma unanimidade sob a perspectiva normativa. A ascensão política de juízes e cortes sempre foi alvo de muitas críticas. A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular. Fala-se em mutação do ‘Estado legislativo parlamentar em um Estado Jurisdicional governado pelo Tribunal Constitucional’ e que ‘esse Tribunal torna-se, em sentido peculiar, o soberano da constituição’ em clara violação ao princípio da separação de poderes.” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Fomense, 2014. p. 35).

⁸⁹ Três casos emblemáticos podem ser citados para ilustrar o argumento. 1) No caso da demarcação de terras indígenas, conhecido como Raposa Serra do Sol (PET 3388

Do passado quase silencioso imposto ao Judiciário, passou-se para um paradigma da necessária interação com os outros Poderes, em certos momentos, no sentido da cooperação, em certas ocasiões, como freio, ou mesmo como protagonista de uma tensão produtiva.⁹⁰

No Brasil, faz-se possível notar a aproximação paulatina entre o modelo americano, em que se privilegia o controle

– RR, Rel. Carlos Brito, j. 19.03.2009, *DJE* 25.09.2009), tem-se na Constituição definido em regra a propósito do domínio de tais áreas pelas populações indígenas e por populações tradicionais, como os quilombolas. A regra já vinha sendo manejada pelo Executivo no sentido de sua concretização, com a competência do Presidente da República para definir a demarcação da área – seria possível a transferência de tal poder para o Legislativo, caso ela viesse a ser regulamentada em lei. No momento da decisão pelo STF de tal questão, a Corte, em termos gerais, não foi ativista – excepcionados os dispositivos estipulados pelo Min. Menezes Direito que tiveram de ser julgados novamente pelo próprio STF. No julgamento dos Embargos de Declaração do caso em 2013 (PET 3388 ED – RR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 23.10.2013, *DJE* 04.02.2014), o relator, Min. Roberto Barroso, afastou o caráter vinculante das condicionantes e explicou que as diretrizes não poderão ser objeto de questionamento em outros processos. Prestou-se, portanto, deferência ao Executivo, que dispõe de melhores meios técnicos para conhecer a matéria, como, por exemplo, a realização de estudos antropológicos. 2) A Lei da Biossegurança (11.105/2005), seguiu um processo legislativo permeado por grandes discussões promovidas pelo próprio Legislativo, próximas ao desejável para qualquer matéria que venha a ser submetida ao apreço do legislador. A decisão do STF (ADI 3510, Rel. Min. Carlos Brito, j. 29.05.2008, *DJE* 28.05.2010), também auxiliada pela participação popular via audiências públicas, prestou deferência ao processo legislativo ao reconhecer a constitucionalidade da lei. 3) No caso da união estável de pessoas do mesmo sexo (ADPF 132, Rel. Min. Carlos Brito, j. 05.05.2011, *DJE* 14.10.2011), pode-se dizer que o STF assumiu uma postura mais ativista ao utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição, contudo, esta foi feita dentro da lógica de proteção de grupos minoritários, uma das razões que justificam a própria jurisdição constitucional.

⁹⁰ “Um desenho institucional consiste na alocação de faculdades de estatuir e da faculdades de vetar em diferentes agentes. Entre vetos e estatuições, desenha-se um processo decisório, distribuem-se poderes, moldam-se incentivos institucionais, criam-se canais saudáveis de interlocução. Numa sucessão de testes, uma decisão coletiva finalmente é tomada. (...) O controle de constitucionalidade seria uma veto a mais na intrincada rede das faculdades de vetar e estatuir que compõe a engenharia da separação de poderes.” (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 132).

difuso de constitucionalidade,⁹¹ e o modelo europeu,⁹² no qual há a ênfase no controle concentrado de constitucionalidade e uma Corte Constitucional responsável pela jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal, contemporaneamente, apesar de manifestações favoráveis nesse sentido, ainda não assumiu o papel de uma verdadeira instância limitada à “guarda da Constituição”, ou de Corte Constitucional.⁹³

Há, ainda, a convergência entre as formas de controle difuso-incidental e concentrado-principal. Afinal, ambos se orientam no sentido da proteção de direitos substantivos referenciados nos direitos fundamentais dispostos na Constituição. Por isso, pode-se afirmar que o controle abstrato não está limitado à defesa da ordem constitucional objetiva.⁹⁴

Não há dúvidas, portanto, do fortalecimento gradual do Judiciário e em especial do Supremo Tribunal Federal, após a estabilização democrática do Brasil. Tal constatação não procura desviar a atenção para o aspecto eminentemente agonista, adversarial que caracteriza a democracia.⁹⁵ Pelo contrário, com a estabilização e a constância de certo conjunto de processos elementares a garantir a democracia durante as duas últimas décadas, manifestou-se o aprofundamento das discussões polí-

⁹¹ *Marbury v. Madison* (1803).

⁹² KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 413.

⁹⁴ “As três dimensões anteriormente analisadas – juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentais – indiciam já que o princípio do estado de direito é informado por duas idéias ordenadoras: (1) idéia de ordenação subjectiva, garantindo um status jurídico aos indivíduos essencialmente ancorado nos direitos fundamentais; (2) ideia de ordenação objectiva, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objectivamente estruturante o princípio da divisão de poderes. Essas duas dimensões não se divorciam uma da outra, mas o acento tônico caberá agora à ordenação funcional objectiva do Estado de direito.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250).

