



CAMINHOS E DESAFIOS DA REVISÃO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

PATHS AND CHALLENGES OF THE JUDICIAL REVIEW

Eneida Desiree Salgado

Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, com estágio de pós-doutoramento junto à Universidad Nacional Autónoma de México. Professora do Departamento de Direito Público, do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPR. Pesquisadora e vice-líder do Núcleo de Investigações Constitucionais. E-mail: desisalg@ninc.com.br

José Nunes de Cerqueira Neto

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). E-mail: nunescnt@gmail.com

Resumo

O controle de constitucionalidade é pressuposto da ideia de Estado Constitucional de Direito, mas a sua atribuição ao Poder Judiciário como lugar primordial enfrenta ressalvas relacionadas à exigência democrática. O modelo de revisão judicial, inclusive pela forma de investidura dos membros dos tribunais, influencia o discurso de justificação, que, por sua vez, ecoa na postura dos magistrados. Propõe-se no artigo uma análise crítica do modelo de controle de constitucionalidade, a partir da realidade latinoamericana, indicando seus caminhos e seus desafios.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Democracia. Direitos fundamentais. Controle de constitucionalidade. Dificuldade contramajoritária.

Abstract

The judicial review is a presupposition of the idea of a Constitutional State, but its allocation to the Judiciary Power faces caveats related to the democratic demand. The judiciary revision model, including the relation to the way its members are invested, influences the justification speech, which, thereafter, echoes in the magistrates posture. The paper proposes a critical analysis of the constitutionality control model, from the Latin-American reality, indicating its ways and its challenges.

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Fundamental rights. Judicial review. Counter-majoritarian difficulty.

1 INTRODUÇÃO

Parece que o século XXI, ao menos no Brasil, é o século dos juízes. Após a promulgação da Constituição de 1988, de pronto o Ministério Público surge como o grande interlocutor da sociedade, com um conjunto de competências garantidas constitucionalmente e uma atuação protagonista, principalmente na tutela coletiva de direitos, que passa a marcar o direito constitucional pátrio. Já na virada do século, entretanto, depois de um forte discurso pela efetividade das normas constitucionais, os magistrados entram em cena, com apelos por uma postura ativista, em face da (ontológica) crise do Poder Legislativo.

A atuação do Poder Judiciário é prevista na Constituição, inclusive em relação ao controle de constitucionalidade. A adoção do modelo difuso, de inspiração estadunidense, com a primeira Constituição republicana, vai lentamente cedendo espaço à concentração do controle, ensaiada com a Emenda nº 16/65, marcada pela Constituição de 1988 e fortemente intensificada pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e refletida pela Emenda nº 45/2004. O que não parece ter assento constitucional é o forte ativismo constitucional, por vezes francamente contrário à própria Constituição. Resta traçar os limites entre o que se impõe aos magistrados e o que excede.¹

A questão fundamental da teoria constitucional envolve os limites constitucionais às decisões democráticas e, desse modo, o papel da jurisdição constitucional em relação ao princípio democrático. Por revisão judicial entende-se a atividade pela qual os juízes analisam a validade das normas. Supremacia judicial refere-se à noção de que os juízes teriam a última palavra na interpretação constitucional, e de que suas decisões determinariam o próprio significado da Constituição (KRAMER, 2001, p. 06). Muitos juristas encaram a revisão judicial com naturalidade, mas este certamente não é o entendimento de todos.² É notadamente no contexto de supremacia judicial que a prática de revisão judicial enfrenta seus mais sérios questionamentos, sobretudo pela “dificuldade contramajoritária”³ que se atribui ao tribunal, que acaba exercendo na prática um verdadeiro “amending power”

¹ Como afirma Gustavo Zagrebelsky (2008, p. 11): “la función del Tribunal es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia”.

² Uma das principais críticas está em WALDRON (1999). Seu principal ponto é de que numa sociedade democrática os profundos desacordos sobre direitos devem ser resolvidos na arena legislativa, e não no tribunal.

³ A expressão é de BICKEL (1962).

(GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 157-158). Tal mecanismo de revisão surgiu nos Estados Unidos e ganhou força no Brasil e em muitos países da América Latina nos últimos anos.⁴

Uma recorrente pergunta: como se justifica que um pequeno grupo de juízes, que não foram eleitos pelo povo (como são os legisladores) e que não estão sujeitos a periódicas avaliações populares de suas posturas possam prevalecer por último sobre a vontade popular? (GARGARELLA, 1996, p. 11) Melhor dizendo, por que não confiar a defesa da Constituição, dos direitos, a um órgão com poder representativo?

Este estudo pretende discutir alguns fundamentos e discursos de legitimidade do mecanismo de revisão judicial comuns especialmente nos países latinos, marcados por profundas desigualdades sociais e omissões legislativas. A forma como se justifica a revisão judicial autoriza o comportamento dos juízes em determinado sentido ou de outro. E isto não parece seriamente questionado no contexto judicial brasileiro e de seus vizinhos.

