

## 9

PUBLICUM

---

## A expansão da jurisdição constitucional em três ondas: marcos teóricos, condições facilitadoras e perspectivas futuras

*Micheli Pereira de Melo*

Professora Adjunta da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA). Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/PR. Graduada em Direito pela PUC/PR. Graduada em Letras pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: michelipereira2003@yahoo.com.br

---

### Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar a expansão da jurisdição constitucional ao redor do mundo. Inicialmente narram-se os marcos de surgimento da jurisdição constitucional nos contextos norte-americano e europeu, apresentando-se as diferenças entre ambos, especialmente no que se refere aos ideais de supremacia da constituição e supremacia da lei. Na sequência analisa-se a expansão da jurisdição constitucional em três ondas. A primeira onda, tendo como marco histórico o julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803), logo após a declaração de independência dos Estados Unidos. A segunda onda, surgida com o desenvolvimento do modelo de revisão constitucional de Kelsen, originalmente incorporado na Áustria (1920), o qual ganhou maior expressão no pós-guerra, quando os países recém-saídos dos regimes fascistas importaram o modelo. Por fim, a terceira onda, eclodida nas duas últimas décadas do séc. XX, marcadas pela reconstrução democrática de países ex-comunistas, diante do esfacelamento da União Soviética (1990); e pela redemocratização dos países latino-americanos, recém-saídos das ditaduras militares (1980). O artigo também busca apresentar as condições facilitadoras da expansão da jurisdição constitucional e da atuação do Poder Judiciário em geral. Tais condições são enunciadas por Tate e Vallinder e Ginsburg, consistindo basicamente no avanço da democracia, do federalismo, a separação dos poderes, a percepção ruim das instituições de decisão política, a ineficácia das instituições majoritárias, a existência de um catálogo de direitos, o uso dos tribunais por grupos de interesse, pela oposição, etc. Ao finalizar o tópico, argumenta-se que outros fatores políticos, estratégicos e jurídicos estiveram presentes durante o desenvolvimento da expansão da jurisdição constitucional, os quais, mesmo implicitamente, contribuíram para guiar a atuação das Cortes Constitucionais. Enuncia-se que esses fatores explicam, em grande parte, porque atores políticos importantes na estrutura constitucional consentem, e até mesmo apoiam, um Judiciário independente - o qual limita o seu poder político. Aduz-se que tais fatores precisam ser compreendidos para (re)pensar a atuação das Cortes com vistas para o futuro. A quarta e última parte visa uma análise para o futuro da jurisdição constitucional.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 241-272

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2017.29203

Palavras-chaves: jurisdição constitucional - modelo norte-americano - modelo europeu - condições facilitadoras - perspectivas futuras.

### Abstract

The purpose of this article is to analyze the expansion of constitutional jurisdiction around the world. In the first place, the frameworks for the emergence of constitutional jurisdiction in North American and European contexts are presented, showing the differences between both settings, especially with regard to the ideals of constitutional supremacy and law supremacy. Following is the expansion of constitutional jurisdiction in three waves. The first wave, having the judgment of the case *Marbury v. Madison* (1803) as landmark, shortly after the declaration of independence of the United States. The second wave came with the development of Kelsen's constitutional revision model, originally incorporated in Austria (1920), which had a greater expression in the post-war period when newly-fascist regimes imported the model. Finally, the third wave, which hatched in the last two decades of the 20th century, marked by the democratic reconstruction of former communist countries, in the face of the Soviet Union collapse (1990); and for the redemocratization of Latin American countries, just after the military dictatorships (1980). The article also tries to present the facilitating conditions to the expansion of constitutional jurisdiction and of the Judiciary in general. Such conditions are set out by Tate and Vallinder and Ginsburg, consisting basically of democracy advance, federalism, separation of powers, poor perception of political decision-making institutions, ineffectiveness of major institutions, existence of a catalog of rights, use of courts by interest groups, by the opposition, etc. Finishing the topic, it is argued that other political, strategic and legal factors were present during the development of constitutional jurisdiction expansion, which even implicitly contributed to guiding the actions of Constitutional Courts. It is said that these factors explain, in large part, why important political actors in the constitutional structure consent, and even support, an independent judiciary - which limits their political power. It is argued that such factors need to be understood in order to (re) think Courts' actions with a view to the future. The fourth and final part is an analysis of the future of constitutional jurisdiction.

**Keywords:** constitutional jurisdiction - North American model - European model - facilitating conditions - future perspectives

### Sumário

Introdução. 1. Surgimento da jurisdição constitucional: a supremacia da Constituição vs. a Supremacia da Lei. 2. A expansão da jurisdição constitucional em três ondas. 2.1. A primeira onda. 2.2. A segunda onda. 2.3. A terceira onda. 3. As condições facilitadoras para a expansão da jurisdição constitucional em um plano global. 4. Futuro da Jurisdição Constitucional?

### Introdução

O estudo que se segue está dividido em quatro partes. Na primeira são analisados os marcos de surgimento da jurisdição constitucional nos contextos norte-americano e europeu. Na segunda parte argumenta-se que a expansão da jurisdição constitucional ocorreu em três grandes ondas.

Na terceira parte são apresentadas as condições facilitadoras da expansão da jurisdição constitucional. Por fim, na quarta e última parte analisa-se o futuro da jurisdição constitucional, utilizando-se das contribuições das teorias neoinstitucionalistas.

## 1. Surgimento da jurisdição constitucional: a supremacia da Constituição vs. a supremacia da lei

Nos Estados Unidos, o estabelecimento do regime constitucional se associou ao processo de independência da metrópole (Inglaterra), tendo a Constituição de 1787 representado o nascimento de um novo Estado, em decorrência da insatisfação dos cidadãos norte-americanos com as leis do Parlamento inglês, sobretudo em razão da instituição de tributos sem a anuência das assembleias locais. A onipresença do Parlamento como violador de direitos levou os revolucionários a encontrarem no legislador o principal foco de desconfiança, e, como a proteção dos direitos não poderia ser confiada ao ente legislativo, conferiu-se tal papel à própria Constituição, que passou a ser concebida como o produto do Poder Constituinte do povo e a única decisão superior frente aos poderes delegados<sup>1</sup>.

O surgimento da Constituição como pacto social fundador de uma sociedade política vem de Locke, para quem o referido pacto se trata de um *pactum libertatis*, ou seja, uma forma por meio da qual os membros de uma sociedade - livres, iguais e independentes - se unem em comunidade com a finalidade de viver comodamente, desfrutando de suas propriedades com maior segurança. O propósito do pacto é a mútua preservação das vidas, liberdades e propriedades de seus membros, razão porque se pressupõe que o pacto não destrói, ao contrário, mantém a liberdade de todos. No entanto, para que esta liberdade seja garantida, é preciso edificar um poder que governe mediante um direito com esse objetivo, isto é, um direito que seja fruto do consentimento de todos, pois nenhum governo pode fazer leis para uma sociedade, sem o seu consentimento<sup>2</sup>.

Vê-se, portanto, que a revolução norte-americana não buscou um legislador virtuoso e onipresente para empreender uma transformação social, a exemplo do ocorreu na França. Ao contrário, buscou um legislador limitado, que pudesse ser controlado. Todos os poderes existentes na sociedade eram considerados *poderes fiduciários*, isto é, exercidos no interesse do povo e revogáveis caso fossem contrários à confiança neles depositada<sup>3</sup>. A restauração dos

---

<sup>1</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 48

<sup>2</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**. Madrid: Inap, 2003, p. 28.

<sup>3</sup> ENTERRÍA, *loc. cit*

direitos violados pelo Parlamento inglês, sob a forma de direitos naturais, passou a ser consagrada na Constituição (a qual representava o *pactum libertatis*). Era ela que indicava que o poder constituinte do povo era superior a qualquer outro, inclusive ao legislador<sup>4</sup>.

O objetivo da Constituição norte-americana era duplo: garantir os direitos naturais e instituir o governo. Contudo, como explica Sanchís, a posição de importância desses objetivos era diferente, já que naturais e inegociáveis eram apenas os direitos a vida, liberdade, busca da felicidade, etc., enquanto as instituições apareciam como um artifício, como uma criação livre dos contratantes, cuja justificação estaria justamente na preservação dos direitos<sup>5</sup>.

Todas as circunstâncias históricas conduziram os Estados Unidos a um modelo de governo e de legislação limitado pela Constituição, ou seja, à afirmação da supremacia constitucional. Daí decorre o estabelecimento de alguma forma de controle das leis, o que foi concretizado posteriormente sob a forma de *judicial review*, tendo como marco histórico o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, por Marshall, *Chief Justice* do Tribunal Supremo, em 1803.

A tarefa de controlar os atos dos demais poderes, nos Estados Unidos, de modo especial a atuação do legislador, apenas poderia ser confiada ao Judiciário, o qual aparece em *O Federalista* como o mais fraco dos três poderes, aquele que não dispõe nem da “espada”, e nem da “bolsa”. Hamilton ressalta que o Judiciário será sempre o poder menos perigoso, uma vez que o Executivo dispõe não só das honrarias, mas também da espada; enquanto o Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais os cidadãos devem regular os seus direitos e deveres. O Judiciário, por sua vez, não participa da força nem da riqueza da sociedade, bem como não prescreve quaisquer normas, limitando-se apenas a julgar, dependendo, inclusive, do auxílio do Executivo para conferir eficácia aos seus julgamentos<sup>6</sup>.

A concepção norte-americana de constitucionalismo influenciou a revolução europeia no final do século XVIII, pois além de beber em fontes ideológicas parcialmente comuns, os textos americanos eram bem conhecidos na França. Contudo, diferentemente dos Estados Unidos, chamava a atenção na França (1789) a persistente invocação à lei, especialmente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, texto basilar da revolução<sup>7</sup>: a lei é a expressão da vontade geral (art. 6º), fixa os limites dos nossos direitos (art. 4º), é fonte das obrigações (art. 5º), estabelece as condutas delitivas e as correspondentes penas (art. 8º), define a ordem pública dentro da qual são exercidas as liberdades (art. 10º), etc. Em suma, era a lei, e não a

---

<sup>4</sup> PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 48.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 49.

<sup>6</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 576.

<sup>7</sup> ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 10.

Constituição, isto é, a lei por delegação da Constituição, que estabelecia a posição do indivíduo na sociedade, algo impensável nos Estados Unidos<sup>8</sup>.

A idéia de Constituição surgida com a Revolução Francesa teve raiz filosófica em Rousseau, e não em Locke, e se expressou no conceito de *soberania nacional*, em oposição à ideia de soberania pessoal do rei absoluto. Segundo esse conceito, apenas a *nação* seria a verdadeira *soberana*, como já havia declarado o artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Houve, portanto, na França, uma mudança de um velho conceito de soberania, nascido no coração da monarquia absoluta, para um conceito de soberania pautado na *nação*. Contudo, a soberania nacional era exercida mediante representação, ou seja, a nação exercia a sua soberania por meio da Assembléia Legislativa, cuja regulação era o objeto especial da Constituição (sua origem, formação, organização, competências, relação com os demais poderes, etc.). Como explica Enterría, a Assembléia Legislativa, como representante do povo, reunia todos os poderes, sendo, portanto, e para todos os efeitos, a titular absoluta da soberania. Investida de todos os poderes de maneira plena - os quais, em tese, eram poderes do povo - nada e nem ninguém poderia condicioná-la<sup>9</sup>.