⁹⁵ Chantal Mouffe lembra que a democracia é algo frágil que ela precisa ser defendida constantemente: MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999.

ticas e a inclusão de novos problemas para deliberação na arena pública. Contudo, mesmo diante da aposta constitucional na democracia representativa e no protagonismo do Legislativo, a inércia deste em certas ocasiões acaba por deixar espaços de poder “vazios” que são preenchidos pelo Judiciário, tanto que algumas justificativas do ativismo judicial são tecidas em torno das omissões dos demais Poderes.⁹⁶

Sendo certo que o ativismo do Supremo Tribunal Federal não deve ser confundido com o de todo o Judiciário, as razões apresentadas para embasar uma postura menos deferente por parte da Corte são, em geral, as seguintes: i) a Constituição é uma Ordem Fundamental “guardiã” de princípios substantivos e não apenas uma “Lei Quadro”⁹⁷; ii) a defesa de direitos fundamentais e dos princípios fundamentais que estão na base de nossa comunidade política é tarefa do Judiciário;⁹⁸ iii) tal tarefa reclama, muitas vezes, o uso de novas técnicas de deci-

⁹⁶ Sobre o ativismo Carlos Campos pontua acerca de sua multidimensionalidade: “Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc.” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. p. 163).

⁹⁷ Lei cujas disposições genéricas orientam a aplicação das normas de um determinado ordenamento jurídico. Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 785-786.

⁹⁸ Nesse sentido, Dworkin enfatiza a importância de argumentos de princípio ao invés de argumentos políticos no exercício da jurisdição constitucional: “Se queremos a revisão judicial – se não queremos anula *Marbury* contra *Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal Federal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101).

são para fazer face à complexidade social nacional e promover sentidos de justiça constitucional; iv) o ativismo da Corte é subsidiário, aparecendo apenas nas circunstâncias de inércia dos demais Poderes.

O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser explicado, também, em decorrência de outros fatores. O efeito vinculante de suas decisões,⁹⁹ a repercussão geral no recurso extraordinário¹⁰⁰ e a possibilidade de edição de súmulas vinculantes¹⁰¹ são mecanismos que foram acompanhados por novas técnicas de decisão como a interpretação conforme, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto,¹⁰² o apelo

⁹⁹ RCL 2189 MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.02.2003, DJU 07.02.2003. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 195.

¹⁰⁰ Art. 102, – CF: “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. A repercussão geral foi regulamentada pela Lei 11.418 de 19.12.2006. O STF, por sua vez, editou a Emenda Regimental n. 21, de 30.04.2007.

¹⁰¹ “É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A)” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1040).

¹⁰² “Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. (...) Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirm*a uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação ‘corretiva’, que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 301).

ao legislador,¹⁰³ a maior atenção ao instituto da reclamação,¹⁰⁴ e propostas polêmicas como a vinculação à *ratio decidendi* e a transcendência dos motivos determinantes das decisões.¹⁰⁵ Tudo isso levou a uma revisão do próprio papel que o Supremo Tribunal Federal exercia na jurisdição constitucional, com a releitura e potencialização dos institutos processuais dispostos originariamente pelo Constituinte.

Qual seria, afinal, o papel do Supremo Tribunal Federal dentro do desenho institucional estabelecido pelo Constituinte em um projeto original, em uma forma inicial, e inevitavelmente modificado e adaptado ao longo dos anos? A Corte seria um espaço deliberativo revisional, de reexame de leis que se supõem já terem sido objeto de discussões no Parlamento? O seu papel seria o de apresentar remédios fortes ou fracos diante de

¹⁰³ “O constituinte de 1988 criou dois instrumentos para lidar com as omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Atendeu, assim, a um reclamo generalizado da sociedade e da doutrina em busca de maior efetividade para as normas constitucionais, enfrentando uma das principais disfunções históricas do constitucionalismo brasileiro.” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153-154).

¹⁰⁴ “A jurisprudência do Supremo Tribunal, no tocante à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas, deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental no Rcl. 1.880, em 23-5-2002, quando a Corte restou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional...* p. 1456).

¹⁰⁵ “Em sucessivas decisões, Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando *transcendência dos motivos determinantes*. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...* p. 230).

eventuais violações à Lei Fundamental?¹⁰⁶ Pois, não apenas o STF precisa se questionar constantemente sobre o seu papel – quais motivações justificam a realização do controle de constitucionalidade – mas, também, sobre a intensidade do controle a realizar.

Entende-se, diante de tais problemas, que ao Supremo Tribunal Federal não caberia nem a adoção do ativismo, nem uma postura que abrace apenas a deferência como orientação. A insuficiência de tais modelos, para além do pêndulo político que pode existir dentro da configuração ideológica da Corte, foi constatada nos diferentes arranjos aos quais a Suprema Corte americana foi submetida.

O ativismo pode ser, em determinada conjuntura histórica, uma peça fundamental para promover direitos civis, mas, o mesmo discurso pode ser também manejado para a desconstrução de conquistas alcançadas duramente por uma geração. A defesa do enfraquecimento do papel da Corte aparenta ser uma medida radical de um contexto que nos é estranho. A postura, hoje, decorre da longa duração de uma Corte conservadora nos Estados Unidos que vai moldando, através de suas sucessivas decisões, aspectos determinantes da comunidade política americana.