2 A ENGENHARIA CONSTITUCIONAL IMPORTA?

Pode-se partir de uma reflexão sobre questões estruturais. Um olhar sobre a engenharia constitucional de um país pode dizer muito sobre a postura de seus juízes e tribunais. Bruce Ackerman (2000, p. 667) sugere que a força de um tribunal está intimamente ligada à forma como os juízes indicados ao tribunal são nomeados e à duração de seus mandatos. E, para demonstrar, ele compara o modelo alemão com o japonês, dois países que desenvolveram sistemas bastante distintos.

Na Alemanha, o juiz que pretende ser indicado ao Tribunal Constitucional precisa obter aprovação de uma ampla maioria parlamentar, o que confere poder de veto aos partidos que compõem a minoria. Assim, os governantes terão dificuldades em indicar ao tribunal correligionários que notadamente sustentarão as iniciativas do Chanceler. Desta forma, o modelo de votação alemão influi sobre o caráter dos juízes nomeados, pois, sob o permanente risco de veto, haverá um estímulo institucional para a indicação de nomes em que se observe uma reputação de imparcialidade e relativa moderação. Ainda, o juiz é indicado por uma longa, mas fixa estabilidade de doze anos (sem possibilidade de recondução), o que confere ainda mais independência ao novo

⁴ O surgimento desta prática em geral nos remete à doutrina constitucional norte-americana, tendo como marco a célebre decisão do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Não obstante, alguns historiadores do direito relatam experiências de revisão judicial próprias na América Latina do século XIX. Nesse sentido, ver BERNAL (2009).

juiz e ao tribunal. Em suma, a engenharia constitucional alemã colocou o Tribunal Constitucional numa condição de exercer uma profunda contribuição para o amadurecimento da democracia constitucional alemã nas últimas décadas (ACKERMAN, 2000, p. 667-668).

O modelo japonês não exige nenhuma regra de supermaioria que confira poder de veto aos partidos da minoria ou limite o poder de indicação do partido governante. E os juízes devem aposentar-se aos setenta anos, independente do tempo no cargo. A minoria partidária não possui nenhum poder substancial sobre os indicados. O partido governante geralmente indica juízes que passam de sessenta anos, portanto de perfis já bem conhecidos, que não serão potenciais “agitadores do barco”. Desse modo, a aposentadoria obrigatória interrompe o mandato antes que o indicado possa ganhar autoconfiança plena na sua nova função. Por esse modelo, não é de se estranhar a relativa passividade da Suprema Corte japonesa em relação às iniciativas do governante (ACKERMAN, 2000, p. 668).

No Brasil algo se assemelha ao modelo japonês, pois a sabatina que o Senado Federal impõe não parece desafiar seriamente a indicação feita pelo Presidente. Apesar da inspiração no modelo estadunidense – onde aparentemente há efetivo controle parlamentar dos indicados – o Senado brasileiro não cumpre seu papel constitucional. Seja a entrevista levada a cabo pela Comissão de Constituição e Justiça, seja o voto secreto por maioria absoluta não servem, de fato, como instrumentos de controle da indicação do Poder Executivo. A minoria parlamentar brasileira não possui poder de veto, e por isso não parece ameaçar mesmo as indicações mais evidentes de correligionários do presidente. Com esse modelo, e não obstante o largo tempo de atuação na corte e a atuação independente de alguns ministros, o Supremo Tribunal Federal parece viver momentos em que os direitos não são tomados a sério, quando o discurso de urgência e a imposição de vontade do Executivo, geralmente via medidas provisórias, são muitas vezes acatados pelo tribunal.⁵

Se a engenharia constitucional importa, também é certo, como dito anteriormente, que a forma como se justifica a revisão judicial influi na postura dos

⁵ Nesse sentido, Lucas Borges de Carvalho (2009, p. 29): “a Corte, em geral, atua de modo pragmático, desrespeitando precedentes e recorrendo a argumentos consequencialistas meramente especulativos, sem expressar, em suas decisões, uma linha coerente de argumentação. Nesse contexto, no qual os direitos não são levados a sério, a legitimação democrática do tribunal resta comprometida e, junto a ela, a própria legitimidade da ordem jurídica brasileira”.

juizes de um tribunal. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte chega a se auto-compreender como representante da opinião do povo. Por meio de suas decisões, a corte (re)define a Constituição o tempo todo. No Brasil, ainda sob a Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal já arrogava para si o papel de “constituinte permanente”, em face dos seus deveres políticos e de suas tarefas jurídicas.⁶ E esta autocompreensão parece refletir a atuação do Poder Judiciário brasileiro contemporaneamente.

Com uma prática que sugere uma tendência à centralização do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal se apresenta como um soberano capaz de substituir a vontade democrática pela única leitura “adequada” do texto constitucional, qual seja, aquela promovida por seus (onze) ministros. No caso brasileiro, tanto quanto no caso estadunidense, a autoridade da Constituição passa de seu texto para a decisão judicial (KAHN, 1997, p. 219-229), o que parece problemático.⁷ Os próprios juizes adotam essa postura, e acabam por achar que dizem a Constituição.⁸ E este discurso, certamente, é um equívoco.⁹ Por isso é importante se ter um estudo sério sobre os fundamentos da revisão judicial, para que não se aceite com naturalidade um modelo em que temos o risco de o Poder Judiciário passar de guardião a senhor da Constituição (SCHNEIDER, 1991).