A lei, como expressão da vontade geral, era considerada justa, já que se entendia que nela se confundiam autor e o destinatário (a própria nação). Assim, não havia o que se falar em injustiça da lei, pois valia a máxima de que ninguém do povo poderia ser injusto consigo mesmo. Por isso, carecia totalmente de sentido pensar em qualquer limitação constitucional à vontade geral, e, portanto, em qualquer modo de controle judicial da lei. A resposta para essa concepção vem da noção de contrato social, formulada por Rousseau: *há uma alienação total de direitos por parte de cada membro da comunidade; sendo as condições iguais para todos, ninguém tem interesse em fazer a comunidade onerosa aos demais*. Além de ato fundacional da sociedade política, a concepção de contrato também era modelo para a atuação social, devendo inspirar as leis. Nessa linha, o único limite para a criação das leis era que as decisões fossem iguais para todos. Abre-se mão, portanto, da vontade individual, aderindo-se a uma vontade total, ou, nos termos empregados por Rousseau, *volonté générale*<sup>10</sup>.

É preciso dizer que havia na França uma absoluta confiança na atuação do Legislador, e, ao contrário do que aconteceu nos Estados Unidos - onde a soberania do povo estava cristalizada em um documento que precisava ser respeitado pelo legislador -, na França surge uma espécie de novo programa político, isto é, o programa do povo soberano, o qual atuava por intermédio do legislador. O Legislativo passava a ter natureza própria, não dispondo de limites

---

<sup>8</sup> PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 65.

<sup>9</sup> ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 12-13.

<sup>10</sup> PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 66-68.

constitucionais, mas apenas políticos, todos ligados à força popular e à capacidade dos cidadãos de revogar os próprios representantes. Assim, não havia espaço para o surgimento de uma justiça constitucional, pois o espaço que nos Estados Unidos foi dado aos juízes – no sentido de controlar os atos do Legislativo –, na França foi conferido ao próprio povo<sup>11</sup>.

Oportuno consignar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual formulou um conceito formal de Constituição segundo o seu conteúdo, bem como previu expressamente em vários de seus artigos a sua superioridade perante as leis, apesar de ter representado uma nova concepção de direito à época, não teve valor jurídico preciso. Isso porque o seu conteúdo e a sua superioridade sobre o legislador cederam espaço ao dogma da soberania da Assembléia Legislativa<sup>12/13</sup>. Nessa linha, as únicas normas jurídicas realmente relevantes eram as leis, cabendo a elas o papel de definir, limitar ou de negar os direitos fundamentais e as liberdades, bem como de articular os princípios organizativos enunciados na Constituição<sup>14</sup>, a qual era considerada um documento meramente político.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) tardou quase dois séculos para alcançar um valor supralegal, o que conseguiria apenas em 1971, quando o Conselho Constitucional francês a incluiu no bloco de constitucionalidade, mencionando-a no preâmbulo da Carta Constitucional. A decisão do *Conseil Constitutionnel* (Decisão *Liberté d'association*, de 16 de julho de 1971), promoveu essa transformação – dentro já da nova concepção de valor normativo de Constituição, que a Constituição de 1958<sup>15</sup>, ainda que limitadamente, havia incorporado –, dando, depois de quase duzentos anos, força normativa ao texto histórico, que só a partir de então passou a ser parâmetro para a validade das leis<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 71-73.

<sup>12</sup> ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 12-13.

<sup>13</sup> Além da valorização da lei, os franceses nutriam uma desconfiança do Judiciário por razões históricas: o viam como uma instituição corrompida e associada ao antigo regime. Segundo Cappelletti, os franceses tinham a “permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses muito frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com consequências que, se, às vezes, podiam, também, representar um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia, mais amiudamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso” (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 96-97)

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 11-17.

<sup>15</sup> Sobre a história política francesa, Sarmento e Souza Neto: “a história política francesa é repleta de turbulências e mudanças de regime e praticamente cada uma delas ensejou a elaboração de nova Constituição. Foram 13 constituições ao todo, editadas, respectivamente, nos anos de 1791, 1793, 1795, 1799, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875, 1946 e 1958 (ainda em vigor). Nesse contexto de grande instabilidade constitucional, o papel de “Constituição real” da sociedade acabou sendo desempenhado por outra norma: o Código Civil. De acordo com a concepção francesa, no Código Civil deveriam estar plasmadas regras racionais, estáveis e universais para disciplina da vida social, sintonizadas com a ideologia liberal-burguesa, assentada na proteção à propriedade e no respeito à autonomia da vontade. Esta concepção foi acolhida pelo renomado Código de Napoleão de 1804” (SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75).

<sup>16</sup> ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 11-12.

Em suma, não existiu na Europa, antes da Segunda Guerra Mundial, uma preocupação em definir a Constituição como norma jurídica, passível de invocação perante os Tribunais, especialmente por força da influência do modelo francês durante o século XIX e início do XX. Contudo, tal cenário se modificou radicalmente a partir de meados do século XX, inclusive na própria França<sup>17</sup>, tendo a concepção de supremacia do Legislativo sido gradativamente superada com a expansão da jurisdição constitucional.

A primeira vez que se falou na Europa em Constituição como norma jurídica foi com a elaboração do modelo de jurisdição constitucional do austríaco Hans Kelsen, modelo este que, embora tenha sido colocado em prática na Áustria, a partir da Constituição de 1929, teve uma experiência curta, em razão da ascensão do regime nazista. Pode-se dizer, portanto, que o modelo kelseniano de jurisdição constitucional – baseado dentro da cultura europeia legalista e estadista - se expandiu nos países europeus no pós-guerra, servindo, somente a partir daí, de referência de controle de constitucionalidade a vários países do mundo<sup>18</sup>.

## 2. A expansão da jurisdição constitucional em três ondas

Antes da Segunda Guerra Mundial, poucos países contavam com disposições de controle de constitucionalidade, contudo, o instituto se universalizou, e hoje, 158 dos 191 sistemas constitucionais adotam algum instrumento de revisão constitucional. Para melhor compreender o fenômeno, pode-se dizer que a expansão da jurisdição constitucional se deu em três ondas: (a) a primeira tem como marco histórico o julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803), logo após a declaração de independência dos Estados Unidos; (b) a segunda onda surge com o desenvolvimento do modelo de revisão constitucional de Kelsen, originalmente incorporado na Áustria (1920), mas que ganhou maior expressão no pós-guerra, quando os países recém-saídos dos regimes facistas importaram o modelo; e (c) a terceira onda ocorreu nas duas últimas décadas do século XX, com a reconstrução democrática de países ex-comunistas, diante do

---

<sup>17</sup> “O modelo constitucional francês foi o mais influente ao longo do século XIX e início do século XX. Porém, no que concerne à supremacia do Legislativo, ele vem sendo superado pela difusão global da jurisdição constitucional, ocorrida a partir da segunda metade do século passado. Aliás, na própria França, essa também é uma tendência que se verifica sob a égide da atual Constituição, que instituiu o controle preventivo de constitucionalidade das leis, confiando ao Conselho Constitucional, o qual passou a desempenhar um papel cada vez mais importante na vida pública francesa, sobretudo a partir dos anos 70. Recentemente, aprovou-se na França a possibilidade de controle de constitucionalidade *a posteriori*, o que representa a quadra de um verdadeiro tabu no constitucionalismo francês” (SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, p. 75).

<sup>18</sup> Cappelletti aponta que o sistema europeu de controle de constitucionalidade austríaco ou concentrado foi adotado pela Constituição Italiana (1948), o qual está vigente desde a data de criação da Corte Constitucional (1956); pela Constituição de Bonn (1949); Constituição do Chipre (1960); Constituição Turca (1961); Constituição (*comunista*) da Iugoslávia (1963). (CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 72-74).

esfacelamento da União Soviética (1990)<sup>19</sup>; e com a redemocratização dos países latino-americanos, recém-saídos das ditaduras-militares (1980)<sup>20</sup>.

## 2.1. A primeira onda

A primeira onda de expansão da jurisdição constitucional teve início com o julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803), primeira ocasião em que um órgão de cúpula do Judiciário declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal<sup>21</sup>, com base na justificativa padrão ainda hoje empregada para o controle de constitucionalidade das leis, baseada no raciocínio de Hamilton, em *O Federalista* nº 78. Tal justificativa decorre (a) da supremacia da Constituição sobre as leis; (b) da natureza do Estado de Direito; (c) do caráter legal da Constituição; (d) da maior capacidade institucional do Judiciário para interpretar a Constituição; (e) da necessidade de o Judiciário proteger os direitos das minorias – entrincheirados na Constituição – em face das deliberações das majorias contidas nas leis<sup>22</sup>.

Tal decisão, contudo, ao invés de referendar a concepção de *supremacia judicial*, como normalmente a doutrina aponta, representou, na verdade, o que Ginsburg denominou um *jogo de limitações estratégicas* entre Marshall e Jefferson<sup>23</sup>. Isso porque as circunstâncias históricas<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Tom Ginsburg aborda a expansão da jurisdição constitucional em três ondas em: GINSBURG, Tom. *The Global Spread of Constitutional Review*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008.

<sup>20</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 66.

<sup>21</sup> Cappelletti descreve a existência de precedentes aproximados à jurisdição constitucional desde a democracia ateniense. Sobre o tema, vide: CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 45 e ss.

<sup>22</sup> Segundo Brandão, a tese desenvolvida por Marshall no caso *Marbury v. Madison* segue o raciocínio de Hamilton n' *O Federalista* n. 78: "Tal raciocínio lógico, formalmente bem construído, segue os seguintes passos: a nulidade da lei inconstitucional seria corolário da (i) *supremacia da Constituição sobre as leis*, já que, enquanto a primeira é fruto da vontade constituinte do povo, a segunda é resultado da deliberação dos "meros" representantes do povo; e (ii) *do Estado de Direito*, na medida em que, se a Constituição visa a instituir e limitar os três departamentos estatais (sobretudo o Legislativo, tido como o mais perigoso dentre eles), parece intuitivo que as suas normas prevaleçam quando em conflito com as manifestações ordinárias dos três "poderes" (leis, decisões judiciais e atos normativos), sob pena de não se verificar efetiva limitação. Por outro lado, a possibilidade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis decorreria da (iii) *natureza "legal" da Constituição*. Efetivamente, sendo a Constituição a lei de maior hierarquia em uma determinada ordem jurídica, havendo conflito entre norma constitucional e lei, competiria a todo juiz ou tribunal legal aplicação à última [...]. Intimamente conectado com o anterior, situa-se (iv) *maior capacidade institucional do Judiciário para a interpretação da Constituição*. Alega-se que o relativo insulamento político do Judiciário confere às Cortes uma postura imparcial que lhe coloca em posição privilegiada para a decisão de questões de princípio, sobretudo nas hipóteses em que direitos das minorias coram risco de serem violados por deliberações de majorias conjunturais. Daí se infere outro argumento: à vista de a democracia não se confundir com a regra da maioria, os direitos das minorias devem ser colocados acima do alcance de majorias ocasionais que logrem ascender ao poder: *Cumprir ao Judiciário, portanto, a tutela de direitos da minoria – entrincheirados na Constituição – em face de deliberações majoritárias contidas em leis* (v)" (BRANDÃO, *op. cit.*, p. 31-32).