Tal realidade, que encontra nos últimos tempos os progressistas defendendo outros lugares de produção jurídica para

¹⁰⁶ “In a conversationalist theory of judicial review, for example, the role of courts is simply to deliberate, not to decide, so that weak remedies, because they entail less sacrifice of judicial efficacy, will almost always be preferred over weak rights. On the other hand, in a democratic minimalist understanding, a key part of the court’s role is to resolve concrete controversies without resort to the kind of broad or deep judicial reasoning that can destabilize constitutional order, so that weak rights will almost always be preferred to weak remedies. Similarly, in a departmentalism understanding, the courts’ role is simply to decide the particular concrete controversy; judicial opinions are not afforded any presumptive respect in the broader political process and, thus, nothing is lost when courts adopt a weak rights, as opposed to weak remedies, approach.” (DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*. v. 5, 2007. p. 411).

além da Corte, acaba por operar o retorno do problema sem fim que o controle de constitucionalidade apresenta. Diante da dificuldade contramajoritária¹⁰⁷ é mais produtivo defender apenas uma das várias formas de democracia e abandonar o constitucionalismo ou, alternativamente, enfrentar a tensão entre ambos e a necessidade de um compromisso?

Uma versão sofisticada do argumento em defesa do controle de constitucionalidade deve assinalar que os pré-requisitos ideais do processo democrático possuem *valor epistêmico*.¹⁰⁸ A teoria epistêmica da democracia defendida por Carlos Santiago Nino, ao mesmo tempo em que questiona o uso do controle de constitucionalidade, apresenta três exceções. Nesse sentido, em determinados momentos, a fiscalização da constitucionalidade das decisões do parlamento se justificaria para garantir que elas sejam confiáveis ou eficazes.

A primeira exceção trata do controle do procedimento democrático. O procedimento democrático é o resultado de um conjunto (anterior) de regras e estas devem estar norteadas para a *maximização epistêmica* do processo político.¹⁰⁹ O problema de fundo está na questão de entregar para a democracia a responsabilidade pela determinação da própria democracia. Por isso, a proposta de democracia procedimental é relevante, por levar em consideração a importância das condições das discussões e das decisões democráticas.

A segunda exceção trata da proteção da autonomia pessoal. O controle de constitucionalidade faz sentido contra políticas que procurem impor ideais perfeccionistas aos indivíduos ou ideais pessoais sobre toda a comunidade política. Para Nino,

¹⁰⁷ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch...* p. 16.

¹⁰⁸ “Una teoría alternativa para establecer una conexión apropiada entre el valor de la democracia y el control judicial de constitucionalidad sería argumentar que el primero requiere de ciertas precondiciones. Cuando los jueces interpretan la constitución y ésta prevalece por sobre la legislación ordinaria, están en realidad protegiendo esas precondiciones.” (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. p. 272).

¹⁰⁹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. p. 273.

a razão para não seguir os mandamentos de uma legislação perfeccionista é que seu fundamento real se pauta em um ideal de excelência humana.¹¹⁰ Por isso, em tais situações, entende-se que os juízes podem interferir na legislação e afastar normas que visem impor um comportamento de excelência a todos os indivíduos e, como consequência, restringir seu campo de escolhas éticas.

Porém, as normas podem ser submetidas a um teste, se elas buscam um ideal de excelência humana elas podem ser objeto de fiscalização constitucional, se elas refletem a adoção de um *standard* moral intersubjetivo, elas são compatíveis com os processos políticos regulares e devem, em princípio, ser adotadas e corrigidas na arena política.

A terceira exceção sugerida por Nino se volta para a questão da eficácia e da preservação das práticas sociais fundadas na Constituição. O exercício da fiscalização da constitucionalidade é justificado nos casos em que se têm como objetivo a proteção da convenção constitucional que garante a eficácia das próprias decisões democráticas.¹¹¹ Busca-se preservar a *possibilidade real* de efetivação de dimensões ideais de uma determinada Constituição. Mesmo no caso de uma lei que cumpre os requisitos necessários da deliberação parlamentar, tal dispositivo pode se irradiar para obstar outras práticas democráticas. Em tais situações o controle de constitucionalidade poderia ser justificado, ainda que não exista uma “fórmula” que consiga estabelecer com precisão a ocorrência de tais casos.¹¹²

Em nossa realidade, não é possível – diante do papel atribuído para o STF pela Constituição –, e nem seria desejá-

¹¹⁰ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. p. 279.

¹¹¹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. p. 281.

¹¹² “Es, en última instancia, una cuestión de juicio si está justificado limitar el funcionamiento de la democracia, no para promover directamente la democracia como en el primer caso de control judicial de constitucionalidad, sino para preservar una práctica que le otorga eficacia a las decisiones democráticas.” (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. p. 282).

vel, uma pura deferência do Judiciário diante dos outros Poderes. Tal disposição reduziria o Judiciário a um papel formal e simbólico no *design* institucional do Brasil.

3.2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E NÍVEIS DE INTENSIDADE

Em certas situações, a funcionalidade do controle de constitucionalidade identifica-se com a garantia da regularidade dos processos democráticos, substanciando, inclusive, um turno deliberativo adicional sobre eventual matéria em questionamento, o que implica qualificação do debate majoritário. Contudo, mesmo entre nós, ele não seria compatível com um modelo de justificação ativista que acreditasse que, em todos os casos, um grupo de juízes não eleitos possa decidir, de modo solipsista, a vida de toda a população.

O princípio da *presunção da constitucionalidade* se torna, por conseguinte, um guia fundamental para a atuação das Cortes. Derivado da separação dos poderes opera como limitador dos arroubos ativistas, como explica Barroso: “(...) não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma; b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder; c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição”.¹¹³

Nos Estados Unidos, adota-se, no exercício da jurisdição constitucional, o “teste de três níveis” (*three tier test*) para a aferição do grau de legitimidade do texto legislativo impug-

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...* p. 300. No mesmo sentido ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 458.

nado. A decisão a respeito de qual tipo de escrutínio será submetida a legislação costuma ser respaldada nos precedentes da Corte. Na circunstância, envolvendo o caso violação a um direito fundamental, mais rigoroso será o controle, ou seja, quanto mais importante o direito, mais ativa será a atuação por parte da Corte em sua tutela.