Nesse sentido, Roberto Gargarella denuncia que tal engano, ou má compreensão sobre o papel dos juizes, é fruto de pressupostos de raízes elitistas ou conservadoras. Se hoje os juizes têm o poder que afirmam ter, é porque já no início da organização do sistema judicial, alguns pressupostos (que não se justificam) foram admitidos. São pressupostos de raiz conservadora, que diziam que se o que se pretendia era a tomada de decisões corretas, não era necessário consultar a cidadania de um modo efetivo. A qualidade da decisão importava mais. E também pressupostos

⁶ Do voto do Ministro Edgard Costa (1951), no pedido de intervenção federal no estado do Mato Grosso, julgado em 1951, motivado pela existência de dois presidentes, dois vice-presidentes e dois corregedores do Tribunal de Justiça, hipótese não prevista na Constituição como causa de intervenção, extrai-se a compreensão de que a natureza das funções do Supremo Tribunal Federal permite sua “função construtora” e sua atuação, ainda que no silêncio da lei, como “órgão regulador do regimen na manutenção de sua ordem jurídica”.

⁷ Corre-se sempre o risco, como adverte Lenio Streck (2011), de termos numa “juristocracia”. Ou uma “judicocracia”, nos termos de Karl Loewenstein (1976, p. 325).

⁸ Como o Min Eros Roberto Grau (2006, fls 282-283) se manifestou no julgamento da ADI 3367-1: “A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Daí porque tenho afirmado que não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”.

⁹ Roberto Gargarella afirma que a tarefa do tribunal constitucional não está claramente justificada e que a obediência a suas decisões deriva mais de razões de prudência do que de razões morais ou constitucionais (GARGARELLA, 2007a, p. 123-124).

de raiz elitista, que afirmavam que alguns indivíduos estariam em melhores condições de proferirem decisões justas, pois reuniam as virtudes necessárias, enquanto nem todos seriam dotados dessa igual capacidade. (GARGARELLA, 1996, p. 12-59) Isto explica parte da crença exacerbada que se tem na figura dos juízes. E também o fato de boa parte da doutrina sugerir que os tribunais estão melhor posicionados para dizer a Constituição.

Não há uma justificativa adequada para que se confie tamanho poder de dizer a Constituição a um pequeno grupo de pessoas. O caso brasileiro é particularmente problemático em face do desenho institucional do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. O STF não profere uma fundamentação da corte em suas decisões, mas decide a partir de um apanhado de votos individuais, que geralmente já chegam prontos à sessão de julgamento. Não há deliberação, não há construção coletiva das decisões, não há clareza para além do dispositivo (quando muito).

A corte brasileira se preocupa mais com o resultado que com a fundamentação de cada caso. Assim, fica difícil reconhecer uma “voz da corte”, do que decorre o fato de que no Brasil a formação de precedentes não observa (como deveria) os fundamentos das decisões. A decisão é da instituição, mas as razões se mostram individuais.¹⁰ É possível uma decisão com ampla maioria de votos em determinado sentido sem que os fundamentos de cada voto dialoguem entre si, e sem que se enfrente seriamente o mérito da questão de fundo, o que acaba comprometendo a formação dos precedentes judiciais.¹¹

Talvez isso seja responsável pela falta de comprometimento do STF com seus próprios precedentes¹². Se o tribunal não leva em conta seriamente os fundamentos do caso, o uso dos precedentes acaba sendo feito por conveniência. Muitas vezes se busca o precedente como um argumento de autoridade da decisão ou do voto do

¹⁰ Um importante trabalho nesse sentido está em José Rodrigo Rodriguez (2013).

¹¹ Vide decisão do caso Raposa Serra do Sol, onde o STF demorou vinte e cinco anos para se posicionar sobre a questão de terras indígenas no país e o fez sem analisar a fundo o mérito da discussão. Para uma análise mais detalhada da questão e da postura do tribunal diante do caso, ver (YAMADA e VILLARES, 2010). No mesmo sentido, o STF analisou a constitucionalidade da política de cotas raciais nas universidades brasileiras, decidindo por unanimidade por sua validade, sem que tenha analisado profundamente uma série de questões. Dessa forma, em ambos os casos novas ações deverão surgir para que o tribunal rediscuta a questão.

