

## **NOTAS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: A QUESTÃO DA "ÚLTIMA PALAVRA" E ALGUNS PARÂMETROS DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL**

**Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>1</sup>**

**Daniel Sarmento<sup>2</sup>**

### **A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CHAMADA "DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA"**

Desde o advento da Constituição de 1988 - e sobretudo ao longo da última década - vem se observando no Brasil um progressivo avanço da jurisdição constitucional sobre áreas que tradicionalmente eram ocupadas pelos poderes políticos majoritários - Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário brasileiro, sobretudo o STF, vem assumindo papel muito mais destacado na vida nacional. É difícil que passe um dia sem que os principais jornais do país discutam alguma decisão do STF, de grande relevo social. O principal responsável pela nova estatura política assumida por nossa Corte Suprema é o exercício mais frequente e ativista da jurisdição constitucional.

O fenômeno está longe de ser singularidade brasileira. Pelo contrário, se assiste em praticamente todo o mundo processo semelhante. Prevalecia no cenário mundial,

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFF e da Universidade Gama Filho. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/RJ e Doutor em Direito Público pela UERJ. Secretário-Geral do Conselho Federal da OAB. Advogado e parecerista.

<sup>2</sup> Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ, com pós-doutorado na Yale Law School (EUA). Procurador Regional da República.

até poucas décadas atrás, visão que concebia a Constituição como uma proclamação política, que deveria inspirar o Poder Legislativo, mas não como uma autêntica norma jurídica, geradora de direitos para o cidadão, que pudesse ser invocada pelo Judiciário na solução de casos concretos.<sup>3</sup> A principal exceção a esta forma de conceber o constitucionalismo era representada pelos Estados Unidos.

De forma um tanto esquemática, pode-se afirmar que, até meados do século XX, no modelo hegemônico na Europa continental e em outros países filiados ao sistema jurídico romano-germânico, a regulação da vida social gravitava em torno das leis editadas pelos parlamentos, com destaque para os códigos. A premissa política subjacente a esta concepção era a de que o Poder Legislativo, que encarnava a vontade da Nação, tinha legitimidade para criar o Direito, mas não o Poder Judiciário, ao qual cabia tão somente aplicar aos casos concretos as normas anteriormente ditadas pelos parlamentos.

A imensa maioria dos países não contava, até a segunda metade do século XX, com mecanismos de controle judicial de constitucionalidade das leis, que eram vistos como institutos antidemocráticos, por permitirem um “governo de juízes”.<sup>4</sup> Mesmo em alguns países em que existia a jurisdição constitucional – como o Brasil – o controle de constitucionalidade não desempenhava um papel relevante na cena política ou no dia-a-dia dos tribunais.

Tal quadro começou a se alterar ao final da 2ª Guerra Mundial na Europa.<sup>5</sup> As gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas pelo nazismo demonstraram a importância de criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos

---

<sup>3</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1993, pp. 52-96.

<sup>4</sup> Veja-se, neste sentido, a influente obra do autor francês Eduard Lambert sobre o “governo de juízes”, publicada originariamente em 1921, em que se criticava a jurisdição constitucional norte-americana, apontada como instituto anti-democrático e conservador (*Le Gouvernement de Juges*. Paris: Dalloz, 2005).

<sup>5</sup> Cf. SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.

do alcance das maiorias de ocasião, para limitar os seus abusos. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949, que é referência central no novo modelo de constitucionalismo, instituiu diversos mecanismos de controle de constitucionalidade e criou um Tribunal Constitucional Federal, que se instalou em 1951 e passou a exercer um papel cada vez mais importante na vida alemã. Na Itália, a Constituição de 1947 também apostou no controle de constitucionalidade, instituindo uma Corte Constitucional, que começou a funcionar em 1956. Na própria França, berço de um modelo de constitucionalismo avesso à jurisdição constitucional, o cenário se modificou substancialmente sob a égide da atual Constituição de 1958, que instituiu um modelo de controle de constitucionalidade originalmente apenas preventivo, confiado ao Conselho Constitucional, que tem crescido em importância sobretudo a partir dos anos 70, e hoje envolve também o controle repressivo. Também na década de 70 do século passado, países como Portugal e Espanha se redemocratizaram, libertando-se de governos autoritários, e adotaram constituições de caráter mais normativo, garantidas por meio da jurisdição constitucional.

Fora da Europa, o fenômeno também se manifestou em muitas regiões.<sup>6</sup> Após a descolonização, diversos Estados asiáticos e africanos adotaram constituições protegidas por mecanismos de jurisdição constitucional, com destaque para a Índia. No Canadá, a adoção de uma Carta de Direitos e Liberdades, em 1982, foi acompanhada pela criação de mecanismos de controle de constitucionalidade, que têm reforçado a tutela dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais no país. Nos anos 80 e 90, na América Latina, diversos países, como o Brasil, foram superando

---

<sup>6</sup> Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power. Op. cit* ; HIRSHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism. Op. cit* ; SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005; e ROBINSON, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

regimes militares e implantando democracias constitucionais, com a adoção ou ampliação das fórmulas de tutela judicial da Constituição. Dinâmica semelhante se passou nos países do Leste Europeu, após a queda do Muro de Berlim e o esfacelamento do regime soviético, onde a reconstrução constitucional de antigos Estados também foi acompanhada pela adoção desse novo modelo de constitucionalismo. Da mesma forma, a refundação política da África do Sul, após a derrocada do regime do *apartheid*, passou pela elaboração de uma Constituição repleta de direitos fundamentais, que conferiu grande poder à Corte Constitucional.

Em suma, o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos. Em outras palavras, tornou-se hegemônico o modelo norte-americano de constitucionalismo, que tem no controle jurisdicional de constitucionalidade um dos seus baluartes. Mas com um diferencial importante: a maior parte destas novas constituições que contemplam a jurisdição constitucional não corresponde a documentos sintéticos, que se limitam a organizar o exercício do poder político e a garantir alguns direitos individuais, como ocorre nos Estados Unidos. São constituições mais ambiciosas, que incorporam direitos sociais e normas programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais. Ademais, elas não tratam apenas da organização Estado e das suas relações com os indivíduos, mas também disciplinam relações privadas, enveredando por temas como economia, direitos do trabalhador, família e cultura.

A conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais - inclusive seus princípios mais vagos -, gerou efeitos significativos do ponto de vista da importância da Constituição no sistema jurídico, bem como da partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e, sobretudo, das

cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias.

No Brasil, como se sabe, contamos com o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis desde o advento da República, quando, por influência de Rui Barbosa, se adotou o modelo norte-americano de *judicial review*.<sup>7</sup> Ou seja, atribuiu-se a todos os juízes nacionais a possibilidade de realizarem, em casos concretos, o controle de constitucionalidade das leis (controle difuso e concreto). A partir da Emenda Constitucional 16/65, o modelo se tornou mais complexo, com a introdução do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, inspirado na matriz kelseniana, que passou a conviver lado a lado com o controle concreto e difuso, num sistema misto.<sup>8</sup> O controle abstrato, todavia, não desempenhava papel relevante no sistema até a Constituição de 88, porque só podia ser deflagrado por iniciativa do Procurador-Geral da República, que, àquela época, era agente público livremente nomeado pelo Presidente da República e a ele politicamente subordinado. Naquele contexto, era praticamente impossível que houvesse o questionamento, no controle abstrato de constitucionalidade, de atos normativos cuja subsistência interessasse ao Governo Federal. Aliás, naquela quadra histórica, o controle difuso e concreto tampouco desfrutava de maior importância prática em nosso sistema jurídico. Afinal, numa cultura jurídica e política que não levava a Constituição muito a sério, vendo-a

---

<sup>7</sup> O controle foi instituído pelo Decreto 848/1890, que criou a Justiça Federal, sendo, em seguida, consagrado na Constituição de 1891 e mantido em todas as nossas constituições subsequentes. Sobre a trajetória histórica do controle e constitucionalidade no Brasil, veja-se STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 415-453.

<sup>8</sup> O sistema misto já se prenunciava na chamada “representação interventiva”, disciplinada pelas constituições de 1934 e 1946 (há diferenças significativas no tratamento dado por estas constituições ao instituto). Naquelas constituições, a intervenção federal nos Estados por violação de “princípio constitucional sensível” dependia do reconhecimento da afronta pelo STF, no julgamento da referida representação. A representação interventiva acabou sendo empregada para controle abstrato de constitucionalidade, mas apenas de atos normativos estaduais, e o parâmetro utilizado não era a totalidade da Constituição Federal em vigor, mas tão-somente determinados princípios constitucionais indicados pelo constituinte (os princípios ditos “sensíveis”). Veja-se, a propósito, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 60-66.

mais como um repositório de proclamações retóricas, não sobrava muito espaço para a jurisdição constitucional.

O sistema brasileiro de jurisdição constitucional foi significativamente fortalecido pela Constituição de 88, com a introdução de novas ações de inconstitucionalidade, ao lado de significativa ampliação do elenco dos legitimados ativos para provocação do controle abstrato de constitucionalidade. Na atualidade, considerando-se a amplitude do leque dos órgãos e entidades que podem ajuizar ações diretas no STF, bem como a abrangência de temas tratados na Constituição, é muito improvável que medida que suscite alguma polêmica não venha a ser questionada diretamente na Corte. Para alguns dos legitimados ativos – como os partidos políticos da oposição –, esta via se torna um poderoso instrumento nas suas lutas, praticamente sem custos políticos ou financeiros, de que podem se valer para tentar reverter derrotas na arena legislativa.<sup>9</sup>

Ademais, a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica – que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes, e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação –, são fatores que contribuíram, cada um ao seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito.<sup>10</sup> Este

---

<sup>9</sup> Para análises empíricas sobre a questão, veja-se VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Bauman; SALLES, Paula Martins. “Dezessete Anos de Judicialização da Política”. *Cadernos CEDES*, n. 8, 2006, pp. 2-68; e TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008, pp. 90-108.

