

Núcleo de Estudos e
Pesquisas do Senado

A large, light gray, stylized quill pen nib graphic that tapers to a point at the bottom, positioned on the left side of the page.

HÁ EXCESSO DE JURISDIÇÃO NO BRASIL?

Edvaldo Fernandes da Silva

Textos para Discussão

117

Setembro/2012

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Doris Marize Romariz Peixoto – Diretora Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Claudia Lyra Nascimento – Secretária Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

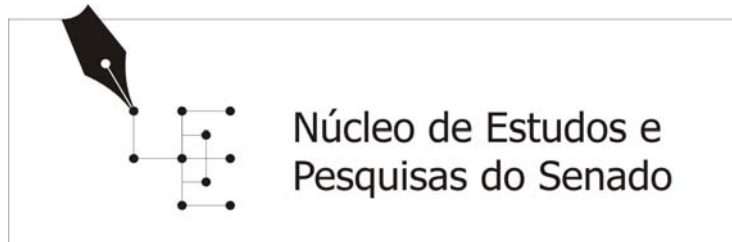
Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor Geral

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS

Orlando de Sá Cavalcante Neto – Consultor Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Diretor



Criado pelo Ato da Comissão Diretora nº 10, de 2011, o Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal tem por missão organizar, apoiar e coordenar projetos de estudos e pesquisas que visem à produção e à sistematização de conhecimentos relevantes para o aprimoramento da atuação do Senado Federal.

Contato:

conlegestudos@senado.gov.br

URL: www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

HÁ EXCESSO DE JURISDIÇÃO NO BRASIL?

APONTAMENTOS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Edvaldo Fernandes da Silva¹

RESUMO

A ascensão do direito foi um dos mais importantes vetores do desenvolvimento do estado moderno. A invenção do controle de constitucionalidade para efetivação dos direitos projetou o Judiciário e implicou um novo equilíbrio entre os poderes do estado. A redefinição dos espaços de atuação do direito e da política, para não amortecer a democracia, exige engenharia institucional que previna a supremacia judicial. O sistema de jurisdição constitucional brasileiro supre uma lacuna no Poder Legislativo, mas sufoca o desenvolvimento de uma cultura política que solucione esse problema pela via natural. Essa conjuntura impõe urgente reforma judiciária e política que assegurem a efetividade concomitante da jurisdição constitucional e do sistema político.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional, Poder Judiciário, Poder Legislativo, Judicialização da Política, Controle de Constitucionalidade, Reforma Política, Reforma Judiciária.

IS THERE AN EXCESSIVE JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL?

NOTES ON BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW IN THE LIGHT OF THE HISTORIC EVOLUTION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT

The rise of the law was one of the most important vectors of the development of the modern state. The invention of judicial review has leveraged the judiciary and led to a new balance between the powers of the state. The redefinition of the performance spaces of law and politics requires institutional engineering that prevents judicial supremacy damping democracy. The Brazilian system of judicial review counterbalances a gap in Legislature, but stifles the development of a political culture that solves this problem by natural means. This situation requires urgent political and judicial reform to ensure the effectiveness of both judicial review and political system.

KEYWORDS: Judicial Review, Judicial Power, Legislative Power, Political Judicialization, Political Reform, Judicial Reform.

¹ Mestre em Ciência Política (IUPERJ), especialista em Direito Tributário (UCB), bacharel em Direito (UFMG) e em Comunicação Social-Jornalismo (UFMG) e Advogado do Senado Federal.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	5
II. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DEMOCRÁTICO	6
III. CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO RACIONAL E ADVENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	8
IV. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	14
V. CONCLUSÃO.....	17
BIBLIOGRAFIA	19

HÁ EXCESSO DE JURISDIÇÃO NO BRASIL?

APONTAMENTOS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

I. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um dos fenômenos que mais interferem com a reconfiguração da democracia contemporânea. O alceamento do Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, à condição de protagonista no estado democrático de direito, que até então era basicamente determinado analiticamente pelas tensões entre o Executivo e o Legislativo, problematizou o conceito de democracia.

Segundo o esquema clássico de Montesquieu, a magistratura teria uma posição discreta no Estado Democrático. Excluída da produção de normas, da gestão administrativa e, em regra, da responsabilização política pela via eleitoral, sua competência se limitaria à subsunção de fatos à lei.

Dada o anterior *status* de coadjuvante do Judiciário, o desenvolvimento da democracia moderna confundia-se, até pouco tempo, com o aperfeiçoamento dos mecanismos de representação política. A essa concepção correspondia um direito politicamente neutro, a demarcar, com fossos profundos, os limites de expansão do terceiro poder.

Essa realidade transformou-se profundamente com a ascensão do Poder Judiciário à condição de protagonista. Nas democracias maduras, o equilíbrio entre política e direito, com predomínio da primeira sobre o segundo, vem se rompendo progressivamente. Simultaneamente, assiste-se a uma intrigante aproximação entre esses dois polos.