O mais básico dos testes é o da racionalidade (*rational basis review*) ou escrutínio mínimo (*minimum scrutiny*). Qualquer lei submetida ao controle de constitucionalidade passa por esse teste, independentemente de qual conteúdo ela verse. Trata-se de um juízo bastante elementar, no qual a demanda argumentativa no sentido da justificação da constitucionalidade da lei é baixa. O teste é superado com a simples demonstração de que a lei constitui um meio racional e razoável para a persecução de um determinado fim legítimo. Caracteriza-se, portanto, como um escrutínio que privilegia a deferência por parte da Corte em relação à legislação produzida pelo Congresso. Os exemplos mais recorrentes envolvem casos cuidando de matéria econômica.¹¹⁴

O segundo nível de escrutínio é o intermediário (*intermediate scrutiny*). Caracteriza-se por demandar que o governo prove que a lei questionada trata de um interesse importante e, mais, que existe uma relação *substantiva* entre tal interesse e a

¹¹⁴ Atribui-se a James Thayer uma das defesas mais radicais no sentido da deferência do Judiciário: THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1893. Sobre a relação entre Thayer e o escrutínio mínimo, ver: FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *University of California Law Review*, v. 54, 2007. Outro exemplo histórico relevante está na dissidência de Holmes em *Lochner v. New York* (1905): “[A] Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views (...) I think that the word ‘liberty’, in the 14th Amendment, is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles (...)”. Sobre a relação entre Holmes e Thayer ver: POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, v. 100, 2012. p. 526.

prescrição legal.¹¹⁵ Com fulcro na cláusula da “igual proteção” (14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos), verifica-se, por meio de tal teste, de maneira mais rigorosa, a constitucionalidade de leis envolvendo discriminação de gênero e casos de restrição à liberdade de expressão.¹¹⁶ Realiza-se, com este tipo de escrutínio, o teste das classificações “quase-suspeitas”.

Em seu último nível, o controle de constitucionalidade supõe escrutínio estrito (*strict scrutiny*), a gradação mais elevada sendo manejada pela Corte em casos bastante precisos, em especial quando o legislador adota classificações suspeitas – tais como restrições no direito ao voto e nos direitos de não discriminação¹¹⁷ –, mas também quando adota classificações que onerem direitos fundamentais, como nas garantias previstas na 4ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos,¹¹⁸ ou no acesso aos tribunais.¹¹⁹

¹¹⁵ Em *Craig v. Boren* (1976) o Justice Brennan afirmou que: “To withstand constitutional challenge, previous cases establish that classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”. Deriva-se desse caso a criação do segundo nível de escrutínio.

¹¹⁶ No caso *Clark v. Jeter* (1988), a Justice O’Connor estabeleceu que: “Between [the] extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy. To withstand intermediate scrutiny, a statutory classification must be substantially related to an important governmental objective”. A lei da Pensilvânia que determinava que a uma “criança ilegítima” deveria provar a paternidade antes de buscar ajuda de seu pai e que o prazo para tanto era até os seis anos foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

¹¹⁷ No caso *Grutter v. Bollinger* a Justice O’Connor observou que: “We have held that all racial classifications imposed by government ‘must be analyzed by a reviewing court under strict scrutiny.’ (...) We have never held that the only governmental use of race that can survive strict scrutiny is remedying past discrimination. Nor, since *Bakke*, have we directly addressed the use of race in the context of public higher education. Today, we hold that the Law School has a compelling interest in attaining a diverse student body. (...) We [also] find that the Law School’s admissions program bears the hallmarks of a narrowly tailored plan.” *Grutter v. Bollinger* (2003).

¹¹⁸ Que protege os indivíduos de buscas, sem fundamentação, em sua propriedade e seus documentos e demanda a necessidade de uma causa provável (*probable cause*) para a realização de buscas e apreensões.

¹¹⁹ MORO, Sergio Fernando. *Legislação suspeita? Afastamento da presunção de*

O escrutínio estrito exige a demonstração, pela autoridade, de que a classificação adotada pelo ato impugnado satisfaça três requisitos para ter sua legitimidade reconhecida pela Corte:¹²⁰ i) ela deve refletir um interesse *imperioso* (*compelling*); ii) deve ser estabelecida *sob medida* (*narrowly tailored*) para atingir o interesse; iii) e deve ser o meio *menos restritivo* (*least restrictive means*) necessário para atingir tal finalidade.¹²¹

Ainda que a Corte não tenha definido de maneira mais precisa qual o conceito de um interesse governamental *imperioso*, entende-se que diz respeito a algo necessário, crucial, em sentido inverso de algo que pode ser escolhido com maior discricionariedade por seus agentes políticos.

Se a política desenvolvida pelo governo não for produzida *sob medida* para atingir seu objetivo, transbordando os limites do interesse público, a norma não pode ser considerada adequada.¹²²

constitucionalidade da lei. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

¹²⁰ “(...) extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional...* p. 459).