<sup>10</sup> Para um detido exame dos diversos fatores políticos, jurídicos e culturais que vêm reforçando a importância da jurisdição constitucional no cenário brasileiro pós-88, veja-se BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 65-180.

fenômeno de expansão da jurisdição constitucional e do seu papel político-social tem sido denominado de *judicialização da política*.<sup>11</sup>

Naturalmente, esta progressiva ampliação do controle de constitucionalidade não ocorre sem objeções. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da apontada “dificuldade contramajoritária”<sup>12</sup> do Poder Judiciário, que decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade. Pessoas diferentes, de boa-fé, podem entender, por exemplo, que o princípio constitucional da igualdade proíbe, que é compatível, ou até que ele impõe as quotas raciais no acesso às universidades públicas. Como podem considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento do direito à prática da eutanásia, ou que o veda terminantemente. Casos como estes revelam a possibilidade de que se estabeleça um profundo desacordo na sociedade sobre a interpretação correta de determinadas normas constitucionais.

---

<sup>11</sup>Sobre a judicialização da política no Brasil, veja-se VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, pp. 17-42; ARANTES, Rogério B. “Constitutionalism: the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil”. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005, pp. 232-262; BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo”, *Revista de Direito do Estado*, n. 16, 2009, pp. 3-42. Para uma perspectiva comparativa, veja-se TATE, Neal C.; VALLINDER, Tobjorn. (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995; SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000; e HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

<sup>12</sup> A expressão “dificuldade contramajoritária” foi cunhada em obra clássica da teoria constitucional norte-americana: BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1964.

A crítica ao controle jurisdicional de constitucionalidade insiste que, em casos assim, a decisão sobre a interpretação mais correta da Constituição deve caber ao próprio povo ou aos seus representantes eleitos e não a magistrados<sup>13</sup>. A simples invocação da supremacia da Constituição não basta, portanto, para justificar a legitimidade do controle de constitucionalidade nestes *hard cases*.

O tema - central na teoria constitucional norte-americana<sup>14</sup> -, não despertava maior interesse no Brasil até pouco tempo atrás. A razão do desinteresse era compreensível: nosso Poder Judiciário quase não se valia da jurisdição constitucional, pecando nesta área muito mais por omissão do que por excesso. Ademais, em contextos autoritários, como o do Estado Novo e da ditadura militar, a democracia não podia ser invocada como argumento para a autocontenção judicial no controle de constitucionalidade, pelo déficit democrático dos próprios atos normativos controlados. Portanto, a dificuldade contramajoritária não era uma questão real no Brasil. Contudo, o quadro mudou nos últimos anos, com o crescente ativismo jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade. Neste novo contexto, o tema passou a ser objeto de atenção cada vez maior na academia<sup>15</sup> e na sociedade. No Brasil, em que o controle de constitucionalidade está expressamente previsto em sede

---

<sup>13</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". *Yale Law Journal*. v. 115 (6), 2006, pp. 1.346-1.406.

<sup>14</sup> O tema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade é verdadeira obsessão da teoria constitucional norte-americana, sobre o qual já foram escritas centenas de obras. Para uma detalhada reconstrução histórica do debate, veja-se FRIEDMAN, Barry. "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, part five". *Yale Law Journal*, v. 112, n. 2, 2002, pp. 153-259.

<sup>15</sup> Dentre as diversas obras nacionais que tratam do tema, veja-se VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Op. cit ; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Op. cit ; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

constitucional, o debate que tem relevo prático não é aquele concernente à adoção ou rejeição do instituto – afinal, esta questão já foi decidida pelo poder constituinte originário –, mas sim sobre a maneira e intensidade com que os juízes, em geral, e o STF, em particular, devem empregá-lo: de modo mais ousado e ativista; de maneira mais modesta e deferente em relação às opções realizadas pelos poderes políticos; ou de outra forma qualquer.

A dificuldade contramajoritária reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação.<sup>16</sup> Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de "poder constituinte permanente", pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito<sup>17</sup>. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício.

No constitucionalismo francês, por exemplo, a ideia do controle de constitucionalidade foi por muito tempo rechaçada, pelo temor de que sua adoção

---

<sup>16</sup> Cf. TROPER, Michel. "Justice Constitutionnelle et Démocratie": In: *Pour une Théorie Juridique de L'État*. Paris: PUF, 1994, pp. 317-328; e BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. *Op. cit* pp. 55-74.

<sup>17</sup> Este ponto foi observado em famoso discurso de Francisco Campos, proferido na abertura dos trabalhos do STF em 1941: "*Juiz da atribuição dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica construtiva e criadora, no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular... A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la; é o que demonstra o nosso Supremo Tribunal e, particularmente, a Suprema Corte Americana. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição funciona, igualmente, o poder constituinte*" (CAMPOS, Francisco. "O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1937". In: *Direito Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 403).

pudesse permitir a criação de um “governo de juízes”. Os franceses preferiam confiar no Parlamento do que no Judiciário para velar pela guarda das suas constituições. A posição se assentava na crença em um legislador virtuoso, que, nas palavras de Maurizio Fioravanti, “*não pode lesar os direitos individuais porque é necessariamente justo; e é assim porque encarna em si a vontade geral do povo ou da nação*”<sup>18</sup>. Ao lado da valorização da lei, também se manifestava, no fundo, a desconfiança nos juízes, que tinha origem no período anterior à Revolução Francesa, quando o Judiciário era visto como intrinsecamente corrupto, atuando quase sempre em prol dos seus próprios interesses ou daqueles dos membros que o compunham.<sup>19</sup>

Na Alemanha da década de 20 do século passado, sob a vigência da Constituição de Weimar de 1919, a objeção ao controle judicial de constitucionalidade foi suscitada por Carl Schmitt<sup>20</sup>, que protagonizou célebre controvérsia com Hans Kelsen sobre o assunto. Para Schmitt<sup>21</sup>, a indeterminação das normas constitucionais tornava essencialmente política a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis. Diante disso, ele defendeu que tal faculdade fosse atribuída não aos juízes ou a qualquer corte em particular, mas ao Chefe de Estado, que representaria a unidade do povo alemão, e poderia atuar como uma espécie de “poder neutro”. De acordo com Schmitt, a concessão ao Poder Judiciário da faculdade de controlar a validade das leis

---

<sup>18</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 73

<sup>19</sup> Cf. BON, Pierre. “La Legitimité du Conseil Constitutionnel Français”. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 141-142. Porém, atualmente existe na França jurisdição constitucional, que vem ganhando importância cada vez maior no sistema político francês. Veja-se, a propósito ROUSSEAU, Dominique. *Droit du Contentieux Constitutionnel*. 9ª ed., Paris: L.G.D.J.

<sup>20</sup> Cf. SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2ª ed. 1998.

<sup>21</sup> A posição de Schmitt sobre a jurisdição constitucional tem relação com a sua teoria constitucional, de forte inclinação autoritária, que parte de uma leitura antiliberal da democracia, profundamente avessa ao pluralismo. Veja-se, a propósito, CALDWELL, Peter. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutionalism: the Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.

editadas pelo Legislativo acarretaria uma indevida “politização da justiça”, e poderia contribuir para uma perniciosa fragmentação da unidade estatal, ao favorecer o pluralismo.

A proveniência ideológica das críticas lançadas contra a jurisdição constitucional tende a oscilar de acordo com as inclinações políticas adotadas pelos tribunais. Nos Estados Unidos, esta dinâmica é facilmente perceptível. Nas primeiras décadas do século passado, quando a Suprema Corte adotava posição política conservadora, limitando seriamente a possibilidade de o Estado atuar no mercado e na sociedade em favor dos interesses dos grupos mais fracos, a crítica era capitaneada por juristas e políticos situados à esquerda do espectro político, que defendiam a autocontenção judicial.<sup>22</sup> Quando, após a década de 50, o ativismo jurisdicional voltou-se à defesa de direitos fundamentais de minorias, como os negros e presos, e à tutela de liberdades não-econômicas, a crítica passa a ser esboçada a partir da direita, com os

---

<sup>22</sup> Nos anos 30, a Suprema Corte norte-americana entrou em grave atrito com o Presidente Roosevelt, por invalidar diversas normas aprovadas durante o seu governo que buscavam proteger direitos dos trabalhadores e regular a economia, visando à superação da crise econômica vivida no país. Em 1937, o Presidente propôs medida legislativa voltada à mudança da composição da Corte: para cada juiz do Tribunal que completasse 70 anos e não se aposentasse, ele poderia indicar um outro (a medida ficou conhecida como *Court Packing Plan*). A proposta acabou não sendo aprovada no Congresso, mas a Suprema Corte, na mesma época, mudou a sua orientação jurisprudencial, refreando o seu ativismo e passando a aceitar uma maior intervenção estatal na ordem econômica. No discurso feito por ocasião da apresentação da referida proposta, em 1937, Roosevelt – certamente um esquerdista para os padrões norte-americanos –, criticou aquele cenário de ativismo judicial em tom exasperado: “Desde que surgiu o movimento moderno de progresso social e econômico através da legislação, a Corte tem, cada vez com maior frequência e ousadia, se valido do seu poder de vetar leis aprovadas pelo Congresso ou pelos legislativos estaduais... Nos últimos quatro anos, a boa regra de conceder-se às leis o benefício da dúvida razoável vem sendo posta de lado (...) A Corte, para além do uso apropriado das suas funções judiciais, tem se colocado impropriamente como uma terceira casa do Congresso – um superlegislativo (...). Nós chegamos a um ponto em que a Nação deve tomar uma atitude para salvar a Constituição da Corte, e para salvar a Corte de sim mesma” (“Senate Report n. 711”, reproduzido em MURPHY, Walter F., FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. *American Constitutional Interpretation*. New York: The Foundation Press, 1995, pp. 320-321).

originalistas<sup>23</sup>. E nos últimos tempos, em que a Suprema Corte vem caminhando a passos largos para o flanco conservador, foram juristas de esquerda que passaram a contestar a *judicial review*, elaborando a teoria do chamado "constitucionalismo popular".<sup>24</sup> Com esta constatação, não se pretende negar a sinceridade dos críticos, nem tampouco desmerecer os seus argumentos, mas apenas mostrar como este tema, como tanto outros do debate constitucional, nunca é plenamente dissociável da política.