Como refogem a um campo do conhecimento específico e ainda estão em curso, esses fenômenos desafiam difíceis análises interdisciplinares e sincrônicas, capazes de dissecá-los e antecipar seus possíveis desdobramentos.

Esse artigo limita-se a indicar traços gerais do problema, examinar alguns de seus antecedentes e implicações à luz de teorias jurídicas contemporâneas. Em seguida, recupera-se o desenvolvimento histórico da jurisdição constitucional no Brasil, examina-se o último estágio desse processo e propõem-se medidas para aumentar a convergência do instituto com a evolução da democracia.

II. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DEMOCRÁTICO

A convergência entre direito e democracia como estes institucionais do estado é produto da modernidade e surgiu dos escombros do feudalismo.

A Paz de Vestfália, estabelecida em 1648 após um período de intensa beligerância entre as potências europeias, proscreveu o antigo sistema medieval, que atribuía autoridade suprema ao Império e ao Papado.

A soberania passou ser o princípio organizador das relações entre os estados, que passaram a se submeter a um sistema jurídico secularizado e regulado por tratados internacionais.

As potências europeias passaram por um processo de progressiva democratização interna. A racionalização do mundo, para usar a terminologia de Max Weber (1996, p. 489), removeu o fundamento transcendental para o poder do monarca e passou a exigir o governo do povo, com a profusão de ideias liberais e republicanos que decantavam em obras de pensadores como John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Paulatinamente, a vida social passava a ser organizada a partir de legislação de fundo secular e racional. Ainda na Idade Média, São Tomás de Aquino já ressaltava as bases sociológicas da lei e de sua coercitividade:

Una persona privada no puede inducir eficazmente a la virtud: puede únicamente amonestar, pero si su amonestación no es atendida, carece de fuerza coactiva, fuerza que ha de tener, en cambio, la ley para que pueda inducir a la virtud con eficacia, según dice el Filósofo en X *Ethic*. Esta fuerza coactiva radica en el pueblo o en la persona pública que lo representa, que puede por ello infligir penas (...). Luego sólo el pueblo o su mandatario pueden legislar (1984, p. 707)².

Em o Leviatã, de 1651, o fundamento de validade da ordem jurídica migra da investidura divina do rei para o consentimento dos súditos (Hobbes, 1977). O poder do governante, no estado hobbesiano, decorre do pacto em que os indivíduos se despojam da autoridade sobre a própria vida e transferem-na ao leviatã em troca da garantia de ordem e segurança.

Introduz-se na teoria política de vanguarda um princípio de responsabilidade, porque o monarca atua por delegação. E essa atuação se faz mediante lei, o que por si só restringe o arbítrio

² Uma pessoa privada não pode induzir eficazmente à virtude. Pode unicamente admoestar, mas se sua admoestação não é atendida, carece de força coativa, força que há de ter, no entanto, a lei para que possa induzir à virtude com eficácia, segundo disse o Filósofo em X Ética. Essa força coativa radica no povo ou na pessoa pública que o representa, que pode por ele infligir ele infligir penas (...). Logo, somente o povo ou seu mandatário pode legislar (tradução nossa).

do monarca e promove o nivelamento dos súditos. O privilégio, o casuísmo e a incoerência são incompatíveis com a noção de estatuto.

John Locke (1998), sobretudo, em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de 1689, aprofunda a natureza contratual da relação entre os súditos e o monarca. Além disso, deduz direitos naturais que, por seu caráter transcendental, estavam indisponíveis aos contraentes. Portanto, com isso, restringe ainda mais a atuação do governante.

A Revolução Francesa e a Revolução Americana, que eclodiram da metade para o final do Século XVII, foram marcos importantes para o alinhamento entre as instituições políticas e os ideais liberais e republicanos latentes. Conformemente, aceleraram o estabelecimento e a proliferação de um direito democrático de bases racionais.

Ambas as revoluções concretizaram princípios catalogados por Montesquieu (1979), em *Espírito das Leis*, de 1748, entre eles o da separação dos poderes, talvez o principal suporte ideológico da Constituição dos Estados Unidos aprovada em 1787.

Nessa obra seminal, o pensador francês afirma que as leis não são produtos do acaso, da expressão da vontade divina, nem do arbítrio do príncipe, mas emanam da razão e são desdobramentos de relações necessárias que decorrem da natureza das coisas. A teoria do estado incorpora, com maior ou menor medida, o direito secular e racional como baliza institucional da política.

No Século XIX, a Revolução Industrial desencadeia um processo de rápida racionalização da economia. O mercado se expandiu e revolucionou as relações sociais, como bem demonstra Karl Polanyi (2000). Grandes massas de trabalhadores rurais foram transformadas em proletários. As cidades cresceram e impuseram novos desafios aos governantes. A concorrência entre as potências se acirrou. Nesse novo contexto, os antigos arranjos imperiais se tornaram flagrantemente obsoletos.