¹²¹ Uma comparação entre os níveis de escrutínio e a proporcionalidade foi feita da seguinte maneira: “The first stage of PA mandates inquiry into the ‘suitability’ of the measure under review. The government must demonstrate that the relationship between the *means chosen* and the *ends pursued* is rational and appropriate, given a stated policy purpose. This mode of scrutiny is broadly akin to what Americans call ‘rational basis’ review, although under PA, the appraisal of government motives and choice of means is more searching. In most systems, few laws are struck down at this stage. The second step – ‘necessity’ – embodies what Americans know as a ‘narrow tailoring’ requirement. At the core of necessity analysis is a least restrictive-means (LRM) test, through which the judge ensures that the measure at issue does not curtail the right more than is necessary for the government to achieve its goals. (...) The third step – balancing *stricto sensu* – is also known as ‘proportionality in the narrow sense’. In the balancing phase, the judge weighs, in light of the facts, the benefits of the act (already found to have been narrowly tailored) against the costs incurred by infringement of the right, in order to decide which side shall prevail.” (MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal*, v. 60, 2011. p. 106-107).

¹²² Ver *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (1995): “The decision here makes explicit that federal racial classifications, like those of a State, must serve a compelling

Além disso, a lei ou a política deve adotar os meios menos restritivos na persecução do interesse. Ainda que tal avaliação possa ser realizada em conjunto com a anterior, a Suprema Corte acaba por efetivar uma análise separada de cada um dos aspectos relacionados à constitucionalidade da lei.

A demanda por um escrutínio mais exigente (*more exacting judicial scrutiny*), foi derivada da Nota de Rodapé n. 4 de *Carolene Products*, e de seu projeto de justificação do controle de constitucionalidade no sentido do desenvolvimento de um *standard* elevado para a fiscalização, o qual complementaria o controle baseado na racionalidade (*rational basis*), nos casos de direitos que demandassem atenção especial.

Compreende-se que o escrutínio estrito foi criado não como um mecanismo para afastar a constitucionalidade de qualquer lei, mas como instrumento que procurou combinar elementos doutrinários de diferentes tempos para controlar leis em defesa de direitos.¹²³ O uso expresso do termo aconteceu em um caso posterior, em *Skinner v. Oklahoma* (1942).¹²⁴

governmental interest, and must be narrowly tailored to further that interest. Thus, to the extent that Fullilove held federal racial classifications to be subject to a less rigorous standard, it is no longer controlling. Requiring strict scrutiny is the best way to ensure that courts will consistently give racial classifications a detailed examination, as to both ends and means. It is not true that strict scrutiny is strict in theory, but fatal in fact⁷.

¹²³ MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? p. 130-131. Deve-se lembrar que o caso *Carolene Products* foi menos uma introdução de um nível de escrutínio mais rigoroso e mais uma mudança do foco – no sentido da deferência – do controle de constitucionalidade. (WINKLER, Adam. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. *Vanderbilt Law Review*, v. 59, 2006. p. 799). Para Tribe, em *Carolene Products* a Suprema Corte declarou que manteria regulações na esfera socioeconômica se qualquer conjunto de fatos conhecidos, ou que pudessem ser inferidos, suportassem a decisão política. Tal controle limitado acabou por se tornar quase que em uma abdicação judicial completa. A Corte passou a usar fatos e razões hipotéticas para manter leis sobre economia e saúde ou mesmo, em certos casos, sem qualquer razão substantiva. TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 1362.

¹²⁴ A Suprema Corte decidiu que a lei de Oklahoma que previa a possibilidade da esterilização de criminosos após a terceira condenação configurava uma ofensa a um

A Suprema Corte americana, porém, nem sempre soube manejar de maneira adequada esse conjunto de instrumentais. O caso *Korematsu v. United States* (1944) é um exemplo de que mesmo diante de um escrutínio rígido,¹²⁵ a Corte pode falhar, adotando uma postura deferente equivocada ao confirmar a constitucionalidade de uma Ordem Executiva que determinou a prisão de nipo-americanos em campos de internamento durante a Segunda Guerra Mundial, independentemente de possuírem ou não cidadania americana.¹²⁶

Não obstante, mesmo com o risco de emergência de juízo falho, defende-se o manejo de *standards* que possam orientar o exercício da fiscalização da constitucionalidade, o que não exclui, ao contrário exige, a apreciação simultânea de outros dados decorrentes da conjuntura política, do diagnóstico do momento histórico, da densidade deliberativa à qual a matéria foi exposta, considerados também os precedentes e a coerência do romance em cadeia.¹²⁷

importante direito fundamental, o direito à reprodução. Além disso, a não previsão da esterilização para crimes de colarinho branco violava a Cláusula de Igual Proteção da 14ª Emenda Constitucional: “He is forever deprived of a basic liberty. We mention these matters not to reexamine the scope of the police power of the States. We advert to them merely in emphasis of our view that strict scrutiny of the classification which a State makes in a sterilization law is essential, lest unwillingly or otherwise invidious discriminations are made against groups or types of individuals in violation of the constitutional guaranty of just and equal laws”.

¹²⁵ “It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can”.

¹²⁶ “The story of Japanese Americans and strict scrutiny begins with *Hirabayashi v. United States* and *Korematsu v. United States*. In these cases, the Court justified its upholding of race-based restrictions on American citizens of Japanese ancestry on the grounds of the exceptional demands of wartime military necessity.” (ROBINSON, Greg; ROBINSON, Toni. *Korematsu and beyond: Japanese Americans and the origins of strict scrutiny. Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, p. 30).