Há, na teoria constitucional, aqueles que simplesmente descartam a existência da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade. Um dos argumentos é empírico: nega-se a premissa de que o Poder Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, atue contra a vontade da maioria popular. Afirma-se que, com frequência, ele julga em sintonia com a opinião pública, que nem sempre é bem representada pelo Legislativo.<sup>25</sup> Afinal, os juízes estão inseridos na sociedade e, em geral, comungam dos seus valores hegemônicos, que nem sempre são prestigiados na esfera da política parlamentar, em razão das inúmeras vicissitudes que esta apresenta. No cenário brasileiro, este argumento impressiona, haja vista a ampla crise da nossa democracia representativa - que tem causas múltiplas, como a excessiva influência do poder econômico nas eleições, as distorções do nosso sistema político-eleitoral etc -, e que se reflete em frequentes pesquisas de opinião, nas quais nossa população brasileira afirma não confiar no Poder Legislativo e nos partidos. Muitas

---

<sup>23</sup>Cf. BORK, Robert. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: Free Press, 1990; BERGER, Raoul. *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

<sup>24</sup> Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: New Jersey, 2000; KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>25</sup> No cenário americano, veja-se DAHL, Robert. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker". In: *Journal of Public Law*, v. 6 ( 2), 1957, pp. 279-295; POWEL JR., Lucas A. *The Supreme Court and the American Elite: 1789-2008*. Cambridge: Harvard University Press, 2009; e FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

vezes, no Brasil, as decisões do Poder Judiciário refletem melhor os anseios populares do que aquelas adotadas na seara legislativa. Neste sentido, Luis Roberto Barroso falou, com acerto, do desempenho de papel *representativo* do Poder Judiciário, que, nas suas palavras, "*consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais*"<sup>26</sup>.

Outro argumento recorrente é o de que a democratização da jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária. Aduz-se, nesta linha, que a jurisdição constitucional brasileira se abriu à participação democrática da sociedade civil, com a ampliação do elenco dos legitimados ativos para propositura de ações diretas, bem como com a posterior incorporação ao nosso processo constitucional da figura do *amicus curiae*.<sup>27</sup> Tais medidas democratizaram o acesso ao controle de constitucionalidade, e pluralizaram as vozes presentes nos debates constitucionais travados no Judiciário, o que, de acordo com alguns, teria tornado a nossa jurisdição constitucional uma instância de "representação argumentativa" da sociedade brasileira, supostamente superior à própria representação político-eleitoral.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 42.

<sup>27</sup> Veja-se, sobre o tema, MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?*. Saraiva: São Paulo, 2010.

<sup>28</sup> A afirmação de que o Tribunal Constitucional realiza a representação argumentativa da sociedade é de Robert Alexy: "*A proposição fundamental 'todo poder provém do povo' exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem mais um caráter idealístico do que aquela do parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo de que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o que ocorre, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas em nome do povo, contra os seus representantes políticos*" (ALEXY, Robert. "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático". In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 53-54). Esta ideia foi exposta e defendida pelo Min. Gilmar Mendes no voto que proferiu no julgamento da ADI 3.510, que tratou da pesquisa em células-tronco embrionárias. O Ministro ressaltou que a ampla participação da sociedade civil nos debates travados no STF naquele

Noutra linha, afirma-se que a democracia não equivale à mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos.<sup>29</sup> Não fosse assim, poder-se-ia considerar democrático, por exemplo, o governo nazista, que ascendeu ao poder pela via eleitoral, e governou na maior parte do tempo com o respaldo da maioria da população alemã. Daí porque, seria perfeitamente compatível com a democracia o controle jurisdicional de constitucionalidade voltado à proteção de tais direitos e valores.

Aduz-se, ainda, que em muitos casos a atuação do Judiciário não se dá contra o interesse dos poderes majoritários, mas a seu favor. Há casos em que o Legislativo pode ter um interesse estratégico em *não* decidir certos temas controvertidos, para evitar o desgaste que qualquer solução geraria em relação ao segmento social cujos interesses ou valores não fossem prestigiados. Nestas hipóteses, delegar a solução do problema ao Judiciário pode ser a solução politicamente mais conveniente para os órgãos representativos.

Estes argumentos, aqui só rapidamente esboçados, são parcialmente procedentes. Não há dúvida de que muitas vezes a vontade majoritária da população apóia as decisões proferidas no controle de constitucionalidade, não se vendo representada nos atos normativos ou nas omissões legislativas do parlamento. Também é verdade que o processo constitucional brasileiro vem se abrindo mais à sociedade.<sup>30</sup> Não é menos certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo

---

feito, por meio da intervenção dos *amici curiae* e da audiência pública realizada, teriam contribuído para o êxito da “representação argumentativa”.

<sup>29</sup> Nesta linha, veja-se DWORKIN, Ronald. “The Moral Reading and the Majoritarian Premise”. In: *Freedom’s Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi i Voti: La Corte Costituzionale e la Politica*. Torino: Einaudi, 2005.

<sup>30</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Op. cit.*, pp. 279-280.

democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas.<sup>31</sup> E tampouco se nega que o protagonismo do Poder Judiciário em certas questões pode ser politicamente conveniente para as instâncias representativas.

Porém, a procedência, como dito, é apenas parcial. Na verdade, a relação entre jurisdição constitucional e democracia envolve uma *tensão sinérgica*. Há sinergia, porque o exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais. Comprova essa sinergia a constatação de que o surgimento ou o fortalecimento da jurisdição constitucional na maior parte dos países se deu no momento em que estes se democratizavam ou redemocratizavam, e não em cenários de autoritarismo. Da análise histórica, verifica-se que controle de constitucionalidade e democracia, embora não se pressuponham, quase sempre florescem juntos.

Mas há também uma tensão potencial entre a jurisdição constitucional e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das majorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar.<sup>32</sup> O problema se agrava quando a jurisdição constitucional passa a ser concebida como o fórum central para o

---

<sup>31</sup>Cf. DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001, pp. 97-113; HABERMAS, Jürgen. "Popular Sovereignty as Procedure". In: BONHAM, James; REHG, William. *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997, pp 35-66.

<sup>32</sup> A relação entre constitucionalismo e democracia constitui um dos debates mais fecundos da Teoria Política e da Filosofia Constitucional, que vem atravessando o tempo, desde o advento do constitucionalismo moderno no século XVIII. Na literatura contemporânea, veja-se HABERMAS, Jürgen. "O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?". In: *Era das Transições*. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 153-173; NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; e MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 3-62.

equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder de ditar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição. Em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade – mas da sua dosagem.

Esta dosagem, na nossa opinião, não corresponde a uma fórmula universal, válida em todos os países e contextos. Ela depende de fatores contingentes, como o grau de representatividade dos poderes políticos majoritários, sua *performance* na proteção de direitos fundamentais e de minorias, a credibilidade e independência do sistema judicial, e a existência, no âmbito do Poder Judiciário, de uma cultura não elitista, que se deixe impregnar pelos anseios dos grupos e camadas mais vulneráveis da população<sup>33</sup>.

A concepção que sustenta o protagonismo jurisdicional no campo constitucional nos parece incorreta tanto no plano descritivo quanto na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, ela transmite uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, enfatizando-se apenas a ação de um dentre os vários agentes importantes da concretização constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de presumidos sábios<sup>34</sup>, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada.<sup>35</sup> E se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao

---

<sup>33</sup> Nesta linha, GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.

<sup>34</sup> Cf., em tom ainda mais cético do que o nosso, LIMA, Martônio M. B. “Jurisdição Constitucional: Um problema da teoria da democracia política”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 199-261; e MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>35</sup> Para crítica semelhante no contexto germânico, veja-se MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia.

Pelo que se expôs acima, percebe-se a complexidade do debate sobre a dificuldade contramajoritária. Não pretendemos aqui examinar as inúmeras respostas que a teoria constitucional e a filosofia política vêm dando a esta questão<sup>36</sup>. O nosso objetivo neste artigo é apresentar duas ideias que, se adotadas, podem minimizar a chamada "dificuldade majoritária" da jurisdição constitucional: (a) a adoção de uma teoria de diálogos constitucionais, que negue tanto à Corte Constitucional como aos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a "última palavra" sobre o significado das normas constitucionais; e (b) a definição de diferentes *standards* de deferência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, em face de atos ou omissões dos outros poderes, que sejam sensíveis ao princípio democrático.