As duas grandes guerras mundiais do Século XX aniquilaram, no mundo ocidental, os derradeiros restolhos da ordem feudal anterior (Hobsbawn, 2005). Foram banidos, já como desdobramento da primeira guerra (1914-1918), entre outros, os anacrônicos impérios austro-húngaro, russo, otomano e alemão. Na segunda, extirparam-se governos autoritários que se estabeleceram na Alemanha, na Itália, no Japão, no Brasil e em outros países na esteira de uma cultura política ainda plasmada no passado imperial.

As potências democráticas foram claramente grandes vencedoras desse sombrio período da história da humanidade, o que se tornou mais evidente quando, em 1991, ruiu o império soviético. Contudo, havia no pós-guerra certa desilusão com a democracia porque as instituições representativas, regidas por eleições, como os parlamentos, não impediram a ascensão das ditaduras que arrastaram o mundo para a conflagração global em 1939, nem as atrocidades que foram perpetradas no conflito.

Surgiu daí um consenso sobre a necessidade de se estabelecer uma ordem jurídica centrada nos direitos humanos, com efetividade assegurada por máquina judicial eficiente e encimada por uma corte constitucional ativa (SCHOR, 2008, pp. 264 e 265).

Como consequência, no pós-guerra o Poder Judiciário começa a se consolidar como guardião da constituição. Mesmo a notável Suprema Corte dos Estados Unidos, que praticamente inventou o controle de constitucionalidade em 1803, só se firma como garante dos direitos e garantias e individuais após 1945 (SCHOR, 2008, p. 262).

III. CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO RACIONAL E ADVENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ascensão do Poder Judiciário após a Segunda Guerra balizou-se também no desenvolvimento de teorias que promoveram a tecnicização do direito. O positivismo jurídico, do final do Século XIX, já expulsara os resquícios de magia da ciência jurídica e impôs critérios para a afirmação científica do direito, como a definição de seu objeto específico.

Hans Kelsen propôs e delineou, a partir de 1911, uma ciência do direito cujo objeto não seria produto da vontade, mas da razão (Silva, 2011). Como corolário, as decisões judiciais seriam simples deduções normativas resultantes de operações intelectuais. Ademais, a jurisdição constitucional seria uma atividade de cassação, nunca de criação.

O estabelecimento do direito seria, no aspecto conceitual, função da Ciência Jurídica, e no aspecto material, função da política. O controle da política pelo direito seria função de um sistema racionalmente estruturado.

Caberia ao Judiciário velar pela manutenção desse arcabouço aplicando o direito ao caso concreto, com margens mínimas de criatividade normativa. Esse modelo de democracia constitucional pressupunha, assim, o Poder Judiciário não poderia inovar os fundamentos da ordem jurídica.

No debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a titularidade da função de guardião da constituição (SCHMITT; KELSEN, 2009), essa condição refratária à política do Poder Judiciário não estava em questão. Cada um dos pensadores tinha uma visão diferente sobre como lidar com o risco de politização do Judiciário.

No trecho abaixo, Kelsen sintetiza e rebate o argumento de Schmitt contra a jurisdição constitucional, mas concorda com ele sobre os riscos que essa instituição pode representar à democracia:

Con todo, no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los «límites» de la jurisdicción, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Sólo que dicha pregunta, en este contexto, no debe plantearse acerca del *concepto* de jurisdicción, sino acerca de la mejor ordenación de su función de acuerdo a sus fines, y que ambos os problemas deben mantenerse claramente separados. Si desea restringir el poder de los Tribunales y con ello el carácter *político* de su función – tendencia ésta que aparece especialmente en la monarquía constitucional, pero que puede observarse en la república democrática –, entonces debe limitar-se lo más posible el espacio de *la libre discrecionalidad* que las leyes conceden en su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como «libertad», «igualdad», «justicia», etc. De lo contrario, existe el peligro de un *desplazamiento* del poder del Parlamento – no previsto por la Constitución – y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él, «que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas por el Parlamento». Pero éste no es un problema específico de la jurisdicción constitucional; es *asimismo válido para las relaciones entre la ley e los Tribunales civiles, penales y administrativos que las aplican*. Este es el antiguo dilema platónico: *politeia* o *nomoi*, rey-juez o rey-legislador (SCHMITT; KELSEN, 2009, pp. 319-322)³.