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Também podem ser utilizados os seguintes critérios: “(1) O primeiro aspecto a ser considerado é o grau de legitimidade democrática do ato normativo. (...) (2) A democracia também deve calibrar a

Os *standards*, aproveitada a ideia dos níveis distintos de escrutínio, são úteis para a discussão sobre os parâmetros para o controle de constitucionalidade no Brasil. Não visam, por isso, afastar outras formulações análogas que possam refinar as considerações apresentadas. Por outro lado, poderiam pensar alguns que uma dogmática constitucional emancipatória implica prática em descompasso com as exigências democráticas porque instrumentalizadora de um suposto ativismo judicial. Nada mais falso. É verdade que esta dogmática preocupa-se com a realização dos comandos constitucionais, em particular aqueles tratando dos direitos fundamentais. E nesse passo, acredita no importante papel a ser desenvolvido pelo Judiciário brasileiro, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional. Nem por isso propõe um papel para o juiz que esteja além daquele desenhado pela arquitetura da organização dos poderes da Constituição ou que implique indevida compressão do campo de escolhas legítimas do legislador a partir de um processo aberto de deliberação com repercussão na arena pública.¹²⁸

O Judiciário ocupado com as promessas constitucionais não será nem ativista, nem deferente, com as escolhas do legislador. Operará, conforme o caso, mas sempre a partir de bases racionais com sustentação na Lei Fundamental, ora um controle mais forte, ora um controle mais débil do ato (omissivo ou comissivo) impugnado. Transitará entre a auto-contenção, prestando deferência à escolha do legislador, e o controle mais for-

autocontenção judicial num sentido inverso. (...) (3) Critério igualmente importante se relaciona à proteção de minorias estigmatizadas. (...) (4) Outro critério diz respeito à relevância material do direito fundamental em jogo. (...) (5) Outro importante elemento a ser considerado é a comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. (...) (6) Finalmente, outro elemento a ser considerado é a época de edição do ato normativo.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional...* p. 460-463).

¹²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

te (ativismo) para a proteção desta ou daquela situação.¹²⁹

Em qualquer caso, porém, deverá adotar postura vigilante a respeito dos postulados da democracia (que implicam autogoverno e definição de escolhas prioritariamente através do processo público de deliberação). Há momentos, como aqueles que envolvem a defesa de minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de um controle forte do Judiciário.

Há outros, ao contrário, desafiantes, *prima facie*, de uma postura de auto-contenção, de deferência para com a decisão do legislador. São necessários argumentos muito robustos para justificar, em casos assim, uma ação distinta do órgão judicial. Cite-se, por exemplo, as questões difíceis que supõem interpretação de cláusulas constitucionais (abertas) autorizadas de concepções distintas e razoáveis num ambiente de pluralismo moral.

Nesses casos, em princípio, a escolha do legislador, tomada a partir de um processo público de deliberação, não deve ser substituída pela do juiz. Aqui, sim, ocorre a substituição, manifestar-se-ia hipótese eventualmente contrastante com a experiência democrática.

Não se trata, para o juiz, portanto, de agir contra a democracia, mas, antes, para a democracia. Quer-se uma sociedade de livres e iguais, não uma sociedade inadequadamente paternalista, onde o juiz possa agir como uma espécie de pai caridoso. Dito isso, é necessário reiterar que, diante de uma Constituição analítica, ampla, como a nossa, muitas questões que antes remanesciam no exclusivo campo da política, são, agora, levadas ao Judiciário em função de escolha operada pelo Cons-

¹²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Jurisdição constitucional, ativismo e democracia*. Conferência de abertura na IX Convenção Latino-americana de Direito (Colad), Curitiba, Paraná, em 27 de outubro de 2011.

tituinte. Mas aqui, mais uma vez, cumpre lembrar que judicialização não implica necessariamente ativismo.

Em síntese, entre nós é defensável a tese no sentido de que o manejo de um controle de constitucionalidade forte, ou de um escrutínio mais estrito, faz sentido nas seguintes circunstâncias:

A) para a defesa das condições para o exercício da democracia em matérias que envolvam i) liberdade de opinião (direito ao protesto¹³⁰ e censura ao discurso silenciador)¹³¹; ii) proteção do processo democrático (regularidade do processo legislativo e controle do poder político ou econômico no processo eleitoral)¹³²; iii) proteção de minorias (legislação suspeita ou com presunção de inconstitucionalidade)¹³³; iv) outros direi-

¹³⁰ Ver: GARGARELLA, Roberto. *El Derecho a la Protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. Para quem o direito ao protesto é o “primeiro direito”, permite demandar a recuperação dos outros direitos.

¹³¹ Fiss procura redefinir o papel do Estado no que tange à liberdade de expressão. Ao invés de apenas pensar em tal direito em termos antagonônicos com o Estado, seria possível ver a liberdade de expressão como um direito público, instrumento da autodeterminação coletiva, e o Estado como um “amigo da liberdade” de expressão. FISS, Owen. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. México, D.F.: Fontamara, 1997. p. 13-14.

¹³² “(...) refletindo assim um compromisso constitucional cada vez mais forte com a ideia de que todos os cidadãos qualificados para tal devem participar da tomada de decisões públicas.” (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança...* p. 165).

¹³³ De acordo com o tipo de discriminação e como ela incide sobre uma minoria. Em casos de “classificações suspeitas” o nível de escrutínio por parte da Corte precisa ser elevado para proteger as minorias. Algumas leis podem “passar no teste”, mas a maioria deve acabar por ser declarada inconstitucional diante da dificuldade por parte do governo em justificar a medida discriminatória. Além disso, no caso de classificações “quase suspeitas”, o nível intermediário de escrutínio é recomendado. Contudo, nem a própria definição de “classificações suspeitas” é pacífica. Alguns Tribunais podem enfatizar a questão da minoria ser “discreta e insular”, outros podem se concentrar na imutabilidade de características do grupo e ainda também podem enfatizar com o histórico de discriminação relacionado ao grupo minoritário. Para Marcy Strauss: “Thus, although described in different ways, the basic factors for determining suspect class status were in place by the early 1980s: (1) prejudice against a discrete and insular minority; (2) history of discrimination against the group; (3) the ability of the group to seek political redress (i.e., political powerlessness); (4) the immutability of the group’s defining trait; and (5) the relevancy of that trait. Using some combination of these factors, the Court has deemed various groups

tos básicos naquilo que é condição necessária (embora não suficiente) para a proteção da dignidade humana¹³⁴ e v) direitos sociais,¹³⁵ em particular os prestacionais, nos casos de eficácia originária ou diante da defesa do mínimo existencial¹³⁶ (que não se confunde com o mínimo vital), verdadeiras condições materiais para a democracia.