## 2. Os diálogos interinstitucionais e sociais e a questão da "última palavra"

A visão convencional sobre interpretação constitucional é no sentido de que cabe ao Supremo Tribunal Federal dar a "última palavra" sobre o que significa a Constituição. Essa posição foi claramente afirmada pela Corte em alguns julgados, tendo sido sustentada pelo Ministro Celso de Mello nos seguintes termos:

*"O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade*

---

<sup>36</sup> Examinamos algumas destas respostas na obra: PEREIRA NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

*institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. (...) A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.”<sup>37</sup>*

Não compartilhamos dessa premissa, que, em nossa opinião, é equivocada tanto sob o ângulo descritivo como prescritivo.<sup>38</sup> Sob a primeira perspectiva, não é verdade que, na prática, o Supremo Tribunal Federal dê sempre a última palavra sobre a interpretação constitucional, pelo simples fato de que *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 social 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* 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 reverem o seu posicionamento em caso futuro sobre a mesma questão. Uma decisão

---

<sup>37</sup> MS 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, J. 4.10.2007.

<sup>38</sup> No mesmo sentido, na literatura brasileira, cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011; e BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

do STF é, certamente, um elemento de grande relevância no diálogo sobre o sentido de uma norma constitucional, mas não tem o condão de encerrar o debate sobre uma controvérsia que seja verdadeiramente importante para a sociedade.

Sob o ângulo prescritivo, não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo - o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo<sup>39</sup>, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

Como agentes públicos, os ministros do Supremo estão também submetidos à crítica pública, que devem levar em consideração na sua atuação. É simplesmente errado o conhecido ditado de que “decisão judicial não se discute, se cumpre”. Sem dúvida, decisão judicial, no Estado de Direito, se cumpre. Mas, na democracia, qualquer decisão dos poderes públicos, inclusive do STF, é passível de discussão e crítica. A mobilização e a crítica pública contra uma decisão do STF em matéria constitucional não devem ser vistas como patologias, incompatíveis com o Estado de Direito. A crítica pública pode antes exprimir a vitalidade da cultura constitucional; pode significar que a sociedade se importa com a Constituição e que a gramática

---

<sup>39</sup> Falamos em diálogo, mas muitas vezes a disputa social e interinstitucional sobre a interpretação constitucional não ocorre num ambiente pacífico de intercâmbio racional de ideias. Como ressaltou Jack Balkin, “ *O sistema com múltiplos intérpretes constitucionais funciona (...) em parte através de diplomacia, em parte por meio de agressões; em parte através de ameaças veladas, em parte por meio de concessões; em parte por meio de argumentos racionais, em parte através de protestos*”. (*Living Originalism*. Cambridge: The Belknap Press, 2011, loc. 873 ss. (*kindle e-book*)). O diálogo é a ideia reguladora sobre como deve ocorrer a interação entre os diferentes intérpretes constitucionais, mas nem sempre corresponde a uma descrição adequada da realidade.

constitucional está também presente nos embates políticos e sociais, o que deve ser comemorado e não lamentado.

A relação que deve existir entre a interpretação judicial da Constituição e a opinião pública tem sutilezas. Por um lado, o Poder Judiciário não pode ser indiferente às percepções sociais existentes sobre os valores constitucionais. A jurisdição constitucional deve ser em alguma medida responsiva aos anseios sociais, para que a população possa se identificar com a Lei Fundamental, nela enxergando a *sua* Constituição, o que confere legitimidade, no sentido sociológico, à prática constitucional<sup>40</sup>. Porém, não “*se espera que eles (os juízes) decidam pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior, o que os transformaria em oficiais de justiça das redações do jornais*”<sup>41</sup>. Em outras palavras, “*o Judiciário deve ser permeável à opinião pública, sem ser subserviente*”<sup>42</sup>.

É verdade que um dos papéis institucionais mais importantes de uma Corte Constitucional é proteger os direitos das minorias diante dos abusos das maiorias. O insulamento da Corte diante do processo eleitoral lhe confere uma importante vantagem institucional comparativa em face do Legislativo e do Executivo para desempenhar essa relevante função contramajoritária. Mas existem cenários em que a atuação do Judiciário pode se dar *contra* os direitos das minorias, que estejam sendo promovidos na arena política. A Suprema Corte norte-americana no século XIX, por exemplo, atuou em favor da manutenção da escravidão no país, bloqueando iniciativas legislativas voltadas à sua limitação.<sup>43</sup> Nos últimos tempos, aquele tribunal, em nome

---

<sup>40</sup> Cf. BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: The Belknap Press, 2011, loc. 886 ss. (*kindle e-book*)

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. “O STF foi permeável à opinião pública sem ser subserviente”. Artigo disponível em <http://www.conjur.com.br>.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Trata-se do caso *Dread Scott v. Sanford*, julgado em 1856, em que a Suprema Corte decidiu que era inválida a lei federal – conhecida como Missouri Compromise – que proibira a escravidão em novos territórios, afirmando ainda que os negros não poderiam ser considerados cidadãos norte-americanos

da “supremacia judicial” na interpretação da Constituição<sup>44</sup>, vem invalidando decisões legislativas progressistas, que tinham ampliado direitos fundamentais de minorias para além do ponto em que a Corte os reconheceu.<sup>45</sup> No STF, os “condicionamentos” impostos às futuras demarcações de terras indígenas no julgamento do caso “Raposa Serra do Sol”, que limitaram gravemente os direitos fundamentais dos índios brasileiros, constituem hipótese clara de ativismo judicial voltado contra a proteção de grupo vulnerável.<sup>46</sup> Outras vezes, o discurso dos direitos constitucionais pode ser empregado, até de boa-fé, para proteger interesses de duvidosa legitimidade de grupos privilegiados, que perderam batalhas na arena político-eleitoral. Portanto, a ideia de diálogos constitucionais não é incompatível com a proteção dos direitos das minorias, tão fundamental para o constitucionalismo, uma vez que, da mesma forma

---

para buscarem a jurisdição de cortes federais. Nas palavras da Corte, “o direito de propriedade sobre um escravo é clara e expressamente afirmado pela Constituição (...). É opinião da Corte que o ato do Congresso que proibiu um cidadão de possuir este tipo de propriedade no território dos Estados Unidos (...) não é autorizado pela Constituição, sendo portanto nulo” (60 U.S. (19 How.). 393). Como ressaltou Erwin Chemerinsky, a Suprema Corte, com aquela decisão, imaginava que estava resolvendo a controvérsia sobre a escravidão nos Estados Unidos. Ocorreu o contrário: “a decisão se tornou o ponto focal do debate sobre escravidão, e, ao derrubar o Missouri Compromise, a decisão ajudou a precipitar a Guerra Civil” (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 693)

<sup>44</sup> A afirmação de que “a última palavra” sobre a interpretação constitucional é da Suprema Corte é designada, no debate constitucional norte-americano, de “supremacia judicial”. Trata-se de tese adotada atualmente pela Suprema Corte, firmada no precedente *Cooper v. Aaron*.

<sup>45</sup> Isso tem acontecido com razoável frequência naquele país. Um exemplo ocorreu no caso *City of Boerne v. Flores* – (521 U.S. 507 (1997)) -, em que a Suprema Corte determinou que não poderia ser aplicada aos Estados uma lei federal que estendera a proteção da liberdade de religião para além do ponto em que ela tinha sido reconhecida por aquele tribunal em outro caso – *Employment Division. Department of Human Resources of Ohio v. Smith* - (494 U.S. 872 (1990)). Com a lei federal invalidada, o Congresso norte-americano visava a afastar esse último precedente da Suprema Corte sobre liberdade religiosa, tido como muito restritivo, com o propósito de fortalecer o referido direito, em favor de minorias religiosas. A Suprema Corte considerou, no entanto, que o ato legislativo seria incompatível com a sua prerrogativa de dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Para uma crítica a essa linha jurisprudencial, veja-se POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Protecting the Constitution from the People: Juricentric on Section Five Power. *Indiana Law Journal*, v. 78, 2003.

<sup>46</sup> Petição 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, J. 19.3.2009, DJ 1.7.2010.

que os poderes políticos, o Judiciário também pode errar *contra* as minorias estigmatizadas.

Não sustentamos com isso, evidentemente, que o Poder Legislativo possa invalidar as decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. Há países, como o Canadá<sup>47</sup>, que contemplam essa possibilidade, que existia no Brasil sob a égide da Constituição autoritária de 1937.<sup>48</sup> Ela não existe em nossa atual Constituição. A decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo é definitiva: aqui a Corte, de fato, dá a última palavra e seu comando deve ser obedecido sem recalcitrâncias. Aliás, nas ações judiciais em geral, é realmente indispensável que haja uma última palavra pondo fim ao litígio, sob pena de se comprometer uma das finalidades essenciais do processo, que é resolver definitivamente os conflitos intersubjetivos, trazendo segurança jurídica e pacificação social. Mas a interpretação constitucional não se encerra com o término de um processo judicial. Não é o resultado de uma ação judicial que vai definir, por exemplo, o que significa a igualdade de gênero ou a função social da propriedade para a

---

<sup>47</sup> Integra a Constituição canadense a Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedom's*), editada em 1982, que prevê, em sua Seção 33, uma regra conhecida como *notwithstanding clause* ou *override clause*, que permite ao parlamento nacional ou das províncias canadenses afastar o controle de constitucionalidade sobre alguma lei que editem, pelo prazo de até cinco anos, renovável por nova decisão. Todavia, essa prerrogativa, que chegou a ser usada amplamente pela província de Quebec, hoje praticamente não é empregada no país, pois a sua utilização é vista com maus olhos pela opinião pública. Veja-se, a propósito, TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2006, pp. 18-76. Para uma descrição de formas alternativas de controle de constitucionalidade, em que o Judiciário não tem a prerrogativa de invalidar leis de maneira irreversível, veja-se GARBAUM, Stephen. "O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica". Trad. Aduino Vilela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 159-221.