¹² No Direito Eleitoral (componente estrutural do Direito Constitucional), a falta de comprometimento com os precedentes é sintomática: "parece persistir uma prática jurisdicional de construção da regra pelo Poder Judiciário, sem respeito aos precedentes, sem coerência, sem consistência e sem unidade" (SALGADO, 2010, p. 01). "Deixou de ser uma anedota a existência, em um mesmo tribunal eleitoral e na mesma sessão, de julgamentos sobre questões assemelhadas, sempre por unanimidade, mas em sentidos opostos, a partir da distinção entre os relatores. É cotidiano" (p. 02).

ministro relator ou divergente que firmou a jurisprudência, importando mais a referência ao processo ou ao nome do ministro que proferiu o voto. O tribunal costuma julgar invocando autoridades, onde parece mais importante não o que está sendo dito, mas quem está dizendo.¹³

Como não há padrão decisório, o tribunal acaba por não subscrever uma concepção de democracia. E o que a corte entende sobre democracia influi na sua própria postura institucional. Naturalmente, a decisão tomada (sobretudo sua fundamentação) poderá ser diferente para cada concepção de democracia que o tribunal subscreva. E a postura do tribunal em relação à democracia não pode variar a partir de sua composição ou, pior, ser tomada conforme o caso. Mas é o que se verifica no Supremo Tribunal Federal, que por vezes se compromete em determinado sentido, por vezes noutro.¹⁴

Se o Supremo Tribunal Federal não profere uma decisão oficial da corte, julga por votos individuais, sem valorizar os fundamentos, sem adotar uma concepção de democracia e sem se comprometer seriamente com os precedentes, então qual o diferencial deliberativo do tribunal? Precisa-se analisar o método de decisão. Jeremy Waldron (2004) questiona se está na nossa prática abandonar o princípio da regra da maioria quando uma questão é tirada da decisão popular ou representativa e levada aos tribunais. A resposta é verdadeiramente negativa. Waldron sugere que "o princípio da regra da maioria permanece como a base fundamental para resolução do desacordo sobre os méritos de uma questão entre os membros de um tribunal". (WALDRON, 2004, p. 255)

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, cinco votantes prevalecem sobre quatro, "quaisquer que sejam os méritos de suas decisões

¹³ Nesse sentido, José Rodrigo Rodriguez (2011, p. 04): "a jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais. A justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento. As decisões colegiadas são decididas por votação sem que haja a redação de uma decisão oficial da corte. Por esta razão, denomino a jurisdição brasileira de justiça opinativa e afirmo que sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juizes."

¹⁴ Para uma análise mais detida ver, novamente, Lucas Borges de Carvalho (2007). Nesse trabalho, Lucas Borges analisa as principais decisões do Supremo Tribunal Federal no período de 1990 a 2005, onde procura verificar qual a postura do tribunal em relação aos direitos e à democracia. Ele observa que o tribunal não tem uma manifestação clara sobre qual modelo de democracia a corte subscreve, muitas vezes pendendo para o perfil mais autoritário e consequencialista, de relativa passividade em relação às iniciativas do presidente. Alguns exemplos dessa postura estão nos julgados do Plano Collor (ADIN 223 e 534), da privatização da Usiminas (ADIN 605), da regulamentação do tempo de propaganda partidária (ADIN 1.408), da contribuição dos inativos (ADIN 3105) e do direito de manifestação dos movimentos de luta pela terra (ADIN 2213).

individuais" (WALDRON, 2004, p. 255). No Brasil, da mesma maneira. Os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal geralmente são levados prontos para serem lidos no plenário – o que não favorece uma postura deliberativa do tribunal. No fim só resta um simples “contar cabeças”, onde seis votos prevalecem sobre cinco. Mesmo que na dissidência esteja a “resposta correta”, ou as melhores razões, se não há uma deliberação interna que tome em conta seriamente os argumentos dos demais ministros, que resulte nos fundamentos de uma “voz da corte”, no fim só resta resolver o desacordo por uma maioria simples de votos.

Ainda não está claro por que destinar a decisão final sobre as questões mais relevantes de uma comunidade a um pequeno grupo onde uma maioria de seis prevalece, e não a todo o parlamento. O fato de determinadas questões serem delegadas à apreciação final dos tribunais “reflete uma desconfiança na tomada de decisões na arena democrática”, sugere Waldron, mas é, no fundo, “uma desconfiança nas pessoas: não confiamos nos votantes comuns ou seus representantes para estas questões, preferimos os juízes” (WALDRON, 2004, p. 255).¹⁵

Parte dessa desconfiança reside nos pressupostos elitistas e conservadores de que fala Gargarella. Como já dito, compartilha-se uma visão elitista de que determinadas questões devem ser confiadas ao tribunal, e uma desconfiança muito grande das arenas democráticas. Outra parte da explicação está em Waldron, quando diz que a sociedade está mais sujeita a aceitar um governo das leis, e não dos homens. Quando os juízes legislam, mesmo positivamente, o fazem sob um discurso evasivo, de que estão extraindo o significado da Constituição sem construir direito novo. Quando o legislativo atua, está firmando decisões políticas explicitamente tomadas por homens e datadas em determinado governo. Para Waldron, isso explica muito da autoridade e legitimidade que se atribui aos tribunais, e a própria atração pela “arte dos juízes” (WALDRON, 2003, p. 29).

