

O PAPEL POLÍTICO- CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ANÁLISE DE SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA A PARTIR DO EXAME DA CONSTITUIÇÃO DE 1891 E DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Victor Hugo
Pacheco Lemos
Universidade Federal
Fluminense. Orcid: [https://
orcid.org/0000-0001-5058-
687X](https://orcid.org/0000-0001-5058-687X)

Iara Duque Soares
Universidade Federal
de Minas Gerais (PPGD/
UFMG). Orcid: [https://orcid.
org/0000-0002-4111-8289](https://orcid.org/0000-0002-4111-8289).

The political-constitutional role of
the Brazilian Supreme Court and an
analysis of its democratic legitimacy
based on the examination of the
1891 and 1988 Constitutions

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo realizar uma análise do papel político-constitucional assumido pelo Supremo Tribunal Federal durante a vigência da Constituição de 1891 e após a entrada em vigor da Constituição de 1988. Partindo-se da análise da realidade político-social subjacente e das transformações ocorridas no constitucionalismo mundial ao longo de quase um século que distancia as referidas Cartas Constitucionais, e indo além do estudo das atribuições conferidas à Corte pelas



Constituições, pretende-se realizar, através de revisão bibliográfica, uma reflexão acerca da posição política ocupada pelo Supremo Tribunal Federal nos dois momentos e as suas implicações na sistemática da separação de poderes. A hipótese que orienta o trabalho, por sua vez, é a de que diferentes fatores contribuem e legitimam a judicialização da política pelo Supremo Tribunal Federal, o que não autoriza, todavia, a politização da justiça. Por isso, conclui-se que o papel político-constitucional desenvolvido pelo referido órgão deve ser analisado com atenção aos limites institucionais definidos em cada Carta. A primeira objeção defende que o autor importa indevidamente para a religião uma distinção entre fato e valor típica da filosofia, mas não da religiosidade. A segunda objeção alega que a religião é um bem básico de caráter reflexivo, e não algo individualista como Dworkin dá a entender. Minha conclusão será de que a liberdade religiosa é um problema que demanda uma solução política, e que talvez a postura mais respeitosa em relação à religião reconheça que parte dela pode ser sacrificada em nome de outros valores que reputamos importantes.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Constituição de 1891. Constituição de 1988. Civil Law. Common Law. Legitimidade democrática.

Abstract

The purpose of this study is to conduct an analysis of the political-constitutional role assumed by the Brazilian Supreme Court during the period of the 1891 Constitution and the 1988 Constitution. Starting from the analysis of the political-social reality underlying changes in the world constitutionalism during the time between these Constitutional Letters and going beyond the study of the attributions conferred on the Court by the Constitutions, it is intended through bibliographic review to reflect on the political position occupied by the Brazilian Supreme Court in two moments and their implications in the systematic separation of powers.

Keywords: Supreme Court. Constitution of 1891. Constitution of 1988. Civil Law. Common Law. Democratic legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

Embora a história constitucional brasileira tenha se iniciado oficialmente a partir do advento da Constituição de 1824, as instituições constitucionais brasileiras são anteriores a esse momento. Exemplo disso é a Casa de Câmara e Cadeia, a qual, desde a segunda metade do século XVI, espelhava a ideia de que a Câmara seria um órgão representativo, competente para o exercício das funções legislativa, executiva e judicial.

Posteriormente, começou-se a observar a circulação das ideias liberais no Brasil. Os movimentos liberais verificaram-se de maneira

mais contundente com a ocorrência da Inconfidência Mineira e da Revolução Pernambucana. No final do século XVIII e no início do século XIX, as ideias do liberalismo econômico e, posteriormente, do liberalismo político de matriz norte-americana, já circulavam com grande força no território brasileiro.

Após a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823 e a outorga da Carta de 1824 por Dom Pedro I, o que acabou prevalecendo na realidade constitucional brasileira foi a comunhão de um liberalismo moderado com o conservadorismo, tendo a Constituição de 1824 sido marcadamente influenciada pelo constitucionalismo francês da época da Restauração e também pela Constituição espanhola de Cádiz de 1812, conciliando-se o poder do Estado com o poder da Igreja.

A presença da ideologia do modelo europeu pode ser percebida em inúmeros aspectos, como, por exemplo, na adoção de um sistema representativo baseado na teoria da soberania nacional, na previsão de direitos naturais racionalistas e na adoção do modelo de separação estrita entre os Poderes.

Contudo, a partir da Constituição de 1891 até a Constituição de 1988, o que se verificou foram 5 (cinco)¹ Constituições brasileiras progressivamente influenciadas pelo modelo norte-americano, tornando-se cada vez mais próxima a relação entre as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law* no modelo constitucional brasileiro e a atuação mais ampla dos órgãos do Poder Judiciário nacional, especialmente nos momentos de afirmação da vida democrática brasileira.

A coexistência dessas diferentes matrizes constitucionais pode ser observada na progressiva ampliação da atuação do Supremo Tribunal Federal ao longo de nossa história política e no papel de destaque que o referido órgão de cúpula vem ocupando na sociedade atual. Não por outro motivo, a agenda do STF, antes restrita ao interesse de juristas e operadores do direito, adquiriu relevância jamais experimentada na rotina da população brasileira ao delimitar, concreta e abstratamente, o sentido da Constituição brasileira no âmbito jurídico, social e político.