<sup>48</sup> A Constituição de 1937 permitia, em seu artigo, que o Congresso, por provocação do Presidente da República, e decidindo por maioria de 2/3 dos seus membros, tornasse sem efeito decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade. Como o Congresso esteve fechado durante quase todo o período de vigência da Carta de 37, a faculdade era exercida diretamente pelo próprio Presidente da República, com base em preceito constitucional que lhe atribuía o pleno exercício das funções parlamentares enquanto o Legislativo não estivesse em funcionamento. Na prática, o controle de constitucionalidade, naquele período autoritário, tinha sido completamente esvaziado.

sociedade brasileira. Essas questões, como tantas outras no domínio constitucional, são naturalmente polêmicas, e nenhuma decisão judicial tem o condão de resolvê-las de uma vez por todas, afastando-as definitivamente do campo dos embates políticos e sociais. Pode-se alcançar, com a decisão judicial, o final de uma “rodada” na interpretação, mas não o encerramento da controvérsia sobre o significado da Constituição. Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apóiam.

Um claro exemplo desse fenômeno ocorre com o tema do aborto nos Estados Unidos. A Suprema Corte do país decidiu em 1973, no caso *Roe v. Wade*<sup>49</sup>, que a Constituição assegura às mulheres o direito fundamental de interromperem a gravidez, que estaria protegido pelo direito à privacidade. A decisão, longe de encerrar o debate constitucional sobre a matéria, apenas o aqueceu, não só no meio jurídico, mas também na opinião pública e na política. Os grupos que se opõem à decisão não se deram por vencidos, curvando-se à posição da Corte. Pelo contrário, eles passaram a canalizar boa parte da sua energia para revertê-la. O Partido Republicano, que é contrário à decisão, colocou a sua reversão como prioridade na sua agenda política, e os presidentes eleitos pelo partido vêm tentando escolher juízes para a Suprema Corte comprometidos com a rejeição ao referido precedente. Esta mobilização conservadora provocou, por sua vez, movimentos no sentido contrário dos setores da sociedade que apóiam o precedente. O embate entre as posições favoráveis e contrárias ao aborto – *pro-life vs. pro-choice* – tornou-se ainda mais acalorado, envolvendo não só a argumentação moral, religiosa e política, mas também o debate constitucional, em que amplos segmentos da sociedade se engajaram, de um lado ou do outro. Certamente, a citada decisão da Suprema Corte – até agora mantida em seus pontos essenciais - teve

---

<sup>49</sup> 410 U.S. 113 (1973).

importantes efeitos na sociedade norte-americana, assegurando às mulheres do país o direito à interrupção de gestações indesejadas. Mas uma coisa ela seguramente *não* fez: não encerrou o debate constitucional sobre o aborto naquele país.<sup>50</sup>

Como antes ressaltado, as decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede, no nosso entendimento, que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e 103 – A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também mudança na composição da Corte, com reflexos no resultado do julgamento.

O que foi dito acima vale para o controle de constitucionalidade das leis em geral, mas é ainda mais pertinente em relação às emendas constitucionais. Não é incomum, no Brasil, que o Congresso aprove emenda constitucional como reação a alguma decisão proferida pelo STF no controle de constitucionalidade com a qual não se conforme. Nessa hipótese, não caberia, a princípio, falar em atentado à suposta prerrogativa da Corte de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional, porque a reforma da Constituição se volta à alteração do próprio texto normativo interpretado. Porém, sabe-se que as emendas estão sujeitas a limites materiais – as cláusulas pétreas – cuja observância também pode ser fiscalizada pela jurisdição

---

<sup>50</sup> Veja-se, a propósito, POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, n. 42, 2007.

constitucional. Mas, em se tratando de emenda constitucional, aprovada por maioria parlamentar qualificada, a posição do STF deve ser de atenção e deferência ainda maior à interpretação constitucional adotada pelo Congresso. Isso, é óbvio, não inibe o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre a emenda contrária à orientação anterior da Corte, mais impõe um maior comedimento no seu exercício.

Existem diversas teorias normativas sobre diálogos institucionais na interpretação constitucional.<sup>51</sup> O tema também tem atraído crescente atenção de cientistas políticos, que fazem análises empíricas sobre as interações entre as Cortes e os outros poderes estatais,<sup>52</sup> ou entre elas e a opinião pública.<sup>53</sup> Não é nosso objetivo penetrar aqui em nenhum desses terrenos, mas apenas frisar a inadequação da tese da "última palavra".

A Corte analisou a hipótese de correção legislativa da sua jurisprudência no julgamento da ADI 2.860, proposta contra a Lei nº 10.628/2002, que visava a modificar a orientação adotada pelo STF na questão atinente à extensão do foro por prerrogativa de função para depois do exercício do função pública. O STF tinha antigo entendimento de que o foro por prerrogativa de função seria aplicável em relação aos atos praticados durante o exercício funcional, mesmo após o indivíduo deixar o cargo público, o que consagrou na sua Súmula 384<sup>54</sup>. O Tribunal, porém, reviu essa

---

<sup>51</sup> Um excelente resumo crítico dessas teorias se encontra em BATEUP, Christine A. "The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue". *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 11, 2005, disponível em [http://www/lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/11](http://www/lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11).

<sup>52</sup> Cf. PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress; The impact of judicial review in a separated system*. Durham: Duke University Press, 2004; POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2011.

<sup>53</sup> BAUM, Laurence. *The Supreme Court and their Audiences*. Washington D.C: CQ Press, 2006; POWE JR., Lucas. *The Supreme Court and the American Elite: 1789-2008*. Cambridge: Harvard University Press, 2009; FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

<sup>54</sup> A Súmula 384, editada sob a égide da Constituição de 1946, dispunha: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

orientação, cancelando a referida Súmula,<sup>55</sup> e passando a entender que apenas durante o exercício da função pública se aplicaria o foro especial. O legislador quis reverter a alteração jurisprudencial em questão, introduzindo no Código de Processo Penal o § 1º do art. 84, segundo o qual *“a competência especial por prerrogativa de função, relativa atos administrativos do agente, prevalece, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”*. O STF foi chamado a apreciar a validade da alteração legislativa, e, por maioria, julgou procedente a ação. No voto vencedor, elaborado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, se consignou:

*“O novo § 1º do art. 84 Código de Processo Penal constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”*.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Inq 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.8.1997, DJ, 9.1.2001.

<sup>56</sup> ADI 2797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.9.2005, DJ 19.12.2006.

Veja-se, portanto, que nessa decisão, o STF não se limitou a afirmar a supremacia judicial na interpretação da Constituição. A Corte foi muito além disso, ao negar ao Congresso até mesmo a possibilidade de interpretar a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade formal. Essa afirmação é insustentável. Não há dúvida na teoria constitucional de que o legislador é um intérprete da Constituição, e dos mais autorizados, pela legitimidade democrática que ostenta em razão da eleição popular. Ao legislar, o Parlamento tem de interpretar a Constituição, no mínimo para identificar os limites que não pode transpassar.

Foi o que destacou o Ministro Eros Grau, em seu voto vencido: *“todo ato legislativo envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla”*. Mais a frente, Eros Grau ressaltou a possibilidade de o Poder Legislativo adotar interpretação da Constituição distinta daquela esposada pelo STF, a não ser para infirmar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.<sup>57</sup> Gilmar Mendes foi ainda mais longe, adotando perspectiva similar à nossa, favorável ao diálogo interinstitucional na interpretação da Constituição: *“Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o ‘diálogo’, o debate institucional deve continuar”*.

Pode-se concordar, como fazemos, com a posição adotada pelo STF na questão de fundo discutida no caso em questão - a não extensão do foro por prerrogativa de função a ex-ocupantes de funções públicas, que tem lastro no princípio republicano -

---

<sup>57</sup> Nas palavras do Ministro Eros Grau, *“o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição para discordar de decisão do Supremo Tribunal exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei”*.

sem comungar com a premissa em que se baseou a Corte, de absoluto rechaço à possibilidade de interpretação legislativa da Constituição.

Porém, o Supremo aceitou a correção legislativa da sua interpretação constitucional em caso previdenciário, que envolvia o cômputo, para fins de aposentadoria especial do professor, do tempo de serviço prestado fora da sala de aula. A discussão gravitava em torno da exegese dos art. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição. A interpretação da Corte na matéria, objeto até de súmula, era no sentido de que *“para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora de sala de aula”* (Súmula nº 726). A Lei nº 11.430/2006, no entanto, determinou que também deveriam ser computados para aquele fim as atividades de direção escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico, quando exercidas em estabelecimentos de educação básica. A inovação foi impugnada por meio da ADI 3.772, mas o STF endossou a decisão do legislador, revendo o seu posicionamento anterior na matéria.<sup>58</sup>

Portanto, verifica-se que, a despeito da retórica da “supremacia judicial” na interpretação constitucional, presente em vários julgados, há na jurisprudência do STF alguma abertura para revisão dos seus posicionamentos anteriores, quando postos em xeque por atos legislativos subsequentes. Essa abertura ao diálogo é salutar, pois permite o controle recíproco entre os poderes do Estado, viabilizando a correção de erros na hermenêutica constitucional - e todos estão sujeitos a erro, inclusive o STF .