<sup>23</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 82-83.

do caso demonstram que, na verdade, a decisão de Marshall estabeleceu um novo equilíbrio institucional entre os Poderes. Tanto Marshall enfrentou incertezas com relação ao cumprimento da decisão que viria a proferir (se ordenasse Jefferson a empossar Marbury); como também Jefferson enfrentou incertezas com relação às reações dos diversos atores políticos (especialmente o Judiciário), que poderiam dar respostas diferentes ao caso, obrigando-o ou não ao empossamento. Isso fez com que se estabelecesse uma situação teórica de jogo, em que resultados alternativos poderiam ter ocorrido: Marshall poderia não ter feito a revisão judicial, ou poderia ter aberto espaço para a decisão presidencial, etc<sup>25</sup>.

Daí se pode dizer que, desde o seu surgimento, no contexto norte-americano (*Marbury v. Madison*), a jurisdição constitucional tem uma relação estreita com a política, pois a decisão considerada marco histórico da *judicial review* foi influenciada por vários fatores externos à legalidade, especialmente pelo que se pode denominar *reação antecipada* entre os Poderes, ou seja, a idéia de que todas as instituições têm preferências sobre os resultados políticos, mas ao

---

<sup>24</sup> As circunstâncias históricas do caso foram – resumidamente – as seguintes: Em 1800, o então presidente (*federalista*) dos Estados Unidos, John Adams, apoiou, em disputa eleitoral, o candidato de seu partido Aaron Burr, contudo, este último foi derrotado por Thomas Jefferson (*republicano*). Diante da perda eleitoral, e ainda no final de seu mandato, John Adams (*federalista*) conseguiu aprovar o *Judiciary Act* (janeiro de 1801), lei que criou 18 cargos para juizes, os quais foram preenchidos em uma corrida contra o relógio, em razão do mandato de Adams (*federalista*) estar chegando ao fim. Contudo, o problema não parou por aí: há menos de 15 dias para o término do seu mandato, Adams (*federalista*) conseguiu aprovar a lei de organização do novo distrito de Colúmbia, criando assim outros 42 cargos para juiz de paz, os quais novamente foram preenchidos em uma corrida contra o tempo. John Marshall, um influente político federalista, e antigo secretário de Estado de Adams (*federalista*), foi nomeado à presidência da Suprema Corte, tendo auxiliado a empossar os juizes de paz da forma mais célere possível. Contudo, tal medida não agradou os republicanos, primeiro, porque as nomeações foram feitas por um presidente derrotado na disputa eleitoral, segundo, pela maliciosa tentativa dos republicanos de manter a sua ideologia junto ao Judiciário. Um dos primeiros atos praticados pelo Congresso republicano foi a revogação do *Judiciary Act* (janeiro de 1801), com a extinção dos cargos de *circuit judges* e a retirada dos juizes dos seus cargos. Marbury havia sido nomeado como juiz de paz, no distrito de Colúmbia, contudo, não recebeu investidura, pois, Marshall, à época Secretário de Estado, não teve tempo de entregá-la. Assim, Marbury requereu perante a Corte, ordem judicial, para obrigar o governo a lhe empossar. O pedido foi feito com base em uma lei de 1789 (*Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar questões daquela natureza. Entretanto, a Suprema Corte encontrava-se em uma posição delicada. Os republicanos, no Congresso, conseguiram suprimir as sessões da Corte (de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803), visando impedi-la de apreciar questões relativas à revogação do *Judiciary Act* (janeiro de 1801). Além disso, Thomas Jefferson (Presidente Republicano) não considerava legítimas as decisões da Corte, dando indícios de que não iria cumprir nenhuma delas. Por fim, os *Justices* se mostram acuados diante do processo de *impeachment* levado a cabo pelos republicanos contra um juiz federalista (o que ameaçava estender-se até a Suprema Corte). Nesse ambiente, o astucioso *Justice* Marshall, em sua decisão, buscou demonstrar o vigor da Corte, sem, contudo, afrontar os republicanos: dedicou a primeira parte de seu voto à demonstração de que Marbury tinha direito à investidura no cargo, porém, logo depois desenvolveu o argumento de que a *Judiciary Act*, de 1789, era inconstitucional ao criar hipótese de competência originária da Suprema Corte fora daquelas previstas na Constituição (ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005).

<sup>25</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 82-84.

agir, levam em conta as preferências de outros ramos<sup>26</sup>. No caso de Marshall, não adiantaria que ele obrigasse – via decisão judicial - Jefferson a empossar Marbury, já que a probabilidade de a decisão ser cumprida era pequena. Além disso, a Corte poderia vir a sofrer algum tipo de represália caso obrigasse Jefferson a empossar Marbury. Assim, Marshall optou – estrategicamente – por se manifestar, primeiro, sobre o mérito da questão (declarando o direito de Marbury à investidura no cargo), e, em um segundo momento, se manifestou sobre as preliminares, ocasião em reconheceu a incompetência da Corte para julgar o caso.

Desse modo, pode-se dizer que o caso *Marbury v. Madison*, ao contrário do que a doutrina normalmente aponta, não é um bom exemplo de *supremacia judicial*, bem como é incompatível com a idéia de que ao Judiciário dá a última palavra sobre o sentido da Constituição. Isso porque nem mesmo o mérito do caso foi enfrentado de forma direta, não se podendo falar, portanto, em prevalência da decisão judicial sobre a escolha dos demais poderes, ou em não influência dos outros poderes sobre a decisão judicial. Houve, ao contrário, uma influência direta do Executivo, tendo o juiz Marshall previsto antecipadamente a reação dos republicanos, e, diante do cenário constatado, optou por preservar a legitimidade das decisões da Corte, e ela própria, de vir a sofrer ataques institucionais.

Feitas essas considerações, necessário voltar-se à expansão da jurisdição constitucional nesta primeira onda. Sob este enfoque, pode-se dizer que já no início do século XIX a Suprema Corte americana era famosa por suas decisões, as quais - deve-se dizer - eram extremamente conservadoras, pois apoiavam políticas de segregação racial (*Dred Scott v. Sandford*)<sup>27</sup> e invalidavam leis sociais em geral (*Lochner v. New York*)<sup>28</sup>. Essa linha conservadora também levou a Corte a declarar, por rotina, a inconstitucionalidade de leis relacionadas à intervenção do governo da economia. Segundo Baum, “nos anos 20, a Corte Suprema declarou inconstitucionais 130 leis regulamentadoras [econômicas]”<sup>29</sup>. O alge desse conservadorismo foi o confronto entre a Corte e o presidente Franklin Roosevelt.

---

<sup>26</sup> FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Texas Law Review, v. 84, n. 2, 2005, p. 55-57.

<sup>27</sup> “Em *Dread Scott vs. Sandford* (60 U. S. (10 How) 393), julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse a sua autoridade moral e política [...]” (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo. In. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 114).

<sup>28</sup> “A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*” (BARROSO, *loc. cit.*).

<sup>29</sup> BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 41.

Frustrado que a Suprema Corte estava declarando os seus programas (do *New Deal*) inconstitucionais, inclusive aquelas medidas destinadas a retirar os Estados Unidos da crise econômica decorrente da quebra da Bolsa de Nova York (1929), Roosevelt propôs, quando foi reeleito, em 1936, seu plano de “empacotamento” da Corte (plano conhecido por *Court-packing plan*). Este plano permitia ao Presidente nomear um novo juiz para cada juiz da Suprema Corte que contasse com mais de 70 anos, aumentando, assim, o seu tamanho de 9 para 15 membros. O que Roosevelt pretendia, na verdade, era indicar juízes que dessem apoio a seu programa econômico. Contudo, sem que a mudança proposta por Roosevelt se concretizasse, houve uma mudança conhecida como “*the switch in time that saved nine*” (a mudança em tempo de salvar nove), tendo dois juízes - o presidente da Corte, Hughes, e Owen Roberts - alterado os seus votos, estabelecendo, assim, o apoio majoritário para confirmar a validade da legislação introduzida pelo governo. Dessa forma, e associado à renúncia de alguns ministros conservadores (naquele ano e nos seguintes), Roosevelt pôde nomear novos ministros, sem precisar alterar o número de cadeiras da Suprema Corte<sup>30</sup>.

A partir da década de 1950, especialmente sob a presidência de Earl Warren (1953-1969), a Suprema Corte inicia uma fase que se destaca pela forte aplicação dos direitos civis. Uma das decisões mais marcantes dessa fase foi o julgamento de *Brown x Junta de Educação (Brown vs. Board of Education)*, no qual a Corte condenou a política de segregação racial nas escolas públicas, obrigando o sistema escolar a integrar negros e brancos nas mesmas instalações. Segundo Baum, a partir dessa decisão, várias outras viriam a garantir o direito dos negros ao acesso igualitário a serviços públicos nos Estados Unidos. Essa posição ativista da Suprema Corte se ampliou posteriormente a direitos civis diversos, especialmente na área da justiça criminal, proteção individual em relação à atuação policial, exercício da liberdade de expressão e inclusive a temas mais complexos, como o aborto<sup>31</sup>.

Contudo, oportuno consignar que esse poder da Corte chamou a atenção desde muito cedo. É possível dizer que desde quando a Suprema Corte americana foi investida no poder para proferir a “*última palavra*”<sup>32</sup> sobre questões relevantes, iniciou-se um debate sobre a sua

---

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 41-42.

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 43-44.

<sup>32</sup> Sobre a expressão “última palavra”, Sarmiento: [...] *não há última palavra* em muitos casos. As decisões do STF podem, por exemplo, provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes, levando a própria Corte a rever a sua posição inicial sobre um determinado assunto. Há diversos mecanismos de reação contra decisões dos Tribunais Constitucionais, que vão da aprovação de emenda constitucional em sentido contrário, à mobilização em favor da nomeação de novos ministros com visão diferente sobre o tema. Há formas de reação mais ou menos legítimas. Algumas são absolutamente incompatíveis com a lógica do Estado Democrático de Direito, como cortes no orçamento do Judiciário de caráter retaliatório, ameaça de *impeachment* ou de cassação de juízes ou até a simples recusa ao cumprimento das decisões judiciais. Outras são legítimas, como a mobilização da opinião pública, com o objetivo de influenciar os magistrados a

legitimidade democrática. De um lado, estavam aqueles que entendiam que a atuação da Corte na seara *política* poderia distorcer os princípios do governo popular, a exemplo do que havia ocorrido no governo de Roosevelt, já que este último teria sido impedido de implementar o seu plano econômico. De outro lado, estavam aqueles que – e sob uma perspectiva mais liberal – entendiam que a vontade majoritária precisava ser limitada em algumas situações<sup>33</sup>.

Barry Friedman também destaca que já no início do século XX eram frequentes denúncias de que juízes se afastavam dos limites adequados da lei. Segundo o autor, o que a doutrina fez desde então foi tentar afastar o direito da política, contudo, tal separação nunca se concretizou plenamente, já que direito e política estariam imbricados, sendo um exemplo evidente disso o fato de a Suprema Corte americana ter mudado de posicionamento após a tentativa de Roosevelt *empacotá-la* (*Court-packing Plan*). Para Friedman, para além da lei, existem fatores ideológicos, institucionais e decorrentes até mesmo da opinião pública, que influenciam diretamente os magistrados quando da tomada de decisões<sup>34/35</sup>.

## 2.2. A segunda onda

A segunda onda de expansão da revisão constitucional surgiu com o desenvolvimento do modelo de justiça constitucional de Hans Kelsen, o qual - como visto - foi criado em uma cultura europeia legalista e estadista, tendo sido originalmente incorporado na Áustria, em sua Constituição de 1920. Contudo, a criação do referido modelo tomou em conta outras duas circunstâncias históricas relevantes: a) o fracasso da justiça constitucional da República de Weimar, entendida como forma de resolução de conflitos entre órgãos estatais<sup>36</sup>; e b) o crescente ativismo dos juízes

---

reverem o seu posicionamento em caso futuro sobre a mesma questão” (SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, p. 402).