No mesmo sentido, Carlos Santiago Nino questiona por que a última palavra sobre questões de direito coletivo deve ser de membros do poder com menos legitimidade democrática (sendo um órgão aristocrático). (NINO, 1997, p. 259) A concepção de democracia deliberativa de Nino se aproxima bastante do igualitarismo que caracteriza a postura de Waldron, pois considera que cada indivíduo tem tanta

¹⁵ Além disso, há uma certa desconfiança em relação ao Poder Legislativo em face de sua atuação nos Estados totalitários do século XX (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 133).

aptidão como qualquer funcionário judicial para desenvolver uma reflexão sobre os problemas constitucionais mais importantes de sua comunidade.

Nino também denuncia uma certa visão elitista dos que tradicionalmente alegam que os juízes estariam melhor posicionados que os parlamentares ou outros funcionários públicos eleitos pelo povo para decidir sobre questões de direitos (NINO, 1997, p. 260). Mas, ainda que em termos gerais Nino seja contrário ao controle judicial de constitucionalidade, ele admite este modelo em três situações excepcionais: quando para defesa do procedimento democrático, quando para invalidar leis perfeccionistas, que invadam a moral íntima de cada pessoa, e quando para preservar a prática jurídica moralmente aceita pela comunidade. (NINO, 1997, p. 273-282) Mas ainda persiste sem resposta o que justificaria para Nino o controle judicial de constitucionalidade mesmo nas três exceções por ele apresentadas. Não está claro por que os juízes deveriam dizer por último a Constituição, ainda que em casos excepcionais.

Gargarella, na mesma linha democrática de Nino, e assumindo uma postura crítica quanto à legitimidade absoluta do controle judicial de constitucionalidade, sugere que o tribunal deve responder a um conjunto de testes, que podem ajudar na construção de uma leitura mais adequada sobre sua atividade em diferentes perspectivas. Nesse sentido, deve ser analisado o tribunal em relação à consistência de suas decisões,¹⁶ sua relação com a democracia e a regra da maioria, com os direitos humanos, e com as minorias e os grupos mais desfavorecidos (GARGARELLA, 2007, p. 94-118).

3 A CORTE DEFENDE AS MINORIAS?

Se não é difícil encontrar justificativa para a prática de revisão judicial, em face da supremacia da Constituição tida como um dos pilares do constitucionalismo contemporâneo, a tarefa é muito mais complicada quando se busca defender o Poder Judiciário como o lócus da última palavra no controle de constitucionalidade. Frequentemente se argumenta que o tribunal atua como defensor das minorias. Mas

¹⁶ “En efecto, dado que ellos son los últimos intérpretes de la Constitución, no pueden dejar a la ciudadanía en ignorancia del derecho, es decir, temerosa por no saber a qué atenerse en materia jurídica. Es inaceptable que la ciudadanía no sepa si, digamos, va a ser protegida o encarcelada como resultado de algunas opciones de vida que tome, si va a contar con el respaldo del Estado o si va a ser perseguida por él, a resultas de algunas de sus acciones” (GARGARELLA, 2007a, p. 90). A crítica de Gargarella ao tribunal argentino se adequa perfeitamente à corte brasileira: os juízes são capazes de se contradizer radicalmente em relação às suas decisões mais importantes em questão de quase horas, mas ao mesmo tempo se mantêm firmes em áreas que poderiam realizar uma mudança importante. Ora exigem que as normas constitucionais se adaptem à realidade viva, ora assumem interpretações originalistas, sem explicar por que optam por uma ou por outra, sendo que essas opções levam a resultados opostos (p. 92).

isto não é necessariamente correto. Este discurso é bastante aceito em defesa da supremacia judicial, sobretudo em países marcados por profundas desigualdades sociais, como nas recentes democracias da América Latina.

Apesar de todas as restrições à supremacia judicial, é certo que o Judiciário pode representar um ótimo palco para discussões e luta por direitos das minorias, que geralmente sofrem com omissões legislativas ou opressões de toda sorte¹⁷. No Judiciário, tais minorias devem ter igual possibilidade de defesa de seus direitos, igual voz e, portanto, de ter seu direito reconhecido. Mas a alegação de que o tribunal é um órgão de defesa das minorias é algo que não se comprova. Mesmo a não vinculação eleitoral não pode ser garantia de que o magistrado se posicionará em favor das minorias. Deve-se pensar que os juízes podem compartilhar visões de mundo com as maiorias.

Alguns autores, como John Hart Ely (1980), parecem vislumbrar uma legitimidade especial do Poder Judiciário quando atuante em defesa das minorias. Ely defende a possibilidade de conciliação entre o controle judicial de constitucionalidade e o princípio democrático a partir de restrições à atividade do juiz, que deveria empenhar-se em garantir a igualdade no processo político e o acesso das minorias. Apenas nesses casos, o Poder Judiciário estaria autorizado a afastar decisões da arena majoritária, tomadas por representantes eleitos democraticamente e politicamente responsáveis.¹⁸ Basicamente, é como se os problemas da revisão judicial devessem ser ignorados nesses casos.