#### **A PRESUNÇÃO GRADUADA DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS: ALGUNS PARÂMETROS PARA A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL**

---

<sup>58</sup> ADI 3.772, Rel. p. ac/ Min. Ricardo Lewandowski, DJ 26.3.2009.

Os principais fundamentos teóricos para a presunção relativa de constitucionalidade das leis são a democracia e a separação de poderes. Dita presunção expressa a deferência devida aos atos emanados dos órgãos eleitos pelo povo. O princípio impõe que se respeite a esfera de atuação própria de cada poder do Estado, o que envolve a preservação do espaço das escolhas normativas feitas pelo Poder Legislativo. É verdade que o nosso sistema de separação de poderes envolve mecanismos de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), dos quais o controle de constitucionalidade das leis é exemplo. Porém, o exercício desse controle deve ser realizado com moderação, de forma a não subtrair do legislador o seu espaço de livre conformação, fundado da democracia e na separação de poderes.

A formulação clássica da presunção de constitucionalidade se deve ao jurista norte-americano James Thayer, em texto canônico publicado no final do século XIX,<sup>59</sup> em que advogou a adoção de uma postura de extrema autocontenção judicial no exercício do controle de constitucionalidade. Para Thayer, só no caso de evidente inconstitucionalidade de uma lei, em que o vício possa ser afirmado além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), é que podem os tribunais invalidá-la. Considerando a complexidade das funções do Estado e da tarefa legislativa, “*muito do que parecerá inconstitucional para um homem, ou grupo de homens, pode razoavelmente não sê-lo para outro*”. Isso porque, nas suas palavras, “*a Constituição frequentemente admite diferentes interpretações; frequentemente existe uma margem para escolha e avaliação; e nesses casos a Constituição não impõe ao Legislativo nenhuma posição específica, mas deixa aberta a possibilidade de escolha, sendo então constitucional qualquer escolha racional*”.

---

<sup>59</sup> THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law.” *Harvard Law Review*, vol. 7, n. 3, 1893.

A teoria constitucional contemporânea caminha em direção a uma posição com mais nuances sobre a presunção de constitucionalidade e a autocontenção judicial. A tendência atual é a de se conceber a presunção de constitucionalidade de forma graduada e heterogênea, de acordo com diversas variáveis. Ela será mais intensa em alguns casos, demandando uma postura judicial mais deferente diante das escolhas feitas por outros poderes, e mais suave em outras hipóteses, em que se aceitará um escrutínio jurisdicional mais rigoroso sobre o ato normativo.

No constitucionalismo norte-americano, a graduação da presunção de constitucionalidade e do ativismo judicial legítimo é uma característica central da jurisprudência constitucional.<sup>60</sup> A jurisprudência consolidou parâmetros diferentes para o exercício do controle de constitucionalidade, que envolvem graus variáveis de deferência em relação às decisões legislativas ou administrativas. Existe o “teste da racionalidade” (*rationality test*) caracterizado pela extrema autocontenção judicial, utilizado, por exemplo, para o controle da regulação das atividades econômicas; o “teste intermediário” (*intermediate test*), mais rigoroso do que o primeiro, usado, por exemplo, para controle de possíveis discriminações de gênero; e o teste do escrutínio estrito (*strict scrutiny*), extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo. Esse último parâmetro, quase sempre “fatal” para o ato normativo examinado, é empregado para controle de leis restritivas de algumas liberdades públicas, como as liberdades de expressão e religião, e para análise de normas que instituem discriminações com base em critérios considerados “suspeitos”, como raça, religião ou origem nacional. A existência desses parâmetros diferenciados de presunção de constitucionalidade teve origem numa decisão proferida em 1938, no caso *United Sates vs. Carolene Products*,<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Para um denso estudo desta questão, veja-se SWEET, Alec Stone. “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing”. *Emory Law Journal*, nº 60, 2011, pp. 101-179.

<sup>61</sup> 304 U.S. 144 (308).

em que se adotou posição de extrema deferência em relação a uma lei federal que disciplinara determinada atividade econômica, mas se destacou a necessidade de uma análise mais rigorosa das normas que restringissem certas liberdades fundamentais, de caráter não econômico, ou que atingissem os interesses de minorias tradicionalmente discriminadas.

A seguir, listaremos alguns parâmetros que, em nossa opinião, devem ser empregados para calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.<sup>62</sup> O rol de parâmetros não é exaustivo, e nossa análise não terá como abordar nenhum deles em profundidade. Este é um tema central no constitucionalismo brasileiro, que ainda não recebeu nem da doutrina nem da jurisprudência nacional toda a atenção que merece.

(1) O primeiro aspecto a ser considerado é o *grau de legitimidade* democrática do ato normativo. O foco aqui não é o conteúdo da norma, mas a maneira como ela foi elaborada. O controle de constitucionalidade, como já assinalado, envolve uma “dificuldade contramajoritária”, que vem do fato de os juízes, que não são eleitos, poderem derrubar decisões proferidas pelos representantes do povo. Levar a sério a democracia exige que não se despreze a dificuldade contramajoritária. Ela deve ser levada em consideração na mensuração da deferência devida pelo Judiciário às normas controladas: quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade. É maior, por exemplo, a presunção de constitucionalidade que recai sobre os atos normativos

---

<sup>62</sup> Sobre o tema, veja-se COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; MORO, Sérgio Fernando. *Legislação Suspeita? O afastamento da presunção de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 1998; e MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Directos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

aprovados por plebiscito ou referendo popular<sup>63</sup>, já que tais procedimentos envolvem o pronunciamento direto do povo. Essa presunção também é maior em relação às emendas constitucionais, pelo fato de serem aprovadas por uma maioria qualificada de três quintos dos deputados e dos senadores. Depois, estão as leis complementares e ordinárias, cuja aprovação exige, respectivamente, a manifestação de maioria absoluta e de maioria simples das casas legislativas federais. Os atos normativos editados por autoridades administrativas não eleitas possuem, em geral, presunção de constitucionalidade menos intensa do que os atos editados por agentes eleitos.

O processo legislativo formal é, porém, apenas um elemento a ser considerado para se aferir o *pedigree* democrático de um ato normativo. É também relevante verificar como se deu *concretamente* a confecção do ato normativo. E nisso, é importante observar outros elementos, como, por exemplo, o *grau de consenso* que a norma conseguiu aglutinar durante a sua elaboração. Normas aprovadas pela quase unanimidade das casas legislativas merecem maior deferência do que normas aprovadas por majorias apertadas. A circunstância de a norma conseguir congregar o apoio não só da maioria, mas também das principais minorias organizadas no Parlamento é um elemento importante de reforço da presunção da constitucionalidade da lei. Se levarmos em consideração o “valor epistêmico” da democracia, vale dizer, a premissa de que as deliberações democráticas tendem a gerar melhores soluções coletivas do que aquelas tomadas por agentes isolados, então o elevado consenso social em torno de uma medida é um forte indício da sua correção.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> O Conselho Constitucional francês chegou a decidir que não tem competência para controlar a constitucionalidade de atos normativos aprovados por referendo, porque estes seriam “*expressão direta da soberania nacional*”. (C.C. 92-313, 1992, reiterando decisão anterior, C.C. 61-20, 1962). Não é essa a nossa posição. Entendemos que o controle é possível no Brasil, mas deve ser realizado de forma deferente à expressão direta da vontade do eleitor.

<sup>64</sup>Cf. COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia. Op.cit.*, p. 253.

Igualmente importante é a análise da existência de efetiva participação popular na elaboração da norma.<sup>65</sup> Quanto maior essa participação, mais se aproxima da realidade a imagem de Rousseau, da lei como expressão da vontade geral do povo. As leis resultantes de um processo político aberto e participativo também podem – não há dúvida – ser declaradas inconstitucionais. Mas a sua invalidação demanda uma atitude mais autocontida por parte do Judiciário. Uma norma como a Lei Complementar nº 135/2010 – a chamada “Lei da Ficha Limpa” –, que se originou de iniciativa popular proposta por mais de um milhão e trezentos mil cidadãos, e foi aprovada em razão de intensa mobilização da sociedade civil, não pode ser examinada pelo Judiciário da mesma forma como se apreciaria uma lei editada na calada da noite, sem qualquer debate social ou envolvimento popular.<sup>66</sup>

(2) A democracia também deve calibrar a autocontenção judicial num sentido inverso. O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos

---

<sup>65</sup> Cf.: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, pp. 44 et seq.

<sup>66</sup> A Lei Complementar nº 135/2010 estabeleceu novas hipóteses de inelegibilidade, voltadas à proteção da probidade administrativa e moralidade, considerada a vida pregressa do candidato, nos termos do art. 14, § 9º, da Constituição. Dentre as causas de inelegibilidade constam a condenação criminal por órgão colegiado, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, e a renúncia a mandato para escapar de possível punição, o que levantou vários questionamentos sobre a constitucionalidade do ato normativo, tendo em vista os princípios constitucionais da presunção de inocência e da irretroatividade das normas punitivas. O STF, num primeiro julgamento, considerou que a lei seria inaplicável às eleições ocorridas em 2010, em razão da regra da anualidade eleitoral, estabelecida no art. 16 da Constituição, não se manifestando sobre a validade da norma (R.E. 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.3.2011). Posteriormente, a Corte decidiu que a lei é constitucional, podendo ser aplicada a partir das eleições de 2012 (ADCs 19 e 20, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.12.2012). Ambas as decisões suscitaram intensa polêmica e foram julgadas por apertadas maiorias. Em nossa opinião, ambas estavam corretas. No que concerne à primeira decisão, apesar da maior deferência devida às normas elaboradas com intensa participação popular, a afronta ao art. 16 da Constituição, que protege as regras do jogo democrático, era flagrante e inafastável.

detentores do poder político.<sup>67</sup> Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento. Um ótimo exemplo de atuação do STF nesta linha ocorreu na decisão judicial que liberou as "Marchas da Maconha"<sup>68</sup> - passeatas organizadas em todo o Brasil, que defendiam a legalização do uso da droga, e que eram reprimidas pela Polícia e pelo Poder Judiciário sob o argumento de que se tratava de prática de crime de apologia ao consumo de entorpecentes. Evidentemente, no debate sobre um tema público controverso - como a legalização da maconha -, a democracia exige que se assegure a todos os lados o direito de expressarem o seu ponto de vista, no afã de convencer a sociedade. Silenciar o lado que luta pela alteração do *status quo* legislativo é grave atentado à democracia, como bem reconheceu o STF.