<sup>33</sup> ARANTES, Rogério B. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. Disponível em: <<http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/9/9d/Arantes.pdf>>. Acesso em 01 de outubro de 2012.

<sup>34</sup> Sobre o tema: FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005

<sup>35</sup> Sobre a situação atual da Suprema Corte Norte-Americana, após a experiência da Corte Warren, ensina Barroso: “Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-americana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo judicial e as teorias como originalismo e não-interpretativismo. De algum tempo para cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na Suprema Corte, alguns juristas liberais vem questionando o que denominam “supremacia judicial” [...]” (BARROSO, 2009, p. 115-116).

<sup>36</sup> Sobre a justiça constitucional da República de Weimar, leciona Sanchís: “[...] como es bien sabido, en Weimar no pudo prosperar un auténtico control de constitucionalidad de la ley en el sentido de confrontación abstracta en sede judicial entre el enunciado de una norma inferior (la ley) e el de una norma superior (la Constitución). A cambio, no faltaron algunos intentos en la línea *antieuropea* de la judicial review y, sobretudo, no faltaron fórmulas con expreso respaldo constitucional dirigidas a la resolución de conflictos entre órganos estatales, más concretamente entre el *Reich* y los *Länder*: la encomendada al Tribunal del *Reich* (*Reichgericht*), que suponía a control concentrado y abstracto, pero no propriamente en defensa de la Constitución, sino de la superioridad del derecho del *Reich* sobre el de los Estados; y la atribuida al Tribunal del Estado del *Reich* (*Staatsgerichtshof*), que se configuraba como un modo de resolución de conflictos concretos o en vía incidental entre los protagonistas políticos de un Estado federal.

ordinários no controle da lei, estimulados por uma doutrina abertamente antiformalista, representada pela Escola de Direito Livre<sup>37</sup>.

Ao contrário do que se verificou no contexto norte-americano, na Áustria da época não havia nenhum absolutismo legislativo contra o qual lutar, ao contrário, havia um Parlamento débil, hostilizado pelo Poder Executivo; bem como uma influência crescente de uma consciência judicial antiformalista, que viu surgir em Weimar fórmulas ou propostas de controle da lei. Além disso, a imagem do juiz existente no contexto europeu se diferenciava daquela idealizada no contexto norte-americano. Enquanto nos Estados Unidos prevalecia a imagem de juiz caracterizada por Montesquieu, o qual era um sujeito imparcial, capaz de julgar a constitucionalidade de uma lei de forma neutra e quase científica; na Áustria, por influência da Escola de Direito Livre, prevalecia a concepção de que todo o ato de aplicação do direito contava com um grau de discricionariedade e subjetivismo. E esse grau de discricionariedade, de acordo com esse novo pensamento jurídico e político, era visto como um veículo ideal para incorporar ao direito o sentimento jurídico do povo, ou seja, os juízes eram vistos como protagonistas da empreitada de fazer triunfar o espírito do povo (a justiça), sobre as interpretações parciais e partidistas do legislador (política)<sup>38</sup>.

E é dentro desse contexto que é desenhado o modelo de controle de constitucionalidade de Kelsen, o qual tenta reunir a concepção de supremacia da lei, as prerrogativas de legislador e as virtudes do pluralismo democrático. Como se sabe, Kelsen estava longe de compartilhar a imagem mecanicista ou apolítica de jurisdição, tal como caracterizada por Montesquieu - a qual predominou no surgimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos -, e nisso ele se aproximava da Escola de Direito Livre. Contudo, e ao contrário da concepção sustentada por

---

Se trataba, pues, de procedimientos que o bien no reposaban en una concepción nítida de la supremacía constitucional, o bien presentaban un fuerte carácter incidental, casi como formas de arbitraje en un conflicto político entre los sujetos de la vida estatal. Pero, sobre todo, más allá de las peculiaridades del sistema, pero también en parte debido a ellas, el modelo sucumbió ante las circunstancias del momento. La historia es conocida: tras el *golpe de Estado* contra Prusia en 1932, que suponía la anulación de la autonomía prusiana mediante el nombramiento de un Comisario del *Reich*, el Tribunal, de acuerdo con su carácter de juez del caso concreto, niega a determinar en vía abstracta cuáles son las medidas lícitas que se pueden tomar al amparo del artículo 48 de la Constitución. Ante el estado de excepción dictado por Papen, el Tribunal adopta una solución de compromiso: los ministros prusianos seguían representado al *Land*, pero los comisarios asumían sus funciones. Poco después Hindenburg dejará sin ninguna competencia a los antiguos ministros, Hitler disuelve el Parlamento de Prusia e el Tribunal no volverá a funcionar" (PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 81-82).

<sup>37</sup> Sobre a influência da escola de Direito Livre, Sanchís: "[...] será em Weimar quando llegue a su apogeo la reacción antiformalista y judicialista del Derecho libre: el juez se convierte en el mediador entre el Derecho y una supuesta conciencia popular, pudiendo incluso dictar sentencias *contra legem*. Más allá de lo que pudo comenzar siendo una crítica al ingenuo método de la escuela de la exégesis, el pensamiento jurídico de los años treinta no solo sostendrá la discrecionalidad judicial como una tesis *descriptiva*, sino que verá en ella el vehículo ideal para incorporar al Derecho el sano sentimiento jurídico del pueblo, cuando no el necesario contrapunto de la *justicia* frente a la política partidista encarnada en la ley, esto es, una tesis *prescriptiva*" (*Ibid*, p. 82).

<sup>38</sup> *Ibid*, p. 83-84.

esta escola, Kelsen não achava que o caráter político da atividade judicial era algo a ser estimulado, ao contrário, para ele, esta era uma característica que precisava ser combatida, em respeito à supremacia do Parlamento. E são nessas bases que se põe em relevo o esforço de Kelsen para evitar a contaminação política, subjetiva ou moral do juízo de constitucionalidade, o que também ajuda a compreender o caráter concentrado e abstrato de seu modelo<sup>39</sup>.

Para Kelsen, a Constituição tem um papel de destaque no ordenamento jurídico, ocupando o vértice da pirâmide normativa que o autor utiliza para explicar a estrutura escalonada das normas. A grande função da Constituição, segundo sustenta, é disciplinar os mecanismos, os órgãos e o procedimento de elaboração das leis<sup>40</sup>. No entanto, para o jurista, a forma constitucional também pode ser empregada – até certo ponto<sup>41</sup> – às normas que entram no texto constitucional, não para disciplinar a criação do direito, mas para regular o seu conteúdo (ou seja, os catálogos de direitos fundamentais ou as liberdades individuais)<sup>42</sup>.

Por sua vez, a jurisdição constitucional é vista por Kelsen como a forma mais adequada de *garantir* a Constituição<sup>43</sup>, isto é, a maneira mais eficiente de garantir que as determinações constitucionais serão observadas no processo de elaboração do direito. Apesar da conhecida discussão travada entre Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o *guardião da Constituição*, Kelsen propõe que um Tribunal Constitucional realize essa atividade. Schmitt, por outro lado, sustenta que tal atividade deveria competir ao presidente do *Reich*, entre outras razões, pelo fato de que atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade seria uma atuação legislativa, papel que não caberia a um órgão jurídico, por não ser eleito. Para Kelsen, no entanto, a atuação do Tribunal Constitucional não fere a atividade do legislador por duas razões: primeiro, porque

---

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 84-86.

<sup>40</sup> Kelsen define a Constituição da seguinte forma: “[...] essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estreito da palavra” (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130).

<sup>41</sup> Sanchís destaca que Kelsen tem uma repugnância em admitir a vinculação do legislador aos preceitos não puramente organizativos da Constituição, e aceitar a predeterminação do conteúdo material da lei, pois isso limitaria a discricionariedade do legislador (PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 89-90).

<sup>42</sup> “Se o direito positivo conhece uma forma constitucional especial, distinta da forma legal, nada se opõe a que essa forma também seja empregada para normas que não entram na Constituição no sentido estrito, e antes de mais nada, para normas que regulam, não a criação, mas o conteúdo das leis. Daí resulta a noção de Constituição no sentido lato. E ela que está em jogo quando as Constituições modernas contêm não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais [...] a Constituição dispõe, no fundo, que as leis não apenas deverão ser elaboradas de acordo com o modo que ela prescreve, mas também não poderão conter disposição que atente contra a igualdade, a liberdade, a propriedade, etc.” (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131-132).

<sup>43</sup> Para Kelsen, a garantia da Constituição exigia o controle por um órgão distinto daquele que criou a norma, até porque, para o autor, o Legislativo tenderia a se considerar um livre criador do direito e ignorar a Constituição; além disso, o autor sugere que a repartição de poder entre diferentes órgãos permitiria um controle recíproco entre eles, razão porque a jurisdição constitucional seria uma afirmação do princípio de separação dos poderes.

*ninguém pode ser o juiz de sua própria causa*, isto é, os poderes representativos não podem analisar a constitucionalidade de seus próprios atos e leis; segundo, a atividade do Tribunal Constitucional é semelhante a uma atividade legislativa, uma vez que, ao anular uma lei, ele atua como *legislador negativo*<sup>44</sup>.

Para compreender melhor o ponto, destaque-se que, na visão de Kelsen, um Tribunal que tem o poder de anular as leis não exerce uma função verdadeiramente constitucional, mas sim uma função legislativa *negativa*. Segundo o austríaco, a diferença entre a função jurisdicional e a legislativa consiste no fato de que esta última cria normas gerais, enquanto a primeira, normas individuais. Contudo, ao invés de exercer jurisdição, criando normas individuais, a anulação de uma lei pelo Tribunal Constitucional consiste, em última análise, em estabelecer uma norma geral, já que a anulação de uma lei teria o mesmo caráter de generalidade que o de sua elaboração, contudo, uma elaboração com sinal negativo<sup>45</sup>.

Oportuno ressaltar também que, para Kelsen, a jurisdição constitucional, como função legislativa *negativa*, seria uma atividade de mera aplicação da Constituição, e não um ato de criação do direito, como acontece na atividade legislativa *positiva*. Isso porque, enquanto o legislador positivo só está preso à Constituição no que concerne ao seu procedimento - e de forma excepcional ao seu conteúdo (conteúdo material) - isto é, tem um campo de atuação bastante abrangente; o legislador negativo - da jurisdição constitucional - tem a sua atuação absolutamente determinada pela Constituição, ou seja, tem a função de avaliar apenas se as determinações constitucionais foram (ou não) transpostas<sup>46</sup>. É possível dizer, portanto, que o juiz constitucional de Kelsen é caracterizado como um terceiro imparcial, chamado a fazer um

---

<sup>44</sup> A discussão entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem dever ser o defensor da Constituição é, em síntese, a seguinte: Para Carl Schmitt, o Poder Judiciário não pode ser o defensor da Constituição e, portanto, atuar no controle de constitucionalidade das leis, por uma série de limitações, entre elas: a) a de que o Judiciário estaria adstrito à norma, razão porque não poderia proferir uma decisão soberana quando necessário; b) a de que uma decisão judicial ocorre após um dado evento, ou seja, se aplica a feitos passados e não a futuros, como ocorre no controle de constitucionalidade; c) a de que o Judiciário tem uma atuação incidental ou acessória, ou seja, atua no caso concreto, em um processo judicial. Em várias passagens da obra de Schmitt (*La defensa de la Constitución*), o autor destaca que a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das normas seria uma atuação legislativa, papel que não caberia ao Judiciário, o qual não é eleito pelo povo. Schmitt sustenta que o defensor da Constituição deveria ser o presidente do *Reich*, porque este tem o poder de estabelecer o estado de exceção e detém a legitimidade popular. Hans Kelsen, por sua vez, sustenta a legitimidade do Tribunal Constitucional e a sua jurisdição, com os seguintes argumentos: a) 'ninguém pode ser o juiz de sua própria causa', ou seja, não poderiam os poderes representativos analisar a constitucionalidade de seus próprios atos e leis; b) que a única diferença entre o Tribunal Constitucional e outro órgão judicial era que o Tribunal Ordinário produz normas que resolvem controvérsias específicas, enquanto o Tribunal Constitucional anula normas, atuando como 'legislador negativo'; c) que o discurso de Schmitt é ideológico e não científico (debate travado nas obras: KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser El defensor de la Constitución?*, texto originalmente publicado em 1930. In. *Jurisdição Constitucional*, 2003, p. 237 e ss. e SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. 2.ed. Madri: Editorial Tecnos, 1998).