B) contra leis perfeccionistas, de esquerda (todos devem ser solidários, generosos, bons e virtuosos) ou de direita (criminalização indevida de condutas – adultério, relações homoa-

suspect, others quasi-suspect, and still others nonsuspect since the 1970s. Facial classifications based on race, national origin, and religion are considered suspect and receive strict scrutiny. Gender and illegitimacy are considered quasi-suspect and receive intermediate scrutiny. Age, socioeconomic status, and mental disability are subject to rational basis review. All other classifications (such as sexual orientation) either have not been decided or are reviewed under the default rational basis standard.” (STRAUSS, Marcy. *Reevaluating Suspect Classifications*. *Seattle University Law Review*, v. 35, 2011. p. 146.)

¹³⁴ De acordo com Barroso: “(...) deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).” (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 72).

¹³⁵ “(...) eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.” (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89).

¹³⁶ “O mínimo existencial, na qualidade de direito fundamental, exibe, como este, as suas facetas de direito subjetivo e de norma objetiva. Como *direito subjetivo* investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos. Do ponto de vista *objetivo* o mínimo existencial aparece como norma de declaração de direitos fundamentais, que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania. Mas, sendo pré-constitucional, não lhe prejudica a eficácia a circunstância de se encontrar implícito no discurso constitucional.” (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 38-39).

fetivas, etc.).¹³⁷

A jurisdição constitucional guarda os valores substantivos necessários para a legítima deliberação pública. Porém, isso não é suficiente, tais valores substantivos devem ser interpretados por todos aqueles que venham a ser afetados pela decisão, por isso a importância da preservação de espaços deliberativos e instituições que transformem as manifestações plurais advindas da sociedade em direitos.

Os espaços em que tais manifestações ocorrem podem ser tanto no âmbito representativo clássico, mas também, através de outras formas menos tradicionais. Precisa-se reconhecer, por exemplo, a importância que as audiências públicas e o *amicus curiae* possuem para qualificar as razões do exercício da jurisdição constitucional. Um eventual protagonismo judicial pode se justificar diante da necessidade republicana de protagonismo popular.

Além dos casos que reclamam uma postura ativa por parte da Corte, entende-se que outras ocasiões demandam um controle débil (*soft*), a auto-contenção ou deferência para com as decisões do legislador:

A) no caso de políticas públicas instrumentalizadoras de direitos sociais naquilo que se reporta à eficácia derivada ou que exceda as fronteiras do mínimo existencial.

B) nas questões eminentemente políticas, considerando, sempre, porém, que tais questões não constituem cláusula imunizadora. Há necessidade de respeito à dimensão política da vida e da discricionariedade legislativa em relação àquilo que não é obrigatório constitucionalmente. Seria forçoso justificar a

¹³⁷ A legislação perfeccionista pode ser apresentar de diferentes maneiras, por isso, envolve discussões sobre o controle sobre o consumo de drogas, de bebida no trânsito, de cigarros em ambientes públicos e o direito à saúde. O perfeccionismo se caracteriza por entender que aquilo que é bom para um indivíduo ou satisfaz seus interesses é independente de seus próprios desejos ou da escolha de sua forma de vida, logo, cabe ao Estado escolher quais valores e planos de vida são objetivamente melhores para os indivíduos. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

interferência do Judiciário em decisões típicas dos outros Poderes, como na escolha de Ministros, ou no veto presidencial, por exemplo.

C) nos resultados plebiscitários, referendários, leis de iniciativa popular, momentos constituintes¹³⁸ e, mesmo, leis novas que resultam de um processo regular e aberto de deliberação, deve-se, como regra, prestar deferência diante dos resultados e das razões do legislador.

Não se trata aqui de admitir uma postura procedimentalista. Trata-se de, no processo argumentativo e deliberativo levado a termo pelo Judiciário, considerar, com peso adequado, as razões do legislador. Nesses casos há uma presunção forte de constitucionalidade das leis, a qual pode, não obstante, ser afastada por outras razões, mesmo não populares, mas determinantes. É bom lembrar que o juiz constitucional figura como um guardião dos princípios permanentes da comunidade política constitucionalizada.

Por fim, deve-se reconhecer a existência de um conjunto de questões difíceis que, quando judicializadas, em poucas ocasiões serão resolvidas de modo tranquilo. Temas que envolvem o direito à vida, eutanásia, aborto, por exemplo, colocam à prova, como *questões limites*, os fundamentos de quaisquer teorias que procurem oferecer solução ao problema da tensão entre o controle de constitucionalidade e o governo da maioria. Cuida-se, aqui, de problemas que indicam a impossibilidade da formulação de consensos, já que supõem apresentação de razões que podem ser utilizadas na defesa de distintos pontos de vista com idêntico suporte constitucional.

Tais casos, embora causem consternação, nem sempre podem “aguardar” deliberações densas por parte do Legislativo ou mesmo do Judiciário.¹³⁹ Em tais circunstâncias, decide-se,

¹³⁸ ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto*.

porque não há outro caminho, devendo-se, via de regra, preferir as soluções *razoáveis e atuais* oferecidas pelo Legislador.