(3) Critério igualmente importante se relaciona à proteção de minorias estigmatizadas. O processo político majoritário, que tem lugar no Parlamento e no governo, pode não ser suficientemente atento em relação aos direitos e interesses dos integrantes de grupos vulneráveis. O insulamento judicial diante da política eleitoral permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados em outras esferas. Esse argumento é um dos que justifica a adoção de

---

<sup>67</sup> Essa é a tese central de uma obra clássica da teoria constitucional norte-americana: ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

<sup>68</sup> ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/11/2011.

uma postura mais ativista do STF no histórico julgamento sobre união homoafetiva<sup>69</sup>. Pode-se fundamentar, assim, uma relativização da presunção de constitucionalidade de atos normativos que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas.

Destaque-se que o critério para definição de “minorias” que deve orientar a aplicação desse parâmetro não é numérico, mas envolve a participação do grupo social no exercício do poder político, social e econômico. Os milionários representam uma minoria em termos quantitativos, mas não em termos de participação no poder. Seria inconcebível formular uma teoria que relativizasse a presunção de constitucionalidade dos atos normativos que pudessem prejudicar os interesses dos milionários. Os seus interesses são protegidos até excessivamente pela via da política majoritária: são eles os super-incluídos. Já as mulheres, apesar de constituírem numericamente a maioria da população brasileira, ainda sofrem grave discriminação de gênero, e são sub-representadas nas esferas do poder político, social e econômico (muito embora o fenômeno venha se atenuando nos últimos tempos). De todo modo, elas ainda podem, para os fins aqui propostos, serem consideradas como minoria.

(4) Outro parâmetro diz respeito à relevância material do direito fundamental em jogo. Normas que restrinjam direitos básicos – mesmo aqueles que não são diretamente relacionados com a democracia – merecem um escrutínio mais rigoroso do Poder Judiciário, tendo a sua presunção de constitucionalidade relativizada. Os direitos fundamentais devem prevalecer, como “trunfos”, sobre a vontade das maiorias, pois expressam exigências morais que se impõem à política. Isso vale para liberdades públicas e existenciais, e para direitos sociais ligados ao atendimento das necessidades básicas. Não vale, porém, para vantagens corporativas, ainda que constitucionalizadas, nem para direitos de natureza exclusivamente patrimonial. Essas

---

<sup>69</sup> ADPF 132 e ADI 142, Rel. Min. Carlos Britto, j. 4 e 5 de maio de 2011.

vantagens e direitos, ainda quando positivados em sede constitucional, não possuem a mesma hierarquia axiológica que os direitos básicos acima mencionados, o que justifica que se reconheça um maior espaço para que a política majoritária delibere sobre eles. No cenário de uma sociedade profundamente desigual e de um sistema constitucional que se propõe a corrigir as desigualdades, não se deve restringir demasiadamente a possibilidade de que os poderes estatais adotem políticas redistributivas, voltadas à mudança do *status quo*, que alterem os direitos patrimoniais e as vantagens corporativas já conquistadas no passado.

(5) Outro importante elemento a ser considerado é a comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. É recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito. Não se deve adotar na jurisdição constitucional uma visão idealizada do juiz - como o "juiz Hércules" de Ronald Dworkin -, que presuma sabedoria infinita e onisciência dos magistrados, bem como ausência de limitações decorrentes de fatores como escassez de tempo pela sobrecarga de trabalho. Uma teoria que se baseie em idealizações distantes da realidade não funcionará bem na prática, quando operada por juízes constitucionais concretos, "de carne e osso", atuando no interior de instituições que têm as suas fragilidades e limitações.<sup>70</sup> Se, por exemplo, magistrados, que não são peritos em Economia, começarem a invalidar políticas econômicas do governo, sob o argumento de que as mesmas não são razoáveis, ou são ineficientes, é provável que as suas intervenções, ainda que muito bem intencionadas, revelem-se ao final

---

<sup>70</sup> Cf. SCHAUER, Frederick Shauer. *Playing by the Rules*. Oxford: Claredon Press, 1991; SUNSTEIN, Cass, VERMEULLE, Adrian. "Interpretations and Institutions". *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 156. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>; VERMEULLE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory for Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

contraproducentes, mesmo na perspectiva dos princípios jurídicos que objetivavam defender<sup>71</sup>. Como ressalta Gustavo Binbenbojm, tratando do controle judicial dos atos administrativos, *“quanto maior for o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial”*.<sup>72 73</sup>

---

<sup>71</sup> Imagine-se a seguinte hipótese: a Constituição consagra como princípio da ordem econômica a “busca do pleno emprego” (art. 170, VIII), e é sabido que as taxas de juros praticadas no mercado têm direta relação com a realização concreta deste objetivo constitucional. Existe um órgão público vinculado ao Banco Central – o Comitê de Política Monetária (COPOM) – que tem dentre as suas atribuições a fixação da taxa básica de juros. As decisões do COPOM, com muita frequência, geram polêmica entre os especialistas, devidamente noticiadas nas páginas econômicas dos jornais: há sempre os que acham que a taxa fixada foi alta demais, desacelerando indevidamente as atividades econômicas, enquanto outros consideram que ela foi muito baixa, promovendo a inflação. Figure-se uma impugnação judicial à decisão do COPOM, em que se alegasse afronta ao princípio constitucional da busca do pleno emprego. As decisões que fixam a taxa básica de juros têm gravíssimas repercussões na Economia e são adotadas após atento exame de múltiplas variáveis econômicas. Esse exame pressupõe, naturalmente, profundos conhecimentos técnicos que os juízes, diferentemente dos membros do COPOM, não possuem. Por isso converter o Poder Judiciário no árbitro dessa questão seria uma péssima ideia. Provavelmente uma decisão do Judiciário fixando os juros provocaria grande dano à Economia - inclusive ao pleno emprego.

<sup>72</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 236.

<sup>73</sup> A questão das capacidades institucionais foi expressamente considerada pelo STF no polêmico caso da extradição de Cesare Battisti. A Corte, por maioria, deferiu a extradição, requerida pela Itália, mas o Presidente da República resolvera não realizá-la. Firmada a premissa de que a decisão do STF no processo extradicional não obriga a realização da extradição pelo Chefe de Estado, mas apenas a facultar, passou-se a discutir a possibilidade de controle jurisdicional do ato do Presidente, que se negara a extraditar Cesare Battisti. O voto que “desempatou” o julgamento, mantendo o ato presidencial impugnado, foi proferido pelo Ministro Luiz Fux, e um dos seus fundamentos foi a consideração de que faltaria ao STF a capacidade institucional de se imiscuir em questões de relações internacionais: *“O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeulle (...). Não por acaso, diretamente subordinado ao Presidente da República está o Ministério das Relações Exteriores, com profissionais capacitados para informá-lo a respeito de todos os elementos de política internacional necessários à tomada desta sorte de decisão. Com efeito, é o Presidente da República que se encontra com os Chefes de Estado estrangeiros, que tem experiência em planejar suas decisões com base na geografia política e que, portanto, tem maior capacidade para prever as conseqüências políticas das decisões do Brasil no plano internacional.”* (Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Cezar Peluso)

(6) Um fator adicional a ser considerado é a época de edição do ato normativo. Normas editadas antes do advento da Constituição não desfrutam de presunção de constitucionalidade equiparada àquelas feitas posteriormente. Vários argumentos justificam esse parâmetro. Um deles é a democracia: o contexto político anterior à Constituição de 88 não era democrático – ressalvado apenas o período entre a promulgação da Constituição de 1946 e o golpe militar de 1964. Ademais, as deliberações das maiorias formadas em outras gerações não têm, sob o prisma democrático, o mesmo peso das decisões tomadas pelos representantes do povo no presente. Outro argumento é o de que não se pode presumir que o legislador do passado tenha agido de acordo com os princípios de uma Constituição futura, que ele sequer tinha como conhecer. Ademais, é provável que normas anteriores espelhem valores do passado, que não guardam harmonia com aqueles consagrados por uma nova Constituição.

(7) Finalmente, outro *standard* diz respeito ao que, no campo da psicologia social, é chamado de *inconsistência temporal*<sup>74</sup>: a tendência humana de sobrevalorizar os interesses de curto prazo, em detrimento daqueles de longo prazo. A inconsistência temporal é característica dos indivíduos<sup>75</sup>, mas também das coletividades humanas. O sistema político tende a exacerbar a inconsistência temporal na ação coletiva, aumentando a sua *miopia*, ao induzir que se subestimem valores e interesses de longo

---

<sup>74</sup> Veja-se, a propósito, ELSTER, Jon. *Ulisses Desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Trad. Jordi Mundó. Barcelona: Gedisa, 2000, pp. 36-56 e 161-165.