³ Entretanto, não há como negar que a questão articulada por Carl Schmitt sobre os “limites” da jurisdição em geral e do tribunal constitucional, em particular, é totalmente legítima. Só que essa pergunta, nesse contexto, não deve recair sobre o conceito de jurisdição, mas sobre a melhor normatização de suas funções de acordo com sua finalidade, e que ambos os problemas devem ser mantidos estritamente separados. Se se deseja restringir o poder dos tribunais e, assim, o caráter político de sua função – tendência esta que aparece especialmente na monarquia constitucional, mas que pode ser observado na república democrática –, então deve-se limitar o máximo possível, na lei, a margem de discricionariedade para sua aplicação. Assim, as normas constitucionais a serem aplicadas pelo tribunal constitucional, sobretudo aquelas com que se define o conteúdo das leis futuras, como as determinações dos direitos fundamentais e de outros similares, não devem ser formuladas em termos excessivamente genéricos, não devem empregar terminologia vaga, como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Caso contrário, há o risco de usurpação do poder do Parlamento – não prevista na Constituição – e do ponto de vista político, muito inconveniente, a existência de um poder legislativo paralelo, “que pode ser a expressão de forças políticas completamente diversas daquelas representadas pelo Parlamento. “Mas este não é um problema específico da jurisdição constitucional. É válido também para a relação entre a lei e os tribunais civis, penais e administrativos que as aplicam. É o antigo dilema platônico: *politeia* ou *nomoi*, rei-juiz ou rei-legislador (tradução nossa).

Nem Schmitt nem Kelsen admitia a confusão entre o poder de julgar e poder de legislar, essa cisão profunda que foi introjetada no esquema básico da democracia moderna.

O jurista austríaco julgava que a designação de uma corte como guardião da constituição era compatível com a necessária neutralidade política da ordem jurídica. O arbítrio da magistratura seria coibido pelo formalismo e pela sistematicidade do direito.

O filósofo alemão pensava o contrário. Para ele, as amarras teóricas estabelecidas por Kelsen não seriam suficientes para travar a potencial politização do direito com a atribuição a uma corte a palavra final sobre o teor da constituição. Ambos concordavam, porém, com a premissa de que o Judiciário deveria se restringir à aplicação de normas heterônomas, como alinhavado no esquema clássico de Montesquieu.

Montesquieu enunciara, assim, esse princípio de separação:

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur (Montesquieu, 1875-79. p. 426)⁴.

O *rey-legislador* tradicionalmente é representante imediato do povo e o *rey-juiz*, mero órgão de execução do estado. O primeiro age conforme a vontade do povo, ao passo que o segundo apenas aplica o ato que resultou da vontade do povo. Assim, a atuação deste não está fundada na vontade, mas no mero discernimento.

A mediação das relações entre governo e governados por meio da lei foi uma condição fundamental para o desenvolvimento da democracia. A lei, por sua generalidade, aboliu o casuísmo e nivelou os cidadãos. O ativismo judicial, por enfraquecer a lei, pode representar perigoso retrocesso social.

A democracia pressupõe a construção da lei por meio do próprio povo, por meios de representantes eleitos. Kelsen afirma que é impossível anular a discordância entre a vontade do indivíduo e a vontade da ordem estatal a que se submete, mas lembra que essa discordância é

⁴ Não haverá liberdade alguma se o poder de julgar não estiver separado do poder de legislar e do poder de executar. Se o poder de julgar estiver junto com o poder de legislar, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário: porque o juiz será legislador. Se ele estiver junto com o poder de executar, o juiz teria a força de um opressor.

minimizada num estado democrático (KELSEN, 200, pp. 32-33). É essa liberdade política aproximada a única possível no mundo moderno.

O ativismo judicial pode corromper a noção de democracia até então vigente ou transformar essa noção profundamente, estabelecendo um novo tipo de liberdade política, factualmente muito mais estreita que a predominante na modernidade.

John Hart Ely (1980, p. 135), acertadamente, afirma que o dever de representação que está no cerne do sistema político americano requer mais que simplesmente facultar voz e voto às minorias. A jurisdição constitucional, porém, praticamente se universalizou por ter-se confirmado, na prática, como instrumento importante moderação do processo decisório presidido pelo princípio majoritário. A jurisdição constitucional se firmou com importante incremento do jogo democrático.

A maior liberdade de interpretação constitucional aos juízes reduz, porém, o grau de convergência entre a vontade do estado e a vontade do povo. A compreensão da magistratura do que sejam os direitos fundamentais, por exemplo, pode reduzir a um mínimo o espaço de atuação da legislatura.

Miguel Shor (2008, p. 286) aponta que a relação entre democracia e jurisdição constitucional divide os acadêmicos em dois grupos: os otimistas e os pessimistas. Os otimistas ressaltariam a afinidade entre democracia e a jurisdição constitucional, principalmente em processos de transição democrática como os observados após Segunda Guerra na Alemanha e na África do Sul após o *apartheid*. A jurisdição constitucional favoreceria a confiança na efetividade da constituição em democracias recém-instauradas. Os pessimistas, ao contrário, apontam intervenções da jurisdição constitucional dificultaram a resolução de problemas de ação coletiva sobretudo em democracias maduras.