Gargarella é crítico quanto aos autores que sustentam uma inclinação natural dos juízes para a proteção dos direitos das minorias. O raciocínio seria o seguinte: foram criadas instituições “majoritárias”, como o Congresso, que fariam prevalecer a

¹⁷ Nesse sentido, DWORKIN (2000, p. 32): “Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. O ganho para as minorias, sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas, tal como se aplica nos Estados Unidos”.

¹⁸ Ely sugere que os juízes devem se dedicar a impedir a exclusão de determinadas minorias do processo político. O autor é enfático: “In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system” (1980, p. 103). Na correção desse mal-funcionamento reside o papel da jurisdição constitucional. No mesmo sentido, Owen Fiss concebe um princípio de defesa dos grupos minoritários, que os juízes devem considerar como forma de corrigir distorções próprias do processo político (FISS, 1976, p. 154).

vontade dos grupos majoritários. Em contrapartida, criaram instituições “contramajoritárias”, como o Poder Judiciário, para que estivesse assegurada a proteção aos interesses das minorias. O problema com essa visão, segundo o autor, é que o mero fato de os juízes serem independentes da vontade majoritária não diz nada sobre sua possível inclinação para a proteção dos interesses das minorias. É de se esperar que um órgão majoritário possa ser hostil aos interesses de grupos minoritários, mas não seria prudente supor que um órgão que não dependa da vontade da maioria terá uma inclinação especial para defesa dos interesses das minorias. Mesmo uma instituição contramajoritária pode ser, ao mesmo tempo, hostil em relação à maioria e aos interesses das minorias. (GARGARELLA, 2007, p. 179-180)

Owen Fiss lembra algumas características que são um diferencial do papel dos juízes. Eles devem escutar igualmente as partes e decidir em termos que possam ser aceitos pela sociedade. A decisão individual do magistrado estabelece uma espécie de diálogo com a comunidade e mesmo um debate público em torno das razões da decisão. (FISS, 1976, p. 98-99) Dessa forma as minorias saem ganhando, por terem suas vozes igualmente consideradas e suas causas colocadas para o debate público. Mas isto ainda não resolve o problema, pois para um juiz que é pouco simpático aos direitos de determinadas minorias, o dever de escutar suas causas representa ainda muito pouco.¹⁹ Mesmo com as minorias tendo vez e voz, os juízes podem permanecer insensíveis quanto aos seus interesses. Gargarella apresenta o exemplo da Argentina,²⁰ sobre a reação dos juízes diante dos recentes casos de “protestos sociais” ocorridos no país.

Desde o final do século XX, a Argentina tem sido palco de diversas inquietações sociais movidas por grupos minoritários que protestam pelos seus direitos de um modo tido como “agressivo”. São grupos que encontram dificuldades de expressar publicamente seus reclamos e, por isso, agiam especialmente bloqueando algumas das principais vias de trânsito nacional, com o objetivo de chamar a atenção da sociedade e, sobretudo, do governo, para a difícil condição em que se encontravam. (GARGARELLA, 2007, p. 184)

¹⁹ “Probablemente, ellos no verán lo que no quieren ver” (GARGARELLA, 2007a, p. 184). Nesse sentido, Roberto Gargarella nega o argumento que aduz ser o Poder Judiciário uma abertura democrática para os grupos sem acesso ao Poder Legislativo. O acesso, para Gargarella, não é democracia: democracia é participação e controle. E a decisão judicial não está aberta nem à participação e nem ao controle. O Poder Judiciário, enfatiza, tem credenciais democráticas débeis (GARGARELLA, 2009).

²⁰ De modo geral, a postura dos juízes brasileiros diante de casos que envolvam protestos sociais é muito semelhante à análise do autor em relação aos juízes argentinos.

Diante de casos extremos como esse, um juiz sensível aos apelos de uma minoria desfavorecida se inclinaria no sentido de garantir as vozes de grupos que tenham reconhecida dificuldade em expressar publicamente suas causas.²¹ Mas os tribunais argentinos, segundo Gargarella, em vez de assumir a necessidade de proteger a expressão dos grupos minoritários, optaram, em centenas de casos, por processar os ativistas do protesto social, assumindo que a prioridade dos juízes não estava em proteger a expressão daqueles "grupos sem voz", e sim em resguardar valores como o livre trânsito de veículos e a manutenção da ordem social. Desse modo, a qualidade institucional dos tribunais de poderem ouvir igualmente as partes e suas causas não resultou em decisões mais sensíveis aos grupos mais frágeis. Exemplos desse tipo, claramente, não podem ser tomados como prova empírica, mas, certamente, apontam para uma tendência que ocorre tradicionalmente, vale dizer, a de que os juízes não costumam demonstrar uma sensibilidade especial em favor de grupos minoritários. (GARGARELLA, 2007, p. 184-185)

4 CONCLUSÃO

Parece fundamental pensar, com Gargarella, que se a principal instituição para a proteção dos grupos minoritários é o Poder Judiciário, e ele não vem cumprindo adequadamente esta tarefa num elevado número de casos, então se deveria pensar em formas alternativas de fortalecer a proteção e a garantia dos direitos das minorias. (GARGARELLA, 2007, p. 187)