4 – CONCLUSÃO

Em um limitado diagnóstico de época, percebe-se que o papel do Supremo Tribunal Federal tem mudado. Essa nova feição, entretanto, ainda está em construção e nem todas as roldanas e parafusos foram ajustados. Ora, esse novo papel precisa ser discutido, com humildade, abertura e raciocínio crítico. Impõe-se, no caso, advertir que o Supremo Tribunal Federal não está fora do jogo político. Como em qualquer ambiente democrático,¹⁴⁰ as decisões judiciais, sendo corretas ou não, precisam ser cumpridas. Isso não quer dizer que não possam ser, na arena pública, com o devido respeito e com bons argumentos, questionadas. Afinal, em uma sociedade aberta, o voto vencido de ontem pode ser o voto condutor de amanhã.¹⁴¹

¹⁴⁰ “I maintain that democracy should not be understood as simple majoritarianism – let the political branches have their say – but rather as a deep and broad-based deliberative process in which we – all of us – give content to the values that define us as a nation. Constitutional pronouncements do not prevent or even stifle such deliberations, but rather, by fully revealing the threat that is posed to our basic commitments, give such deliberations a certain vitality.” (FISS, Owen. *The Perils of Minimalism. Theoretical Inquires in Law*, v. 9, 2008. p. 647-648).

¹⁴¹ Ver, a respeito: TUSHNET, Mark. *I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008. “Sem dúvida, o escrutínio intertemporal das decisões da Suprema Corte, que jamais se confunde com desacato, autoriza afirmar que determinado voto dissidente é que era o melhor, merecendo servir como inspiração para mudança de opinião, a par de alento para movimentos em defesa dos direitos civis, novas posturas ambientais e abordagens morais civilizatórias. Não são inusuais os casos em que a maioria da Corte entendeu de acordo com tendências epocais e tomou rumos interpretativos que conflitam com os anseios das gerações futuras. Em contrapartida, alguns votos dissidentes deixaram transparecer que foram prolatados com visão de longo prazo, amparados em perspectiva que faltou à maioria.” (WEDY, Gabriel. FREITAS, Juarez. O legado dos votos vencidos na Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista Consultor Jurídico*. 26 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/legado-votos-vencidos-suprema-corte-estados-unidos>>. Acesso em 26.03.2015).



5 – BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, 1985.
- ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- ACKERMAN, Bruce. *We The People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- ARENDT, Hannah. *The Origins of the Totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace, 1976.
- ARISTOTLE. *Politics*. London: William Heinemann, 1932.
- BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 6, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de direito do estado*, n. 13, jan./mar. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Não tenho nenhum orgulho do volume de processos que o Supremo julga. *Os Constitucionalistas*, 23.02.2015. Disponível em:

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/entrevista-luis-roberto-barroso-nao-tenho-nenhum-orgulho-do-volume-de-processos-que-o-supremo-julga>> Acesso em 02.03.2015.

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, 1981.
- BREYER, Stephen. *Active Liberty*. Vintage: New York, 2006.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Jurisdição constitucional, ativismo e democracia*. Conferência de abertura na IX Convenção Latino-americana de Direito (Colad), Curitiba,

- Paraná, em 27 de outubro de 2011.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2014.
- COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 7, 1983.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*. v. 5, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.
- FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *University of California Law Review*, v. 54, 2007.
- FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002.
- FISS, Owen. A Life Lived Twice. *Yale Law Journal*, v. 100,

- 1991.
- FISS, Owen. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. México, D.F.: Fontamara, 1997.
- FISS, Owen. The Perils of Minimalism. *Theoretical Inquires in Law*, v. 9, 2008.
- GARGARELLA, Roberto. *El Derecho a la Protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge: The MIT Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Theory and Practice*. Boston: Beacon Press, 1973.
- HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- HIRST, Paul. *Representative Democracy and its Limits*. Cambridge: Polity Press, 1990.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ícone, 2000.
- KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LORENZETTO, Bruno Meneses. *Direito e desconstrução: as aporias do tempo, do direito e da violência*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- LORENZETTO, Bruno Meneses. *Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal*, v. 60, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

- Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORO, Sergio Fernando. *Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999.
- NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, v. 100, 2012.
- ROBINSON, Greg; ROBINSON, Toni. *Korematsu and beyond: Japanese Americans and the origins of strict scrutiny*. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SHAPIRO, Ian. *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STRAUSS, David A. Is Carolene Products Obsolete? *University of Illinois Law Review*, vol. 2010, n. 4, 2010.
- STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

- STRAUSS, Marcy. Reevaluating Suspect Classifications. *Seattle University Law Review*, v. 35, 2011.
- SUNSTEIN, Cass. If People Would be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care? *Stanford Law Review*, v. 60, 2007.
- SUNSTEIN, Cass. Justice Breyer's Democratic Pragmatism. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, 2006.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1893.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- TRIBE, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.
- TRIBE, Laurence. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *Yale Law Journal*. v. 89, 1980.
- TUSHNET, Mark. *I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- VELASCO, Marina. *O que é justiça: o justo e o injusto na pesquisa filosófica*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*, n. 42, 1997.

- WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. O legado dos votos vencidos na Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista Consultor Jurídico*. 26 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/legado-votos-vencidos-suprema-corte-estados-unidos>>. Acesso em 26.03.2015
- WINKLER, Adam. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. *Vanderbilt Law Review*, v. 59, 2006.
- YOSHINO, Kenji. The Gay Tipping Point. *UCLA Law Review*, v. 57, 2010.
- ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). *Ohio State Law Journal*, v. 69, 2008.