Ronald Dworkin, que defende a ideia que a Constituição comporta e exige uma leitura moral, que assegure sua constante atualização pelas cortes, seria classificado por Shor entre os otimistas. Dworkin, porém, não abre a constituição para interpretações segundo as convicções pessoais dos juízes. Para ele, a exigência de integridade constitucional exige que juízos morais abstratos deduzidos da constituição estejam em linha de coerência com o desenho estrutural desta (DWORKIN, 2006, p. 15). Portanto, os juízes poderiam inovar a legislação desde que observem esse parâmetro.

J. Harvie Wilkinson III (2012, p. 22), que poderia ser incluído entre os pessimistas, não concorda com essa abertura do texto constitucional. Afirma que, a não ser que haja falhas no processo político, é desejável que o parlamento – e não as cortes – atualizem as normas sociais. Em sua opinião, a magistratura tem menos expertise para acessar o exato conteúdo dos valores sociais e para avaliar circunstâncias novas e reagir a elas. Além disso, a intervenção judicial poderia obstruir processos que são “naturais, estimulantes e necessários ao desenvolvimento espírito democrático”.

Interessante notar que, escrevendo em 1931, Carl Schmitt não censura a atuação da Suprema Corte americana:

El Tribunal Supremo americano es algo muy distinto de un *Staatsgerichtshof*. Con una clara consciencia de su carácter como instancia processal, limitase a fallar determinados litigios (*real, actual «case» or «controversy» of «judiciary nature»*). Teniendo en cuenta su *strictly judicial function* se abstiene de adoptar criterio político o legislativo, y siquiera pretende ser Tribunal contencioso-administrativo (SCHMITT; KELSEN, 2009, p. 25)⁵.

O controle de constitucionalidade difuso, com poucas e esparsas intervenções judiciais na retificação da legislação, não configuraria risco à usurpação da função legislativa do estado. Não sabemos, ao certo, se Schmitt teria a mesma opinião sobre a Suprema Corte americana mais ativista do pós-guerra. O fato é que se opôs frontalmente contra a adoção de cortes constitucionais a que se atribuísse a palavra final sobre sensíveis questões constitucionais.

Contudo, a posição de Kelsen, favorável à jurisdição constitucional, passou a prevalecer, no período pós-guerra. Vários países europeus instituíram cortes constitucionais a partir de então para funcionarem como intérpretes últimos da Constituição.

Portanto, rephraseando Kelsen, o problema não é a jurisdição constitucional em si, mas a sua conformação institucional. A teoria kelseniana teve como vetor constante a racionalização do direito e criava balizas formais, conceituais e estruturais para confinar o arbítrio dos juízes.

Essa teoria desenvolveu-se em três fases distintas (Paulson, 1998, pp. xxiii-xxvii): a fase do construtivismo crítico (1911-1921), a fase clássica (1921-1960) e a fase cética (1960-1973).

A primeira fase corresponde ao período em que Kelsen constrói seus principais conceitos e preocupa-se, fundamentalmente, com a afirmação da Ciência do Direito como disciplina normativa.

⁵ O Tribunal Supremo americano é muito distinto de uma corte constitucional, e sua Justiça diametralmente oposta ao que atualmente chama-se na Alemanha de jurisdição política ou constitucional. Com uma clara consciência de seu caráter como instância processual, limita-se a julgar determinados litígios (verdadeiros casos ou controvérsias de natureza judicial). Tendo em conta sua função estritamente judicial, sequer pretende ser Tribunal contencioso-administrativo (tradução nossa).

Nas palavras de Paulson, o autor procurava “*to establish legal science as a ‘normative discipline’*” (Paulson, 1998, p. xxiv).

A diretriz do pensamento de Kelsen, nesse introito, era destacar os elementos próprios da análise jurídica. Definiu-se que o *discrímen* do objeto da Ciência do Direito caráter normativo peculiar.

A ciência jurídica rudimentar que aparece nessas formulações iniciais de Kelsen tinha acentuado caráter descritivo e estático. A preocupação era definir o que *é o Direito* e não *como funciona* o Direito.

Na segunda fase, Kelsen formula e consolida a Teoria Pura do Direito. No esforço para sistematizar o Direito e compreender seu funcionamento, incorpora a doutrina da estrutura hierárquica de Adolf Merkl, conhecida como pirâmide normativa.

Essa doutrina apresenta o Direito em processo dinâmico no qual recria a si mesmo de forma ininterrupta. Normas inferiores são determinadas por normas superiores. Sobressai desse sistema dinâmico a premissa básica de que uma norma é sempre criada por outra.