<sup>75</sup> O conflito individual entre a gratificação imediata e os interesses de longo prazo foi descrito por Eduardo Giannetti, em bela passagem: "*Desfrutar o momento ou cuidar do amanhã? (...) O cérebro humano é formado por circuitos modulares que não estão perfeitamente integrados. A perspectiva concreta de gratificação imediata de certos desejos ativa uma região do cérebro - o sistema límbico - que demanda pronta satisfação, sem se importar com o amanhã. Mas a impaciência de curto prazo não é tudo. O primata impulsivo que nos agita em segredo tem um adversário a altura: o córtex pré-frontal, que pondera os prós e os contras de diferentes escolhas e não se deixa levar com facilidade pela sedução do momento (...) No sempre renovado embate entre a impulsividade da cigarra límbica e o calculismo prudente da formiga pré-frontal, o resultado não está dado de antemão.*" ( *O Valor do Amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, contracapa).

prazo - mais distantes das preocupações do dia-a-dia do eleitor -, em proveito de vantagens mais imediatas. Pode-se dizer, numa generalização, que, como os políticos almejam se reeleger, tendem a priorizar ações que rendam efeitos positivos durante os seus mandatos, visando à obtenção de dividendos eleitorais. Com isso, interesses importantes de longo prazo, como os direitos das próximas gerações, podem ser ameaçados. Como a periodicidade das eleições é exigência básica e incontornável do sistema democrático, uma das soluções para minimização do problema da inconsistência temporal na política envolve o fortalecimento da jurisdição constitucional em certos campos<sup>76</sup>.

A posição institucional dos juízes, que não dependem de sucesso eleitoral para manterem-se em seus cargos, facilita o desempenho do papel jurisdicional de guardião de valores e interesses de longo prazo, diminuindo o risco de que a lógica da política majoritária sacrifique em demasia o futuro em favor de interesses mais imediatos da sociedade. Uma área em que tem clara aplicação este parâmetro é o da proteção ao meio ambiente.

Não há como hierarquizar os parâmetros acima, que nem sempre serão convergentes num caso concreto. Deve-se verificar se há convergência de diversos parâmetros no sentido do reforço ou da atenuação da presunção de constitucionalidade. Em casos de dissonância, os parâmetros podem até, eventualmente, se neutralizar, gerando uma presunção moderada (“normal”) de constitucionalidade do ato normativo.

## **ENTRE JURISDIÇÃO E POLÍTICA CONSTITUCIONAL**

---

<sup>76</sup> Existem outras medidas para redução da inconsistência temporal na política, como a promoção de maior conscientização dos eleitores, por meio da educação e dos meios de comunicação, de forma a torná-los mais preocupados com os valores de longo prazo, e mais dispostos a eleger políticos que não priorizem apenas medidas com foco mais imediato.

Uma dicotomia fundamental que perpassa a teoria constitucional contemporânea diz respeito ao *locus* central do constitucionalismo. Pode-se apontar a existência de duas posições extremas nessa controvérsia,<sup>77</sup> embora também existam concepções intermediárias entre elas, dentre as quais a que ora sustentamos.

De um lado, há os defensores do “judicialismo” constitucional. Para eles, a jurisdição constitucional é o espaço por excelência da afirmação da Constituição, onde os temas controvertidos são equacionados com base no Direito e não em preferências ideológicas, interesses ou compromissos políticos. A política, realizada nas instâncias representativas, move-se por outra lógica que não a constitucional. A Constituição é um limite externo para a política e não um norte para a sua atuação. Esse limite tem como guardião o Poder Judiciário – especialmente as supremas cortes ou tribunais constitucionais – que estaria, por assim dizer, “fora” da política.

Do outro lado, há os que criticam o modelo judicialista, afirmando que ele dá ensejo a instauração de uma ditadura judicial de supostos sábios togados. É a posição atualmente defendida pelos adeptos do “constitucionalismo popular”, e que já foi advogada por diversas outras correntes ao longo da história, todas sustentando que, em nome da proteção da Constituição, a hegemonia da jurisdição constitucional permite aos juízes que imponham os seus próprios valores à sociedade. Nessa perspectiva, a política praticada nos parlamentos e nas articulações da sociedade civil é tida como mais confiável para guardar e promover os valores constitucionais do que a atuação dos tribunais. A Constituição é vista menos como um limite externo para a deliberação democrática dos fóruns representativos, a ser imposto a partir de fora, e mais como uma inspiração que deve guiar permanentemente a atividade política.

Em nossa opinião, deve-se buscar um lugar intermediário entre estas visões antagônicas. De um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na

---

<sup>77</sup>Uma boa síntese dos argumentos de cada lado desta contenda se encontra em WALUCHOW, W. J. *The Common Law Theory of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press, 2007, pp. 74-179.

garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia, sobretudo num contexto como o vivenciado no Brasil de hoje, de profunda crise de representatividade do Poder Legislativo. Mas, do outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal.

Nesse sentido, é preciso, em primeiro lugar, reconhecer realisticamente que os tribunais não são espaços assépticos, imunes à ideologia e às articulações e compromissos políticos. Portanto, eles não estão “fora” da política. Ademais, é necessário também perceber que a política, com todas as suas imperfeições, pode e deve ser um campo aberto ao debate constitucional, inspirando-se também por princípios, e não apenas por preferências ideológicas ou por interesses de facções.<sup>78</sup>

Em nosso cenário, povoado por instituições e procedimentos imperfeitos, a jurisdição constitucional desempenha um papel altamente relevante. Em geral, o STF vem, pelo menos ao longo da última década, desempenhando razoavelmente bem este papel. Porém, a jurisdição constitucional não é e não deve ser concebida como a protagonista da narrativa constitucional da Nação. A Constituição é interpretada e concretizada também fora das cortes, e o seu sentido é produzido por meio de debates e interações que ocorrem nos mais diferentes campos em que se dá o

---

<sup>78</sup> Como destacou Maurizio Fioravanti, “*uma Constituição livre da política pode corresponder a uma política livre da Constituição*” (FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione e Popolo Sovrano: La Costituzione Italiana nella Storia del Costituzionalismo Moderno*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 20). Em outras palavras, uma cultura jurídica que atribui apenas aos tribunais a função de promoção e proteção da Constituição acaba desonerando os atores políticos do dever de se guiarem pelos princípios constitucionais.

exercício da cidadania.<sup>79</sup> Essa possibilidade de interpretação constitucional fora dos tribunais é vital para a legitimação democrática da empreitada constitucional.<sup>80</sup>

O cidadão e os movimentos sociais devem ter sempre a possibilidade de lutar, nos mais diversos espaços - no Judiciário e fora dele - , pela sua leitura da Constituição, buscando aproximar as práticas constitucionais do seu ideário político e de suas utopias. Essa dimensão da interpretação constitucional vem sendo relegada pela doutrina convencional, que concebe a Constituição como se fosse um documento eminentemente técnico, cujo sentido só pode ser discutido e compreendido por especialistas iniciados nos mistérios da dogmática jurídica. Pensar a Constituição dessa maneira é negligenciar o papel vital que ela deve desempenhar como elemento de coesão social, com a capacidade de expressar a identidade política do povo e de falar ao coração dos cidadãos.

Enfim, a jurisdição constitucional é peça importante nas engrenagens do constitucionalismo democrático. No Brasil, o seu exercício tem contribuído para avanços significativos em campos fundamentais, como a proteção de minorias

---

<sup>79</sup> Cf. SIEGEL, Reva. "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the *de facto* ERA". *California Law Review*, n. 94, 2006, pp. 1323 *et seq.*

<sup>80</sup> Nas palavras de Jack Balkin "a legitimidade constitucional depende do que Sanford Levinson chamou de 'protestantismo constitucional' – a ideia de que nenhuma instituição do Estado, e especialmente, também não a Suprema Corte, tem o monopólio do sentido da Constituição. Assim como as pessoas podem ler a Bíblia e decidir o que acreditam que ela significa para si, também os cidadãos podem decidir o que a Constituição significa e defender sua posição na esfera pública. Para que o projeto constitucional tenha sucesso, não é suficiente que o povo o suporte. O povo deve ter também a possibilidade de criticar a forma como esse projeto está sendo desenvolvido. As pessoas devem poder discordar, denunciar e protestar contra a prática constitucional, inclusive, especialmente, as decisões dos tribunais, e demandar a Constituição como a 'sua' Constituição, de forma a poder mover a prática constitucional na direção mais próxima dos seus ideais. Só nestas condições é plausível que o povo mantenha fé na Constituição" (*Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*. Cambridge: Harvard University Press, p. 10). A interessante analogia entre a compreensão pluralista dos intérpretes da Constituição e o protestantismo consiste no fato de que esse, ao contrário do catolicismo, nega a existência de um único intérprete autorizado da verdade religiosa – no caso do catolicismo, a Igreja Católica. Para o protestantismo, desde Martinho Lutero, cada fiel pode interpretar a Bíblia ao seu modo. Da mesma forma, o pluralismo de intérpretes constitucionais também nega à Suprema Corte ou à Corte Constitucional o monopólio da "verdade" na interpretação da Constituição. A analogia é explorada em LEVINSON, Sanford. *Constitutional Faith*. Princeton: Princeton University Press, 1988, pp. 18-30.

estigmatizadas, o respeito a valores republicanos e a preservação das regras do jogo democrático. Porém, não há solução para os problemas nacionais que não passe pelo resgate da política, seja na esfera institucional da atividade parlamentar, seja no campo informal das mobilizações da cidadania. Confiar na jurisdição constitucional como panacéia para os problemas nacionais é esperança vã.