<sup>45</sup> PRIETO SANCHÍS, p. 151-152.

<sup>46</sup> *Ibid*, p. 153.

juízo de compatibilidade lógica entre a Constituição e a lei, e não um juízo de adequação ou justiça, com a pretensão de disciplinar a vida social<sup>47</sup>.

Para uma melhor compreensão dos argumentos de Kelsen, é necessário ter em mente que a sua visão é construída a partir de um modelo de Constituição enxuto, o qual, como visto, se baseia na disciplina de mecanismos de elaboração das leis e em um elenco de limitações materiais reduzido e bem definido. O próprio autor assume que a utilização de *conceitos abertos* – como justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. – pode ser extremamente perigoso na jurisdição constitucional, uma vez que, se o tribunal é chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei, e a considera injusta com base em algum princípio aberto, a força deste tribunal pode se tornar simplesmente insuportável<sup>48</sup>.

De acordo com o austríaco, a utilização de *conceitos abertos* é especialmente perigoso pelo fato de que a concepção de justiça esboçada pelo tribunal pode estar em total desconformidade com a concepção da maioria da população, ou seja, tal atuação pode levar a uma transferência de poder das maiorias para o tribunal. Assim, segundo Kelsen, para evitar esse tipo de deslocamento de poder, a Constituição deve - sobretudo se criar um tribunal constitucional - formular de forma mais precisa possível os princípios relativos ao conteúdo das leis<sup>49</sup>. Para empregar uma linguagem mais moderna, seria possível dizer que o Tribunal Constitucional concebido por Kelsen se ocupa de regras, e não de princípios; ele se move no campo do que é determinado, sendo a indeterminação da Constituição campo de competência do Legislador, e não do Tribunal Constitucional<sup>50</sup>.

Assim, e apenas para encerrar o ponto, é preciso dizer que Kelsen acreditava que um tribunal respeitoso com o legislador não poderia exercer uma atividade que interferisse no âmbito da discricionariedade legislativa. E é justamente por isso que o autor rechaçava a técnica da *judicial review*, já que acreditava que ela abarcava um processo criador na decisão jurídica<sup>51</sup>. Em suma, pode-se dizer que o modelo kelseniano de justiça constitucional tenta reunir dois critérios que são tendencialmente contraditórios: os ideais de constitucionalidade e de supremacia da lei. Nos moldes delineados, a Constituição não é vista em termos meramente retóricos, mas tampouco é considerada fonte imediata de direitos e obrigações<sup>52</sup>.

A título de mero esclarecimento, gize-se que o sistema de constitucionalidade dito europeu, de Kelsen, em posição diametralmente oposta ao sistema americano, não apenas criou uma Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), na qual concentrou a competência exclusiva

---

<sup>47</sup> *Ibid*, p. 89.

<sup>48</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 169-170.

<sup>49</sup> KELSEN, *loc. cit.*

<sup>50</sup> PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 88-89.

<sup>51</sup> *Ibid*, p. 85-87.

<sup>52</sup> *Ibid*, p. 91.

para decidir questões de constitucionalidade, mas também confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessita de um pedido especial (*Antrag*), isto é, deveria ser desempenhado por meio de uma ação especial por alguns órgãos políticos<sup>53</sup>. Diversamente do sistema americano, o sistema europeu é inteiramente desvinculado dos casos concretos; e também de forma bastante diversa dos Estados Unidos, onde o controle é feito por *via incidental*, na Áustria é feito por *via principal*, isto é, por *via de ação*, mediante instauração de autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional<sup>54</sup>.

Nessa direção, como já destacado, apesar de o modelo de Kelsen ter sido colocado em prática na Áustria a partir da Constituição de 1920, a experiência teve uma vida curta, pois foi interrompida pela ascensão nazista. Após a Segunda Guerra Mundial, contudo, diante das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, a onda constitucional trouxe não apenas novas Constituições, mas também mecanismos de jurisdição constitucional, com a finalidade de proteger esses novos direitos. Segundo aponta Barroso, a fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficaram imunizados em relação ao processo político majoritário, tendo o Judiciário como o seu protetor<sup>55</sup>, ou seja, as cortes constitucionais foram adotadas - juntamente com as Constituições, que tiveram provisões extensas de direitos - tendo a revisão constitucional se associado à proteção de direitos<sup>56</sup>.

O modelo de jurisdição constitucional formulado por Kelsen se tornou a base das Cortes Constitucionais europeias no pós-guerra<sup>57</sup>, tendo sido adotado por países como a Alemanha

---

<sup>53</sup> Cappelletti destaca que no originário sistema austríaco, os juízes não tinham o poder de realizar o controle de constitucionalidade das leis, não tinham o poder de não aplicar as leis que consideravam inconstitucionais, bem como não tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. A questão de constitucionalidade das leis podia ser arguida apenas por órgãos políticos (e não judiciário), que estavam indicados na Constituição, quais sejam: o Governo Federal (para pedir o controle de constitucionalidade de leis dos Länder) e o Governo dos Länder (tratando-se de controle de leis federais). Entretanto, a lei austríaca de revisão de 1929 modificou parcialmente este sistema, incluindo a legitimação de dois órgãos do Poder Judiciário para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle de leis, quais sejam: *Oberster Gerichtshof* (à Corte Suprema para causas civis e penais) e o *Verwaltungsgerichtshof* (à Corte Suprema para causas administrativas). Apesar disso, aos juízes comuns ainda era proibido efetuar o controle de constitucionalidades das leis, o que foi modificado no sistema italiano (Constituição Italiana de 1948) e alemão (Constituição de Bonn de 1949), que se inspiraram no modelo austríaco. Em suma, na Itália e na Alemanha, os juízes comuns podem – embora não possam realizar o controle de constitucionalidade, como ocorre no modelo norte-americano – submeter a questão de constitucionalidade verificada no caso concreto à apreciação da Corte Constitucional, a fim de que seja por ela decidida, com caráter vinculatório (CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 101-114)

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 104-105.

<sup>55</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 68-69.

<sup>56</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 85.

<sup>57</sup> “Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), [...]. A partir daí, o modelo dos tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu em Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). [...]. Atualmente na Europa, além do Reino Unido,

(1951), Itália (1956), e, com a democratização ocorrida na década de 70, também pela Espanha (1978) e Portugal (1982). Segundo aponta Ginsburg, não é por acaso que estes são os países pós-fascistas: os traços convencionais de desenvolvimento no pós-guerra era uma nova consciência de direitos e limitações naturais da lei e do poder das legislaturas<sup>58</sup>. A designação de cortes constitucionais faz uma boa dose de sentido em novas democracias, o que se vê tanto no caso de países pós-fascistas como, mais tarde, nos contextos pós-comunistas<sup>59</sup>. Ginsburg destaca que o contexto de descolonização e de reconstrução constitucional também fez com que outros países como a Índia e o Japão adotassem formas de revisão constitucional. Nestes e em outros casos, a expansão da jurisdição constitucional ocorreu em novas democracias, nas quais a tradição de direitos estava comprometida<sup>60</sup>.

Nesta segunda onda, os níveis de atividade das Cortes variaram, contudo, é possível dizer que várias destas Cortes emergiram como as principais forças em suas sociedades, a exemplo da Alemanha, Itália e Índia<sup>61/62</sup>. Separadamente, Charles de Gaulle na França desenvolveu um modelo distinto de revisão constitucional, no qual instituiu um controle preventivo de constitucionalidade das leis, confiado ao Conselho Constitucional, o qual passou a desempenhar um papel cada vez mais importante na vida pública francesa, sobretudo a partir de 1970<sup>63</sup>.

somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*" (BARROSO, 2009, p. 69).

<sup>58</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 85.

<sup>59</sup> GINSBURG, *loc. cit.*

<sup>60</sup> "Outside Europe, the wave of decolonization and constitutional reconstruction led other countries to adopt constitutional review. India's new democracy adopted a model of judicial review in which the Supreme Court had a carefully circumscribed power of review. Japan's American-drafted constitution also contained provision fo judicial review on the American model. In these and other cases, constitutional review spread to new democracies where rights traditions were relatively underdeveloped" (GINSBURG, *loc. cit.*).

<sup>61</sup> "These second wave institutions varied in their levels of activity, but several courts emerged as major forces in their societies. Over time, the Indian Supreme Court transformed the original constitutional scheme to greatly its power (Baxi 1980). Volcansek (1994) has emphasized the role of the Italian Court in striking down pieces of fascist legislation one at a time, maintaining the legitimating fiction that the Italians had won the War. Germany proved to be exceptionally fruitful soil for constitutional review, combining as it did a federal system with a post-fascist yearning for rights" (GINSBURG, *loc. cit.*).

<sup>62</sup> A Corte Constitucional da Alemanha é sem dúvida a mais influente Corte fora dos Estados Unidos em termos de sua estrutura institucional e jurisprudência. Veja-se: "[...] baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira "revolução de idéias", especialmente no direito civil. De fato, [...] a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação. De parte disso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas) e direito dos contratos" (BARROSO, 2009, p. 81-82).

<sup>63</sup> Recentemente na França foi aprovada a possibilidade de controle *a posteriori*. Sobre o tema, Sarmento e Souza Neto: "Em 2008, aprovou-se emenda constitucional na França, regulamentada em 2010, que instituiu no país a chamada "Questão Prioritária de Constitucionalidade" (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*).

Mesmo nas sociedades politicamente sem autorização para realizar o controle de constitucionalidade se pôde ver a repetição, em alguns casos, do truque de Marshall em *Marbury x Madison*, com a reivindicação do poder para si. É o caso de Israel, que não possui uma Constituição escrita, mas onze leis fundamentais. O país criou a sua versão de *Marbury x Madison*, qual seja, *United Mizrahi Bank*, no qual a Corte declarou pela primeira vez inconstitucional uma lei do Parlamento israelense (lei que exonerava assentamentos agrícolas de pagar débitos em face de bancos locais). Depois disso, a Corte tornou-se um importante agente político, decidindo questões importantes<sup>64</sup>.