Nesse sentido, Cass Sunstein sugere que o pensamento focado demasiadamente no papel das cortes constitucionais é um problema que ainda persiste. É preciso dedicar mais atenção aos demais agentes, como o parlamento e a própria cidadania, pois quando se limita à análise do papel das cortes, termina-se por enfraquecer o senso de responsabilidade de outros agentes públicos e de cidadãos comuns, sem procurar adequadamente por alternativas não judiciais (SUNSTEIN, 2009, p. 12). Para Mario Cattaneo (1968, p. 13-18), "o sistema de controle de constitucionalidade substituiu a resistência dos cidadãos contra as violações do corpo legislativo". Por essa razão o fenômeno de "judicialização da política" deve ser visto com ressalvas.²²

²¹ Isso não implica uma espécie de "carta branca" aos diversos tipos de protestos sociais. O que se procura é avaliar quais devem ser as prioridades da decisão judicial nesses tipos de casos difíceis.

²² Acentua Karl Loewenstein a inconveniência da substituição de decisões políticas dos órgãos politicamente responsáveis (governo e legisladores) por juízos políticos "camuflados em forma de

As legislaturas precisam se reinventar. Elas podem cumprir um papel deliberativo importante. Os tribunais reagem às omissões e às fragilidades das legislaturas notadamente com uma postura ativista. É de se esperar uma reação das legislaturas ao modelo de supremacia judicial que se impõe. Os parlamentos não podem se acomodar (como tem ocorrido) em suas omissões, tampouco dedicar aos tribunais as decisões mais relevantes de uma comunidade. As legislaturas podem se apresentar na arena deliberativa democrática apresentando suas razões, construindo bons argumentos e se colocando como uma instituição capaz de contribuir com boas respostas sobre profundos desacordos constitucionais.²³

Em outras palavras, um parlamento mais sensível ao processo deliberativo constitucional repercutirá no tribunal. Vale dizer, o parlamento não pode ser indiferente ao tribunal. E não o será, se considerada seriamente sua capacidade institucional para fornecer boas respostas sobre profundos desacordos de direitos. De maneira simples, um legislativo (re)colocado na arena deliberativa, que demonstre boa capacidade institucional de fornecer boas respostas constitucionais, pressionará o tribunal a manter uma postura de integridade, observar as razões e os precedentes em busca de respostas bem fundamentadas sobre o significado da Constituição, pois estará permanentemente tensionado a fornecer melhores argumentos.²⁴ Essa relação tensa, mas produtiva, entre legislaturas e tribunais, pode contribuir muito para o amadurecimento de uma democracia constitucional, levando a sério, a um só tempo, os direitos e a democracia.

O tribunal também deve se reinventar. Nino e Gargarella sugerem algumas posturas que a corte pode adotar visando promover a deliberação e o debate público. Gargarella defende “un mayor protagonismo ciudadano en la resolución de los asuntos públicos”, mas questiona, diante das fragilidades do sistema representativo e da prática parlamentar, que o Poder Legislativo tenha o controle último sobre sua própria atividade (o que seria presumir sua infalibilidade). E como crítico da atuação do Poder

sentencia judicial”, com a transformação de um tribunal como árbitro supremo do processo de poder, levando a uma “judicialización de la política” e a uma “judiciocracia” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 325).

²³ “O interlocutor judicial pode provocar atritos e desafiar o legislador a enfrentar um tipo especial de razão que nem sempre pesa nas decisões parlamentares. À medida que o legislador se nega a fazê-lo de forma transparente, ele desperdiça a credencial eleitoral de que dispõe para inovar com responsabilidade na esfera política. Isso não implica a obrigação de demonstrar a resposta correta, ou de encontrar uma que alcance a decisão consensual, mas de respeitar os ônus argumentativos de quem participa de um empreendimento deliberativo” (MENDES, 2008, p. 209).

²⁴ “Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial” (MENDES, 2008, p. 212).

Judiciário no exercício de revisão judicial de constitucionalidade, apresenta soluções intermediárias, como a atuação de grupos de pressão dos setores de menor expressão política, a introdução de jurados e juízes leigos para a democratização da justiça, a alteração na forma de nomeação dos magistrados e a restrição da atuação do Tribunal Constitucional como legislador negativo. O autor sugere, sobretudo, que o sistema de controle da constitucionalidade das leis tem duas tarefas principais: assegurar as condições do debate democrático e garantir uma esfera de inviolável autonomia individual. (GARGARELLA, 1996, p. 83, 103, 112-119, 262-265)