Kelsen vale-se na Teoria Pura do princípio da imputação, de matriz kantiana, estruturar a unidade básica do Direito, a norma, segundo a fórmula se *a*, deve ser *b*, em que *a* é, em termos gerais, é o fato sobre o qual incide a norma e *b* a sanção decorrente. O princípio da imputação, segundo o qual funciona o Direito, é um simulacro do princípio da causalidade, segundo o qual funciona a natureza.

Na última fase, ele não chegou a fechar uma teoria, mas adota princípios que sinalizam uma abertura do direito. No início, Kelsen insistia em depurar o direito de qualquer elemento de vontade. A norma fundamental era, até então, uma completa abstração, que poderia ter sua existência aferida única e exclusivamente por operações intelectuais. Todas as demais normas do sistema eram desdobramentos dessa norma fundamental. Do ponto de vista do cientista, o direito era um esquema normativo fechado.

Em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, publicada já em seu exílio nos Estados Unidos, o jurista já começava a admitir a criação de normas fora do processo político formal. O direito kelseniano não era mais um monólito racional. Na obra póstuma Teoria Geral das Normas, de 1972, Kelsen atribui à norma fundamental a natureza de vontade fictícia, com o que passa a acentuar a natureza. O próprio Direito, na fase cética, é reconhecido como uma ficção, em vez de construção teórica lógica, absolutamente sistemática e pura.

Kelsen assume, como David Hume assumiria, que o Direito lógico e puro é uma crença, um imperativo, um dever ser, que deveria ser perseguido a todo custo, mas que jamais seria alcançado. A maior suscetibilidade do direito que decorre desse avanço teórico implicava mais riscos. Em compensação, tornava o objeto da Ciência Jurídica mais flexível e reajustável às necessidades de um mundo em rápida transformação.

Vislumbra-se aí que Kelsen, o maior jurista do Século XX, falhou em construir barreiras teóricas para conter o arbítrio dos juízes e tornar a jurisdição constitucional inofensiva à política democrática. A jurisdição constitucional se firmou como instituição indispensável na maioria dos estados contemporâneos, mas permanece, com fator de instabilidade e insegurança, um risco que maior parte sociedades está disposta a correr.

Na seção seguinte, analiso, brevemente, o desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil, sobretudo após a Constituição de 1988.

IV. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O controle de constitucionalidade foi adotado no Brasil a partir da Constituição de 1891, na modalidade difusa, por influência do sistema norte-americano.

Na Constituição de 1934, introduziu-se no sistema a representação interventiva, por meio do qual o Procurador-Geral da República poderia submeter ao Supremo Tribunal Federal controvérsias acerca de violações do pacto federativo ensejadoras de intervenção.

Na Constituição de 1946, a representação interventiva passou a ser designada de arguição de inconstitucionalidade. A ação era cabível para apurar transgressão de princípios sensíveis, como a forma republicana representativa e a independência e harmonia dos Poderes.

A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, instituiu, paralelamente à representação interventiva, a ação de controle abstrato de normas estaduais e federais, também de titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República.

Por fim, veio a Constituição de 1988, que ampliou modalidades de ação direta sobre a constitucionalidade de normas e legitimou outros atores para iniciá-la⁶.

⁶ Vide arts. 102 e 103 da Constituição.

Ao longo de mais de um século, portanto, o Brasil desenvolveu um sistema misto de controle de constitucionalidade, que combina a aferição de constitucionalidade em concreto do modelo norte-americano com a aferição em abstrato do modelo europeu.

Esse sistema foi intensificado com uma série de mecanismos como a criação da ação direta de constitucionalidade introduzida pela Emenda nº 3, de 1993, pela admissão de cautelar em ação direta, nos termos da Lei nº 9.868, de 1999, com a regulamentação da arguição de preceito fundamental pela Lei nº 9.882, de 1999, com a instituição de repercussão geral e das súmulas vinculantes a partir da reforma do Judiciário delineada pela Emenda nº 45, de 2004. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reforçou ainda mais esse processo por meio de expedientes ampliativos como as sentenças aditivas e intermediárias no controle concentrado.

O Brasil ostenta hoje, sem sombra de dúvida, um dos mais compreensivos e intensivos sistemas de controle de constitucionalidade na atualidade. A partir da reforma do Judiciário de 2004 e da mudança de composição do Supremo Tribunal Federal, com indicação de ministros com perfil mais liberal, a corte abandonou sua tradicional moderação.

A intensificação da jurisdição constitucional no país é retroalimentada pelo sucesso de seus resultados perante a opinião pública. Decisões populares como a imposição da fidelidade partidária⁷, a cassação da lei de imprensa⁸ e a proibição do nepotismo na Administração pública⁹ reforçaram a importância da jurisdição constitucional para a evolução da democracia brasileira.