É necessário dizer que a expansão da revisão constitucional no segundo pós-guerra consistiu um importante baluarte contra os govenos arbitrários. As Cortes foram capazes de angariar certa legitimidade na limitação do Estado, e, como dito, muitas delas emergiram como as principais forças em suas sociedades. Sem dúvida que o desempenho real da atuação das Cortes variou em razão das circunstâncias políticas locais de cada país, etc., contudo, pode-se afirmar que elas, em geral, foram bem-sucedidas e se tornaram um ideal que muitos outros países passaram a aspirar.

### 2.3. A terceira onda

A terceira onda de expansão da jurisdição constitucional se iniciou com a queda do Muro de Berlim (1989), período que levou à edição de várias Constituições escritas, que previram alguma possibilidade de revisão judicial, seja realizada por meio de uma corte constitucional, seja por meio de uma corte ordinária<sup>65</sup>. Cortes Constitucionais foram instituídas em países africanos, como em Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003)<sup>66</sup>; bem como em países do

---

Ela dispôs que as partes podem arguir incidentalmente a inconstitucionalidade de lei, por ofensa a direitos e liberdades fundamentais garantidos pela Constituição francesa, no âmbito de processos judiciais e administrativos. Os magistrados da Justiça Comum ou do contencioso administrativo devem encaminhar a questão suscitada à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado (instâncias finais nas respectivas áreas), que, por sua vez, podem provocar o Conselho Constitucional, cuja decisão terá eficácia geral. São pressupostos da questão prioritária: a) que a lei questionada seja aplicável ao litígio ou ao procedimento em andamento; b) que não haja decisão anterior do Conselho Constitucional sobre a sua validade (salvo caso relevante de mudança das circunstâncias, em que o Conselho pode ser instado a pronunciar-se de novo); e c) que a questão constitucional não seja considerada “desprovida de caráter sério (*dépourvue de caractere sérieux*)” (SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, p. 75).

<sup>64</sup> “[...] como a controvérsia sobre quais imigrantes são considerados judeus (e, assim, podem gozar dos respectivos benefícios governamentais) e o complexo equilíbrio entre os valores seculares e religiosos em uma sociedade que se autointitula um Estado Democrático e Judaico” (BRANDÃO, *op. cit.*, p. 77).

<sup>65</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 87

<sup>66</sup> BARROSO, *loc. cit.*

leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993)<sup>67</sup>.

Ginsburg destaca que o contexto de uma história pródiga de direitos representou um fator determinante na expansão da jurisdição constitucional nos países pós-soviéticos, a exemplo do que também ocorreu no pós-guerra. É preciso dizer que no contexto pós-soviético, os juízes estavam totalmente identificados com a necessidade de restringir o governo e de modo especial, condescendentes com a proteção de direitos. Nos países africanos não era diferente. A legitimidade da jurisdição constitucional era tal, que no pós-*apartheid*, na África do Sul, coube à Corte Constitucional a aprovação do projeto final da Constituição, e, mesmo com a rejeição inicial da proposta, não houve protesto negativo significativo. Em geral, a revisão foi vista como uma restrição inerente e valiosa sobre a democracia, sendo que a chamada dificuldade contramajoritária quase não foi levantada<sup>68</sup>.

Em boa parte dos países da América Latina, a expansão da jurisdição constitucional foi uma decorrência da superação dos regimes militares (década de 80), a exemplo do que ocorreu no Brasil. Embora o controle de constitucionalidade exista em nosso país desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso - americano), tendo sido ampliado após a Emenda Constitucional nº 16/65 (controle principal e concentrado - europeu), a jurisdição constitucional expandiu-se verdadeiramente somente a partir da Constituição de 1988, tendo como causa determinante a ampliação do direito de propositura<sup>69</sup> e a criação de novos mecanismos de controle concentrado (como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental)<sup>70</sup>.

Deve-se dizer que, no Brasil, as Constituições anteriores a 1988 não eram vistas como normas jurídicas autênticas, mas muitas vezes como meras fachadas<sup>71</sup>, e, embora deficientes na

---

<sup>67</sup> BARROSO, 2009, p. 69.

<sup>68</sup> GINSBURG, *loc. cit.*

<sup>69</sup> “Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade” era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esta hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103” (BARROSO, 2009, p. 69).

<sup>70</sup> BARROSO, *loc. cit.*

<sup>71</sup> Sobre as Constituições como meras fachadas, Sarmiento destaca que: “[...] a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as forças armadas” (SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Por um**

consagração de direitos, a sua implementação quase sempre dependia da vontade política, o que normalmente não acontecia<sup>72</sup>. Com a promulgação da Constituição de 1988, a qual institucionalizou a instauração de um regime democrático no país, após vinte e um anos de regime militar ditatorial, esse panorama se modificou, e, como marco jurídico de transição, a Carta de 88 alargou significativamente o campo dos direitos fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria<sup>73</sup>.

Apesar disso, e mesmo após a sua promulgação, a Constituição de 1988 não era vista como uma norma jurídica autêntica, mas sim como um repositório de promessas, cuja efetivação dependia do legislador e dos governantes de boa vontade. Em resposta a essa constatação, logo após a promulgação do texto, surgiu um movimento jurídico-acadêmico denominado *doutrina brasileira da efetividade*<sup>74</sup>, no qual alguns autores como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève passaram a sustentar que a Constituição, como norma jurídica, deveria ser aplicada como tal pelos juízes. A doutrina da efetividade sustentava basicamente que a Constituição deveria ser aplicada diretamente à realidade social, independentemente da intermediação legislativa, o que veio a contribuir para a implementação dos direitos nela consagrados, promovendo a justiça, liberdade e igualdade<sup>75</sup>.

Em resumo, é possível dizer que uma das grandes mudanças de paradigma ocorrido ao longo do século XX foi a atribuição de *status* jurídico à norma Constitucional. Para além da realidade norte-americana – na qual a supremacia da Constituição prevaleceu desde o nascimento da *judicial review* – superou-se o modelo que vigorou na Europa até a Segunda Guerra, de que a Constituição era um documento meramente político<sup>76</sup>. Além disso, em contextos cuja história se mostrava pródigal na consagração de direitos, como nos países pós-soviéticos, africanos, e naqueles que vivenciaram regimes militares, a constitucionalização se desenvolveu intensamente. A revisão constitucional, desde então, tem ajudado a espalhar os valores liberais e democráticos para novas culturas constitucionais<sup>77</sup>.

---

**Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 245).

<sup>72</sup> *Ibid*, p. 246.

<sup>73</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 25.

<sup>74</sup> A expressão “doutrina brasileira da efetividade” foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto no trabalho: *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático.* In. Luiz Roberto Barroso (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

<sup>75</sup> SARMENTO, 2010, p. 247.

<sup>76</sup> BARROSO, 2009, p. 67.

<sup>77</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 88.

**Revista Publicum**

**Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 241-272**

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2017.29203

### 3. As condições facilitadoras para a expansão da jurisdição constitucional em um plano global

A partir da década de 1990, um estudo de ciência política realizado por Tate e Vallinger foi precursor ao verificar que o fenômeno da constitucionalização decorrente a partir do esfacelamento da União Soviética, bem como da democratização da América Latina, Ásia, e África, veio acompanhado de uma *expansão global do Poder Judiciário* e de uma considerável *judicialização da política*. Tal conceito compreende a expansão da competência dos tribunais ou juízes em detrimento dos políticos e (ou) dos administradores, isto é, a transferência do direito de tomar decisões de gabinete, de legislatura ou de serviço civil para os tribunais<sup>78</sup>. A elaboração de teorias explicativas gerais sobre a expansão da atuação do Poder Judiciário é algo difícil, tendo em vista que os processos de constitucionalização ocorreram em cenários diferentes, e, evidentemente, características específicas não devem ser descartadas. De qualquer modo, e mesmo ciente de que outras condições poderiam ser elencadas, pretende-se apresentar uma visão geral das condições trazidas por Tate e Vallinder e por Ginsburg, bem como tecer alguns comentários sobre cada uma delas.

Passamos, então, a elencar as seguintes condições:

a) *Democracia*: a relação entre a expansão da jurisdição constitucional e a democracia é estreita, como restou evidente ao longo deste estudo. Embora pareça paradoxal, uma vez que o controle de constitucionalidade normalmente é criticado por ser antidemocrático, ele é, ao contrário, “um produto da democracia e tende a expandir-se em compasso com a sua aplicação”<sup>79</sup>. Isso é manifesto quando se nota que as ondas de afirmação do controle de constitucionalidade foram antecedidas por processos de democratização, a exemplo do que ocorreu com os Estados Unidos, nos países europeus, pós-soviéticos e na América Latina (após os regimes militares).

b) *Federalismo*: Ginsburg afirma que no contexto norte-americano, o federalismo permitiu a expansão da jurisdição constitucional por duas razões: 1) existência de conflitos de jurisdição (o que sempre haverá onde existirem corpos legislativos com jurisdições diferentes); 2) possibilidade de os Estados colocarem barreiras protecionistas no sistema de livre comércio. Nestas situações, a jurisdição constitucional tem um papel importante na resolução de conflitos. Fora dos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade foi raramente previsto e ainda mais raramente utilizado antes da Segunda Guerra Mundial, o que sugere que a revisão constitucional era relativamente limitada antes do século XX, por existirem poucos sistemas federais. No entanto, a adoção da revisão constitucional, após a Segunda Guerra Mundial, em muitos países,

---

<sup>78</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p.13.

<sup>79</sup> BRANDÃO, *op. cit.*, p. 72.

sem federalismo, e sem problemas de comércio, insinua que esta dinâmica pode ser relevante, mas não uma condição necessária para a sua criação e expansão<sup>80</sup>.

c) *Separação dos Poderes*: a separação dos poderes, assim como o federalismo, provoca problemas de coordenação – positivos ou negativos<sup>81</sup> - entre os departamentos relativamente independentes, os quais normalmente são resolvidos pelo Judiciário. A relação entre separação dos poderes e expansão da atividade judicial pode ser constatada a partir das formas administrativas empregadas nos Estados Unidos e na Europa. Enquanto os Estados Unidos - os quais são avessos a qualquer forma de concentração de poder - adotaram uma estrutura altamente descentralizada; os países europeus construíram uma burocracia administrativa centralizada. O resultado foi que os juízes norte-americanos passaram a desempenhar historicamente uma função muito mais relevante do que os juízes europeus no que se refere aos problemas de coordenação entre os Poderes<sup>82</sup>.

d) *Percepção das instituições de decisão política*: conforme destaca Tate, a incapacidade das instituições majoritárias de realizar políticas públicas eficazes levou com que grupos de interesse e instituições sociais as vissem como inertes, ineficazes, preocupadas com interesses próprios e, ainda, corruptas. Tal percepção, segundo o autor norte-americano, favorece a busca pelos tribunais, os quais têm reputação de boa competência e retidão. Contudo, é preciso ressaltar que esta tendência apenas se verifica quando o Poder Judiciário é reconhecido na sociedade com mais respeito e legitimidade do que as outras instituições<sup>83</sup>.

e) *Instituições majoritárias ineficazes*: os partidos políticos, segundo enuncia Tate, incapazes de governar com uma disciplina interna, e com dificuldades de formar maiorias legislativas (por problemas de coalizão), encontram obstáculos em desenvolver políticas eficazes, o que também aumenta a busca pelos tribunais. Segundo o autor, há uma tendência dos grupos de interesse e dos cidadãos em mobilizar o Judiciário, para que ele atue em disputas que deveriam ser deixadas aos processos majoritários, visando realizar a sua agenda política<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 83-84.