Não obstante, Gargarella ressalta que os juízes possuem importantes ferramentas para enriquecer o processo deliberativo sem comprometer indevidamente a autoridade popular. Eles podem bloquear a aplicação de determinada norma e devolvê-la ao Congresso, forçando-o a rediscutir a questão. Podem declarar que determinado direito foi violado, sem impor à arena majoritária uma solução concreta. Podem estabelecer um prazo para que os legisladores corrijam determinadas violações de direitos, sem contudo se colocarem na função legislativa de apontar que medidas devem ser aprovadas. Ou podem elencar um rol de alternativas, deixando nas mãos dos legisladores a decisão final. (GARGARELLA, 2007b, p. 134)²⁵

Carlos Nino (1994), por sua vez, propõe que o Poder Judiciário possua uma espécie de veto, que devolveria a apreciação da matéria para o Poder Legislativo.²⁶ Teórico da democracia deliberativa, Nino tem a percepção de que em diversas situações os juízes não precisam se posicionar no sentido de invalidar os resultados do processo democrático. Vale dizer, não é preciso simplesmente invalidar as normas inconstitucionais. (NINO, 1997, p. 292) Os juízes podem adotar uma postura ativa (e até possuem mecanismos para isso) no sentido de potencializar a qualidade do processo de discussão democrática e de tomada de decisões. (NINO, 1997, p. 293)

²⁵ Em outra obra, o autor apresenta o “constitucionalismo popular”, defendido por Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet, entre outros, que deseja “tirar a Constituição das mãos dos tribunais”, afastar a “sensibilidade anti-popular” que marca a comunidade jurídica, defender a cidadania como protagonista da interpretação constitucional, realizar uma análise mais profunda sobre os reais efeitos do controle judicial de constitucionalidade (afastando, por exemplo, a força que parece ter a decisão em *Brown v. Board of Education*) e fomentar a participação popular não institucionalizada (GARGARELLA, 2008, p. 206-211).

²⁶ Algo similar, mas com sentido inverso, foi previsto na Constituição outorgada (e jamais aplicada) de 1937: Art 96 – “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Como visto, alguns caminhos podem ser percorridos para uma melhor justificação e compreensão do papel do Poder Judiciário numa sociedade pluralista. A supremacia constitucional não pressupõe uma supremacia judicial. Vale dizer, a revisão judicial de constitucionalidade não atribui o poder de dizer por último a Constituição aos juízes. Deve-se pensar a atividade judicial de modo que fomente a democracia e a deliberação pública. Com esse objetivo, alternativas judiciais e não-judiciais de revisão constitucional podem ser sugeridas. Fundamental é afirmar o compromisso de seguir pensando a relação entre cortes e parlamentos como uma inafastável tensão entre democracia e constitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **The New Separation of Powers**. Harvard Law Review, vol. 113, nº 3, 2000, p. 633-729.

BERNAL, Andres Botero. **Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina**. Revista Seqüência, nº 59, dez. 2009, p. 271-298.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Bobbs-Merrill, 1962.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3367-1 / DF**. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicado no DOU de 22.09.2006, fls. 282-283.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de intervenção n. 14/51**, relator Min. Edmundo Macedo Ludolf, voto do Ministro Edgard Costa, 1951.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional & democracia – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2007.

CATTANEO, Mario: **El concepto de revolución en la Ciencia del Derecho**. De Palma. Buenos Aires, 1968.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

FISS. Owen. **Groups and the equal protection clause**. Philosophy and Public Affairs, vol 5, nº 2, 1976.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1983.

GARGARELLA, Roberto. **¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?**, en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2007b, p. 121-144.

GARGARELLA, Roberto. **Constitucionalismo, democracia e poder judiciário**. Ciclo de palestras proferidas no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 02 e 03 mar. 2009.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta**. El primer derecho, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2007a.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GARGARELLA, Roberto. **Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes**: el 'constitucionalismo popular' frente a la teoría de Carlos Nino. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F. (Coords.). Homenaje a Carlos S. Nino. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 203-218.

KAHN, Paul W., **The Reign of Law**: Marbury v. Madison and the Construction of America, New Haven: Yale University Press, 1997.

KRAMER, Larry. **Foreword: We the Court**. The Supreme Court 2000 Term. Harvard Law Review, vol. 115, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961].

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política**: Una revisión de la teoría general del Derecho. Barcelona: Ariel, 1994.

NINO, Carlos Santiago, **La constitución de la democracia deliberativa**, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**: para uma crítica do direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Sobre a Qualidade da Jurisdição**: Fundamentação das Sentenças, Justiça Opinitiva e Luta pela Justificação no Direito Brasileiro Contemporâneo, 2011, *mimeo*.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Jurisdicción constitucional y separación de poderes**. In: Democracia y constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

STRECK, Lenio. **Montesquieu nunca pensou em um judiciário nos moldes brasileiros**. Revista IHU online, v. 11, n. 383, 5 dez. 2011.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy, “**Deliberación, desacuerdo y votación**”. In: KOH, Harold Hongju e SLYE, Ronald C. (comp.), Democracia deliberativa y derechos humanos. Tradução de Paola Bergallo e Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004, p.249-267.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. **Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, Junho 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008 [2005].

Recebido em 14/02/2014

Aprovado em 02/09/2014

Received in 14/02/2014

Approved in 02/09/2014