A judicialização da política e das relações sociais, conforme o diagnóstico do professor Luiz Werneck Vianna (1999a e 1999b), desatou nós normativos que resistiam ao processo político decisório. A regulamentação da união homoafetiva pode ser apontada como um desses nós. O relator do projeto de que originou o Código Civil em vigor desde 2003, o ex-deputado Ricardo Fiúza, afirmou que esta era uma das questões que a nova lei deveria ter resolvido¹⁰. A sociedade brasileira, para ele, já estava madura para aceitar uma moldura jurídica mais consistente para regular as consequências da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo (Silva, 2005).

O Parlamento, porém, não enfrentou o problema, que acabou sendo solucionado pelo Supremo Tribunal Federal. A corte equiparou a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a

⁷ STF-MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, Julg. 4.10.2007, DJe. 17.10.2008.

⁸ STF-ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Julg. 30.4.2009, DJe 6.11.2009.

⁹ STF-ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, Julg. 20.8.2008, DJe 18.12.2009.

¹⁰ A afirmação foi feita durante entrevista com o autor em 2005.

homoafetiva¹¹. Prevaleceu uma interpretação que sobrescreveu a literalidade do § 3º do art. 226 da Constituição¹² (“§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Para o STF, malgrado a clareza desse dispositivo em sentido contrário, a Constituição também reconhece a união entre pessoas do mesmo sexo em razão do princípio da isonomia. O acórdão levanta dúvidas sobre os limites da interpretação na jurisdição constitucional.

Parte da doutrina assinala que esse tipo de jurisprudência evidencia o fenômeno denominado mutação constitucional, que já foi, inclusive, admitido em alguns acórdãos do STF, no *Habeas Corpus* 96772:

(...) A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea (...) ¹³.

O poder judicial de promover mutação constitucional, a depender de sua definição conceitual, torna ocioso o poder constituinte derivado e acaba por transformar o Judiciário em poder constituinte de fato, e implicaria a fusão entre rei-juiz e rei-legislador.

No célebre julgamento da Ação Penal 470, houve menção à mutação constitucional para justificar jurisprudência drasticamente mais rigorosa em prejuízo dos réus. Pergunta-se: e o princípio da anterioridade penal? Como se pode exigir conduta diversa de quem se conduz conforme a lei interpretada pelos tribunais? A mutação constitucional, em conceituação elástica, coloca em risco um dos maiores valores do estado democrático de direito, que é a segurança jurídica.

A jurisdição constitucional deve ser exercida com moderação porque não tem a mesma flexibilidade do processo legislativo. As soluções jurisdicionais são, normalmente, menos adequadas do que as soluções construídas por via de discussão e negociação no Parlamento. Uma solução ruim, no entanto, é quase sempre melhor do que solução nenhuma.

¹¹ STF-ADI 4277, Rel. Min. Carlos Britto, Julg. 5.5.2011, DJe 3.10.2011.

¹² “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

¹³ STF HC- 96772, Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 9.6.2009, DJe 21.8.2009.

V. CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional, como demonstrado na seção anterior, foi ampliada sobremaneira nos últimos anos. Os poderes do Supremo Tribunal Federal de interferir no processo legislativo aumentaram exponencialmente. Contudo, não houve mudanças para incrementar, proporcionalmente, os mecanismos de *accountability* da corte.

A Corte Constitucional da Alemanha, cuja jurisprudência tem influenciado profundamente o STF, tem um processo de controle de constitucionalidade muito mais restrito.

Os integrantes daquele tribunal não são vitalícios como seus homólogos brasileiros. São eleitos para mandatos de 12 anos, possibilidade de recondução. O Parlamento alemão, um aproximado equivalente funcional da Câmara dos Deputados brasileira, elege metade dos integrantes da corte. A outra metade é eleita pelo Conselho Federal, uma espécie de Senado alemão. Dessa forma, o processo de escolha é mais democrático que no Brasil, onde a indicação de todos os ministros é prerrogativa do Presidente da República.

Nos Estados Unidos os juízes da Suprema Corte são vitalícios e indicados pelo chefe do Poder Executivo. Em compensação, não há jurisdição constitucional por meio de ação direta no sistema americano, que apenas interpreta a constituição no controle incidental, e as sabatinas pelo Senado dos indicados são rigorosas, e não meramente protocolares como no Brasil.

Além do mais, a Suprema Corte americana julga cerca de 100 processos por ano, ao passo que, no Brasil, apenas no primeiro semestre de 2012, foram julgados 42 mil processos pelo STF, o que, por si, só evidencia a baixa funcionalidade de jurisdição constitucional do sistema brasileiro. Esse problema pode interferir com o processo de maturação da democracia no país.

Rui Barbosa teria afirmado, há mais de 100 anos, que “ao brasileiro falta apenas uma lei: aquela que o obrigue a cumprir as leis existentes”. O fato é que nunca se levou muito a sério a legislação no Brasil e, conforme relato acima, a introjeção da lei como regulador efetivo da conduta social é pré-requisito essencial ao funcionamento adequado da democracia.