<sup>81</sup> “Note-se [...] que os “conflitos de coordenação” que costumam ser deslindados pelo Judiciário se referem não apenas a “conflitos positivos” em que dois ou mais entes públicos se julgam competentes para a prática de um ato, mas também aos “conflitos negativos”, em que entes se atribuem reciprocamente a competência para a prática de um ato. Hipótese frequente da última situação ocorre com a negativa de instituições politicamente legitimadas se pronunciarem sobre temas altamente controversos na sociedade, diante do temor de que qualquer posição assumida lhe cause sérios danos eleitorais. Constitui clássico exemplo a postura do Presidente Luís Inácio Lula da Silva diante do debate sobre a aplicação, ou não, da lei da anistia aos acusados de tortura durante o regime militar. Diante da notável polarização, sobretudo, entre as Forças Armadas e setores mais à esquerda do espectro político (muitas delas atuantes no próprio partido do Presidente), o Presidente Lula afirmou que se trata de *assunto da Justiça* (BRANDÃO, *op. cit.*, p. 75-76)

<sup>82</sup> *Ibid*, p. 75,

<sup>83</sup> TATE; VALLINDER, *op. cit.*, p. 28-34.

<sup>84</sup> TATE; VALLINDER, *loc. cit.*

f) *Catálogo de direitos*: a existência de um catálogo de direitos, especialmente se considerado superior às leis e garantido por meio do controle de constitucionalidade, é uma condição relevante para a expansão da jurisdição constitucional. Ao longo deste estudo foi possível verificar que a jurisdição constitucional se desenvolveu especialmente no período do pós-guerra, ocasião em que as Constituições apresentaram uma característica em comum - eram mais generosas e extensas na consagração de direitos. É evidente que a importância conferida a uma política de direitos refletirá nos trabalhos das Cortes, as quais se tornam as protagonistas dessa política. Contudo, deve-se destacar que a existência de um catálogo de direitos é uma condição facilitadora, porém, não indispensável à expansão da jurisdição constitucional<sup>85</sup>, o que é manifesto quando se toma em consideração o caso de Israel<sup>86</sup>.

g) *Uso dos tribunais pelos grupos de interesse*: o desenvolvimento e a expansão de uma política de direitos, para Tate, podem, muitas vezes, levar grupos de interesses, que não encontram benefícios nos processos de decisão majoritária, a utilizar as Cortes para alcançá-los. À medida que os grupos vão descobrindo a utilidade potencial das Cortes na realização de seus objetivos, eles ampliam a compreensão dos "direitos", para incluir os seus interesses próprios, que apenas remotamente estão ligados a qualquer base constitucional<sup>87</sup>.

h) *Uso dos tribunais pela oposição*: as oposições políticas ajudam a expandir a jurisdição constitucional na medida em que elas usam as Cortes para perseguir, ou mesmo impedir os governantes de exercer o mandato para o qual foram eleitos, freando, obstaculizando, e até mesmo inviabilizando, as medidas governamentais colocadas em curso, por mais que as Cortes possuam meios para evitar tal ação<sup>88</sup>.

Todos estes fatores, notadamente, facilitaram a expansão da jurisdição constitucional e a atuação do Poder Judiciário, em geral, em todo o mundo. Contudo, entende-se que outros fatores políticos, estratégicos e jurídicos estiveram presentes durante o processo de expansão da jurisdição constitucional, os quais, embora implícitos, certamente guiaram a atuação das Cortes Constitucionais globalmente. Tais fatores explicam, em grande parte, porque atores políticos importantes na estrutura constitucional consentem e até mesmo apoiam um Judiciário independente, mesmo tendo mecanismos de fácil acesso para limitar a sua atuação. Isso ainda

---

<sup>85</sup> *Ibid*, p. 28-34.

<sup>86</sup> Como mencionado, Israel não possui uma constituição escrita, mas sim onze leis fundamentais. Não obstante, o país conta com uma forma de controle de constitucionalidade. Israel criou a sua versão de *Marbury x Madison*, qual seja *United Mizrahi Bank*, no qual o tribunal declarou pela primeira vez inconstitucional uma lei do parlamento israelense (lei que exonerava assentamentos agrícolas de pagar débitos em face de bancos locais).

<sup>87</sup> TATE; VALLINDER, *op. cit.*, p. 28-34.

<sup>88</sup> TATE; VALLINDER, *op. cit.*, p. 28-34.

representa um enigma, o qual precisa ser desvendado, inclusive para fins de (re)pensar o futuro das Cortes Constitucionais.

#### 4. O futuro da jurisdição constitucional?

Para desenvolver este ponto, parte-se da premissa de Ginsburg, que - a partir das teorias neoinstitucionalistas<sup>89</sup> - afirma que o futuro da revisão constitucional será determinado pela dinâmica observada em contextos externos ao Judiciário, suas decisões ou autopercepção. Para o autor, os juízes continuarão a decidir questões centrais da vida social, política e econômica como questões de direito constitucional, mas eles vão fazer isso sujeitos a restrições de forças políticas externas. Dessa forma, habilidade judicial e ousadia vão determinar se os juízes serão submetidos às diversas formas de punição que os políticos têm à sua disposição, bem como se a jurisdição constitucional poderá manter a sua reputação institucional como um dispositivo de escolha para atores constitucionais do século XXI<sup>90</sup>.

Os sistemas constitucionais geralmente oferecem garantias institucionais de independência judicial (por exemplo, proibições contra redução de salários, vitaliciedade, etc.), mas, as Constituições, especialmente as promulgadas no segundo pós-guerra, também são dominadas por políticos e partidos que esperam desempenhar um papel importante no sistema político que está sendo constituído. Vanberg dirá que, por mais que as Constituições incorporem recursos institucionais que promovam a independência judicial, essas disposições não garantem necessariamente que o Judiciário vai ser independente de fato a partir do momento em que a política começa a se desenrolar<sup>91</sup>.

Para o autor, as majorias políticas que estão insatisfeitas com determinadas decisões judiciais, ou que se opõem à atuação judicial de alguma maneira, podem se utilizar de algumas “lacunas” para “punir” o Judiciário, reduzindo a sua independência. Essas majorias muitas vezes mantêm o controle sobre detalhes importantes, tais como o tamanho do Judiciário, sua jurisdição, orçamento, decisão sobre *impeachment*, etc. Além disso, a execução de decisões judiciais, não raro, demandam a cooperação de outros decisores políticos, abrindo a porta para a

---

<sup>89</sup> Jeb Barnes expõe que as teorias neoinstitucionalistas compreendem que as motivações judiciais são mais complexas do que as aquelas apontadas pelas teorias pós-positivistas (que vêm o estado de espírito do juiz como fator determinante na decisão) e comportamentalistas (que vêm a ideologia do juiz como um fator determinante na decisão), e que para a análise dessas motivações é preciso levar em consideração a reunião de fatores políticos, estratégicos e jurídicos (BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 58-64).

<sup>90</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 95.

<sup>91</sup> VANBERG, Geog. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of Law and politics**. New York: Oxford University Press, p. 102-106.

resistência. Agentes eleitos que estão insatisfeitos com as decisões proferidas ou que têm esperança de garantir resultados favoráveis em processos pendentes podem ser tentados a usar essas ferramentas para e tornar o Judiciário mais flexível e ameaçar a sua independência<sup>92</sup>.

A história americana pode dar bons exemplos nesse sentido. O primeiro e mais paradigmático exemplo talvez seja o *Court-packing Plan*, já mencionado neste estudo, o qual consistiu um ataque que visou aumentar o número de juízes, e, dessa forma, criar maioria para a implementação de um plano econômico. A história americana demonstra, ainda, que pedidos de *impeachment* (ou a sua ameaça) foram utilizados como intimidação à Corte. Cite-se o pedido de *impeachment* de Samuel Chase (1803). Outrossim, depois que a Suprema Corte julgou o caso da dessegração racial nas escolas públicas (*Brown vs Board of Education*), em 1954, adesivos para carros, em todo o Sul, proclamavam "*Impeachment Earl Warren*"<sup>93</sup>. Por fim, oportuno consignar que, no final da década de 1960, Richard Nixon tornou o ponto focal de sua campanha o combate ao ativismo da Suprema Corte<sup>94</sup>.

Outra ferramenta que pode ser utilizada como forma de barganha e retaliação é o poder que o Congresso dispõe sobre os orçamentos e os salários dos juízes. Um emblemático caso nesse sentido também se viu na histórica norte-americana: o caso *Reynolds v. Sims*<sup>95</sup>. Segundo Miller, as Constituições tradicionalmente conferem ao Parlamento o poder de aprovar o orçamento dos tribunais e de aumentar os salários dos juízes, o que faz com que muitas vezes as Cortes tenham que ficar submetidas às determinações do Congresso<sup>96</sup>.

Outra forma de ataque às Cortes pode se dar através da remoção de certos tipos de casos de sua esfera de competência. Em 1869, temendo que a Suprema Corte declarasse inconstitucional os atos de reconstrução, o Congresso retirou da Corte a jurisdição sobre as ações de *habeas corpus* (caso *McCardle*)<sup>97</sup>. E, ainda nessa linha, cabe apontar que, embora muitas vezes

---

<sup>92</sup> *Ibid*, p. 102-103.

<sup>93</sup> MILLER, Mark C. The view of the courts from the Hill: a neo-institutional perspective. In. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 65.

<sup>94</sup> FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 69.

<sup>95</sup> “[...] Exemplo pitoresco se deu com a insatisfação do Congresso Nacional dos Estados Unidos com a decisão proferida em *Reynolds v. Sims*, que, ao afirmar o princípio *one man one vote*, resenhou distritos eleitorais, prejudicando parlamentares e partidos que se beneficiavam do sistema antigo. Em resposta, o Senado emendou proposição legislativa aprovada na Câmara que dava aumento de \$ 7.500 (sete mil e quinhentos dólares) a todos os juízes federais, com a finalidade de aumentar os vencimentos dos juízes da Suprema Corte em apenas \$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares). O Senador John Tower explicou a emenda parlamentar da seguinte forma: *Se a Suprema Corte parece entender que pode legislar e emendar a Constituição, talvez os seus juízes devam ganhar o mesmo que os parlamentares*” (BRANDÃO, *op. cit.*, p. 233).

<sup>96</sup> MILLER, *op. cit.*, p. 64-65.

<sup>97</sup> William H. McCardle era um jornalista do Mississippi, que havia sido detido e preso por um comandante militar sob a *Military Reconstruction Act*, de 1867, por publicar uma série de editoriais fortemente críticos à Reconstrução em seu jornal no Mississippi. Em razão de sua prisão, McCardle impetrou um *habeas corpus* perante

a Corte não receba um ataque institucional ou ameaça direta, existirão situações em que ela terá decisões individuais descumpridas. Sabe-se que o Judiciário depende da atuação dos outros ramos para dar cumprimento às suas decisões, os quais podem muitas vezes a querer descumprí-las. Sobre o tema, Vanberg aduz que os atores políticos podem entender que a sua "contribuição" à revisão judicial (no sentido de cumprir as decisões individuais) não é essencial para a manutenção da instituição, contudo, segundo o autor, se muitos decisores políticos escolhem se opor às decisões com as quais não concordam, a revisão judicial independente pode quebrar no agregado<sup>98</sup>.

Dito isso, é possível indagar: o que leva então os poderosos atores políticos a estabelecer e manter uma instituição que restringe o seu poder, quando teriam mecanismos para prejudicá-la? Vanberg diz que - sob uma perspectiva endógena - um Judiciário independente, ao invés de impor custos sobre demais atores políticos, serve, ao contrário, aos seus propósitos. Para o autor, a independência judicial forneceria alguns benefícios aos atores políticos, os quais dificilmente poderiam ser garantidos de outra maneira. Estes benefícios são tão significativos que esses atores preferem um sistema judicial independente, mesmo que desaprovem decisões particulares ocasionais<sup>99</sup>.

Vanberg traz um exemplo ilustrativo: ao estabelecer incentivos adequados ao investimento e ao empreendedorismo na sociedade, o governo terá um compromisso firme em respeitar e fazer respeitar os direitos de propriedade, criando condições favoráveis para o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, um sistema judicial independente caracterizaria um mecanismo importante para alcançar este objetivo, tornando crível o compromisso do governo. Isso porque poderia proteger os cidadãos contra incursões em sua propriedade. A capacidade de assumir compromissos críveis constitui um benefício que pode levar os atores políticos a favorecer um Judiciário independente<sup>100</sup>.

Outro benefício seria a possibilidade de poder delegar decisões difíceis ou impopulares a outros decisores, ou seja, ao invés de tomar decisões que carregam um risco eleitoral, os atores

---

cortes federais regulares sob o fundamento de que os *Reconstruction Acts* – que sujeitava os civis a julgamento perante uma comissão militar – eram inconstitucionais.<sup>97</sup> Para evitar a possibilidade de que a Suprema Corte usasse a sua prerrogativa de julgar o recurso no *writ* impetrado por McCardle para desafiar os esforços da reconstrução, os republicanos radicais, sob o veto do Presidente Johnson, aprovaram uma legislação para retirar da Corte jurisdição para julgar recursos em decisões proferidas em *habeas corpus* (julgados por tribunais inferiores), incluindo o *writ* impetrado por McCardle. Posteriormente, discutiu-se a constitucionalidade da referida lei no caso *Ex Parte McCardle* (1869), tendo a Suprema Corte aceitado os limites que o Congresso colocou sobre a sua jurisdição, i. é, não derrubou a lei como inconstitucional (MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.60).

<sup>98</sup> VANBERG, *op. cit.*, p. 112-113.

<sup>99</sup> *Ibid*, p. 106-107.

<sup>100</sup> *Ibid*, p. 107.

políticos podem preferir passar esses problemas a terceiros, inclusive ao Judiciário. No entanto, esta estratégia de "passar a bola" só funciona se o outro ator político é independente, o que fornece mais um bom motivo para que os interessados apoiem a autonomia judicial<sup>101</sup>.

Vanberg aponta, ainda, um último benefício, o qual não incide sobre os interesses dos atores propriamente ditos, mas sobre os diferentes lugares que os partidos políticos ocupam ao longo do tempo. Embora cada partido prefira não se sujeitar ao controle judicial no exercício de seu mandato, podem estar dispostos a tolerar esta restrição na expectativa de que outros partidos também tenham que respeitar um sistema judiciário independente quando chegarem ao poder. Nessa linha, a autonomia judicial seria mantida pela reciprocidade entre os atores políticos tentando proteger os seus interesses enquanto fora do poder<sup>102/103</sup>.

Segundo Vanberg, o tema unificador das explicações endógenas para a independência judicial - comentadas aqui - giram em torno da idéia de que a independência judicial é criada e mantida principalmente porque serve aos interesses daqueles que poderiam prejudicá-la. Contudo, e de forma oposta, o autor oferece explicações exógenas à manutenção da independência judicial, ou seja, apresenta razões para explicar porque os atores evitam ameaçar a independência judicial. Em síntese, estas explicações dão destaque especial ao fato de que as tentativas de ameaça à Corte podem ser onerosas demais a esses atores<sup>104</sup>.

A fonte mais importante de custos políticos, para o autor, é o apoio público a um Judiciário independente. Se um número grande de cidadãos acredita que a independência da Corte é um valor constitucional importante, e que o posicionamento dessas pessoas pode ser contrário àqueles atores que ameacem a sua independência, haverá fortes incentivos para que os agentes políticos tolerem um Judiciário independente<sup>105</sup>.

Vanberg registra, ainda, que outra explicação exógena para a independência judicial coloca ênfase no próprio comportamento dos juízes, os quais teriam um papel proeminente para manter a independência judicial. Nessa linha, e na medida em que o apoio público para os tribunais pode ser prejudicado por decisões que sistematicamente vão contra a opinião pública prevalente, as Cortes que contam com o apoio público para manter a sua autoridade e independência tenderão a ser mais sensíveis às atitudes do público, ao invés de assumir

---

<sup>101</sup> VANBERG, *loc. cit.*

<sup>102</sup> *Ibid*, p. 107-108.

<sup>103</sup> Ginsburg também desenvolve uma teoria para explicar a expansão da jurisdição constitucional, aduzindo que esta última seria uma espécie de "seguro político", que atenuaria o risco da perda eleitoral. Para o autor, os grupos políticos que acham que vão estar fora do poder (perderão as eleições), irão criar estímulos para o desenvolvimento da revisão constitucional, pois ela forneceria uma forma alternativa de contestar as ações do governo em curso, evitando que as eleições se tornem um jogo em que o *vencedor leva tudo* (GINSBURG, *op. cit.*, p. 90).

<sup>104</sup> VANBERG, *op. cit.*, p. 110.

<sup>105</sup> *Ibid*, p. 111.

reiteradamente uma postura "contramajoritária". É importante notar que os autores dessa tradição geralmente não argumentam que os tribunais não emitem ou não podem emitir decisões impopulares, mas dizem que a sua capacidade de fazê-lo é limitada<sup>106</sup>.

Sobre o tema, Barry Friedman diz que a opinião pública é a coleira (ou corda elástica) em que a Corte opera. Ele sugere que o Judiciário pode se afastar certa distância da opinião pública, mas que logo se encaixa novamente a ela, sendo, no entanto, difícil testar o cumprimento e a flexibilidade da corda. Para autor, a dinâmica é complexa, mas é possível dizer que tanto as reações negativas, como as reações positivas da opinião pública influenciam a Corte, mas que as informações negativas, especialmente um fluxo constante delas, podem diminuir o apoio público<sup>107</sup>. Nessa linha, Vanberg afirma que, para manter o apoio público, os juízes precisam antecipar e acomodar a opinião pública, visando manter a sua própria independência judicial<sup>108</sup>.

Da mesma forma, os juízes estratégicos podem prudentemente antecipar os interesses de poderosos atores políticos em decisões e acomodá-los de forma a evitar um conflito direto. Nesse sentido, Vanberg levanta uma questão interessante: uma sensibilidade com os interesses dos poderes atores políticos é particularmente importante durante o estabelecimento inicial de um sistema judiciário independente. Isso porque, ao acomodar os atores no início, as Cortes conseguem criar legitimidade e apoio público suficiente que lhes permitirá exercer os seus poderes de forma mais agressiva no futuro. O próprio exemplo de *Marbury v. Madison* se encaixa neste argumento, pois a Suprema Corte dos Estados Unidos (pela decisão de Marshall) não impôs obrigações positivas à administração de Jefferson, evitando assim um conflito direto, porém, posteriormente, teve o seu protagonismo evidenciado<sup>109</sup>.

Barry Friedman diz que no jogo da separação entre os poderes, todas as instituições (incluindo a Suprema Corte) têm preferências sobre os resultados políticos, mas ao agir também devem levar em conta as preferências de outros ramos. Atores de um ramo não têm que agir e depois esperar para ver o que acontece, pelo contrário, eles devem ter em mente a resposta que a sua ação vai gerar e então modificar as suas posições em função da *reação antecipada* dos outros ramos, movendo a política da forma mais próxima do resultado desejado, evitando a reação - que já é esperada - de outro ramo. Para escolher um exemplo familiar, quando o Congresso aprova um projeto de lei, ele obviamente tem que considerar a possibilidade de um veto presidencial, sendo fundamental alguma noção de "reação antecipada", pois não precisa aprovar uma lei e esperar que o Presidente a vete<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> *Ibid*, p. 113-115.

<sup>107</sup> FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 71-72.

<sup>108</sup> VANBERG, *op. cit.*, p. 113-115.

<sup>109</sup> *Ibid*, p. 114-115.

<sup>110</sup> FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 56-57.

O argumento de que os juízes estrategicamente antecipam as tendências da opinião pública e os interesses dos poderosos atores políticos tem uma série de implicações significantes. Estes argumentos destacam o fato de que os próprios juízes - agindo com prudência - desempenham um papel importante no estabelecimento e manutenção da independência judicial (e no estabelecimento e manutenção da própria jurisdição constitucional). Cortes ou juízes que não conseguem prestar atenção às restrições impostas pelo ambiente podem rapidamente provocar um confronto que irá colocar um fim na independência judicial<sup>111</sup> (e até mesmo ao funcionamento da Corte). A experiência da primeira Corte Constitucional pós-soviética da Rússia (1991) é um bom exemplo nesse sentido, pois, depois de agressivamente confrontar o Presidente Yeltsin, este último suspendeu o seu funcionamento, tendo ela voltado a funcionar apenas dois anos depois, mas com poderes drasticamente reduzidos, e depois disso, nunca mais foi tão ativista em matérias politicamente relevantes<sup>112</sup>.

Essas razões, por si só, demonstram que as condições que permitiram a expansão da jurisdição constitucional decorreram de fatores políticos, estratégicos e jurídicos. Desse modo, e na linha anunciada por Ginsburg, entende-se que – quiçá - o futuro da revisão constitucional dependa da dinâmica a ser verificada em contextos externos ao Judiciário. Considerando que as Cortes estão sujeitas a formas de punição que os atores políticos têm à sua disposição, é possível dizer que o sucesso futuro das Cortes Constitucionais dependerá de sua capacidade de se apresentar como um dispositivo de escolha para atores constitucionais do século XXI<sup>113</sup> (trazendo 'benefícios'), bem como de sua habilidade de evitar conflitos diretos e reiterados com os Poderes Políticos (especialmente se não contam com um apoio público adequado). Além disso, dependerá de sua capacidade de manter apoio público ao longo do tempo, o que quer dizer que não devem exagerar no estoque de decisões contramajoritárias, já que isso poderia facilitar que atores políticos promovessem afrontas institucionais.

## Referências

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

---

<sup>111</sup> VANBERG, *op. cit.*, p. 133-115.

<sup>112</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional Courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, v.35, n.1, p.131, 2001.

<sup>113</sup> GINSBURG, *op. cit.*, p. 95.

- ARANTES, Rogério B. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. Disponível em: <<http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/9/9d/Arantes.pdf>>. Acesso em 01 de outubro de 2012.
- BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo. In. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**. Madrid: Inap, 2003.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional Courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, v.35, n.1, p.131, 2001.
- FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Texas Law Review, v. 84, n. 2, 2005.
- GINSBURG, Tom. The Golbal Spread of Constitutional Review. In. WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRAMER, Larry. **The people themselves**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MILLER, Mark C. The view of the courts from the Hill: a neo-institutional perspective. In. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.
- MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill*: interactions between Congress and the Federal Judiciary. Virgínia: University of Virginia Press, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. 2.ed. Madri: Editorial Tecnos, 1998.

SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VANBERG, Geog. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of Law and politics**. New York: Oxford University Press.

**Enviado em: 16/06/2017**

**Aprovado em: 05/08/2017**