Receio que o abuso de decretos-lei durante a ditadura militar e de medidas provisórias já na Nova República atrase a necessária dignificação do instituto lei e da socialização da sociedade brasileira para o cumprimento das leis.

Esse mesmo efeito deletério tem o abuso de decisões constitucionais, tomadas mesmo liminar e monocraticamente. O Poder Judiciário precisa acautelar-se para, com intuito de acelerar a

democratização, não acabar perturbando e retardando o processo de maturação política da cidadania.

A jurisdição constitucional não é indispensável à democracia. O Reino Unido, o berço da democracia contemporânea e onde vige a soberania popular, nunca adotou o instituto. Por outro lado, a jurisdição constitucional não assegura a efetividade da democracia. O caso da Venezuela é emblemático. Não se pode esperar que o controle de constitucionalidade solucione todas as mazelas sociais.

Conforme a lição de Kelsen, a compatibilidade entre a democracia e a jurisdição constitucional depende de uma engenharia institucional que assegure o controle recíproco entre os três poderes do estado. É preciso pensar inovações institucionais tornem o controle de constitucionalidade uma garantia de efetividade dos direitos fundamentais, sem que se produza, como externalidade, a supremacia judicial. A judicialização da política é prenúncio do falecimento da democracia.

Um dos problemas a serem corrigidos no modelo de jurisdição constitucional brasileiro é a baixa *accountability* dos ministros do STF, em razão da indicação virtualmente monocrática pelo Presidente da República e da regra de vitaliciedade. Os ministros poderiam ser eleitos pelas duas Casas do Parlamento, e a indicação submetida à sanção do Presidente da República, o que aproximaria a escolha da vontade popular.

Para assegurar a expertise e a idoneidade dos candidatos, a escolha deveria recair sobre juízes, membros do Ministério Público e advogados, todos com, pelo menos 40 anos, mais dez anos de carreira e ilibada reputação. O escolhido poderia ter um mandato fixo de oito anos, sem direito à recondução.

A corte deveria ter competência exclusiva para o exercício da jurisdição constitucional. As demais atribuições deveriam ser redistribuídas a outros órgãos judiciais.

Quanto ao regime jurídico da jurisdição constitucional em si é preciso restringir a um mínimo a possibilidade de liminar em controle de constitucionalidade. A Casa Legislativa competente deveria ser, previamente, notificada a tomar providências, e as liminares deveriam ter um curto prazo de vigência.

O rol de legitimados precisa ser abreviado. A legitimação das Mesas de casas legislativas, por exemplo, é claramente ociosa. Apenas os partidos que, de fato, participam do jogo político no Congresso deveriam ter prerrogativa de provocar a corte constitucional.

A legitimação de confederação sindical e de entidade de classe de âmbito nacional poderia ser transferida para as centrais sindicais e para as confederações patronais.

Uma reforma do sistema de jurisdição constitucional nesse sentido pode parecer a alguns o cerceamento de uma instituição vital à democracia brasileira. Na verdade, essa racionalização, a meu ver, promoveria um controle de constitucionalidade com mais qualidade e eficiência e abriria margens para o desenvolvimento do Poder Legislativo, que está sufocado no sistema atual.

Uma reforma nesses moldes só seria viável, contudo, se sincronizada com uma reforma política profunda, que revigore os partidos e que melhore a representatividade dos mandatários.

BIBLIOGRAFIA

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma de Teología*. Vol. II, Parte I-II, Trad. Ángel Martínez Casado *et alii*. 2ª ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1984.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição Norteamericana*. Trad. Marcelo Brandão Cipola. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Coleção “Os pensadores”. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1977.

HOBBS, Eric. *Era dos extremos: O breve século XX, 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad.: Ivone Castilho Benedetti *et.al*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU. *L'Esprit des Lois. Oeuvres complètes*. Edição Edouard Laboulaye. 7 vols. Paris: Garnier Frères, 1875-79.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Trad. Fanny Wrabel, 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

Schor, Miguel. 2008. *Mapping Comparative Judicial Review*. Washington University Global Studies Law Review 7:257-287.

Schmitt, Carl; Kelsen, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. Manuel Sánchez Sarto e Roberto J. Brie. Estudio preliminar de Giorgio Lombardi. Madrid:Tecnos, 2009.

SILVA, Edvaldo Fernandes da. União entre homossexuais está longe da aprovação. Agência Câmara, 14.10.2005, disponível em <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/76635.html>. Acesso em: 6 set. 2012.

_____. *O Estado transnormativo e a democracia em Hans Kelsen*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3020, 8 out. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20163>. Acesso em: 29 ago. 2012.

WEBER, Max. *Sociologie des religions. Textes réunis, traduits et présentés par Jean-Pierre Grossein*. Paris, Gallimard, 1996.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil, In WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999a, pp. 47-70.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização das relações sociais, In WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999b, pp. 149-156.