¹ Cumpre destacar, aqui, que a Constituição de 1937, a despeito de ter mantido em seu texto a forma de governo republicana, a forma federativa de Estado e a tripartição de poderes, foi amplamente influenciada pela Constituição Polonesa de 1935, de caráter fascista.

Se, por um lado, a intensa judicialização de questões sociais e políticas atende ao anseio popular pela tutela mais ativa de direitos, por outro, é recebida com desconfiança pelos demais Poderes da República, que temem o desequilíbrio da separação tripartite com o avançar do Poder Judiciário sobre os demais.

Se, por um lado, a intensa judicialização de questões sociais e políticas atende ao anseio popular pela tutela mais ativa de direitos, por outro, é recebida com desconfiança pelos demais Poderes da República, que temem o desequilíbrio da separação tripartite com o avançar do Poder Judiciário sobre os demais. Nesse contexto, questiona-se: teria o Supremo Tribunal Federal legitimidade democrática para atuar politicamente por meio de decisões judiciais? Este é o problema do qual parte a presente pesquisa.

A hipótese que orienta o trabalho, por sua vez, é a de que diferentes fatores, que serão adiante apresentados, contribuem e legitimam a judicialização da política pelo Supremo Tribunal Federal, o que não autoriza, todavia, a politização da justiça. Por isso, o papel político-constitucional desenvolvido pelo referido órgão deve ser analisado com atenção aos limites institucionais definidos em cada Carta e de acordo com as singularidades das realidades político-sociais a elas subjacentes.

Para tanto, adotaremos a vertente de pesquisa jurídico-sociológica² e uma investigação do tipo histórico-jurídica³ para realizarmos um estudo das atribuições e dos espaços de atuação conferidos ao Supremo Tribunal Federal em dois importantes momentos da nossa história constitucional: a Constituição Federal de 1891, como a primeira Constituição do Brasil enquanto República, quando o Supremo Tribunal de Justiça dá lugar ao surgimento do Supremo Tribunal Federal, e a Constituição de 1988, marco de ampliação de suas atribuições no contexto da redemocratização do país após a vigência de um regime autoritário e violento, e o atual e mais longo período de estabilidade formal institucional vivido na história republicana brasileira.

2. O PAPEL POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1891

2.1.A influência das ideias de Rui Barbosa e o desenho do poder judiciário à luz da constituição norte-americana de 1787

A primeira Constituição do Brasil após a proclamação da República sofreu notória influência da experiência norte-americana na construção dos institutos constitucionais nacionais. Tal influência deriva de maneira imediata do protagonismo da figura de Rui Barbosa,

² Gustin, 2006, p. 22.

³ *Ibid.*, p. 26

que fora um grande entusiasta da jurisdição constitucional norte-americana, de modo que, com a inserção de suas ideias na Carta de 1891, iniciou-se, de fato, a americanização do Direito Constitucional brasileiro diante da sua enorme influência no processo de concepção de nossa primeira constituição republicana.

O regime constitucional democrático levado a cabo pela Constituição norte-americana de 1787 tinha como um de seus grandes desafios o receio de que o governo da maioria se transformasse em uma tirania. Havia um grande medo dos possíveis excessos do Poder Legislativo. Desse modo, os *founding fathers* norte-americanos pensaram que uma das formas de se evitar a tirania da maioria seria através do Poder Judiciário, o qual exerceria uma atividade contramajoritária.

No Brasil, o receio estava nos abusos perpetrados pelo Poder Executivo. Imbuído por uma ideologia liberal-monarquista, Rui Barbosa apostava em um Poder Judiciário forte como forma de frear os excessos do Poder Executivo, de modo a evitar o regime ditatorial e assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Muito entusiasmado com a concepção da Suprema Corte norte-americana, Rui Barbosa desempenhou papel fundamental na concepção do Supremo Tribunal Federal. Ao comentar o histórico precedente *Marbury vs. Madison*, Rui Barbosa enaltece o órgão de cúpula do Judiciário norte-americano:

A cúpula do Capitólio de Washington não mede certamente a altura, a que se elevou, desde esse momento, aquela fortaleza inacessível, erigida à Constituição americana, como um espigão de serra, no alto da maior cumeada moral, a cujos pés haviam de torvelinhar impotentes os ventos da revolução, e bruxolear, no fundo dos partidos, os fogos-fátuos rasteiro do interesse, acendendo à superfície do pântano os seus sofismas efêmeros⁴.

Organizada pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, a Justiça Federal brasileira, tal como concebida por Rui Barbosa, deveria espelhar-se no modelo estadunidense, agindo como poder soberano e moderador, mantendo o equilíbrio entre os Poderes da República e assegurando o livre exercício dos direitos dos cidadãos⁵.

⁴ Barbosa, 1956, p. 110.

⁵ Rodrigues, 1992, p. 12.

O desejo de que o Brasil seguisse os passos dados pelo Judiciário norte-americano pode ser verificado no art. 386 do mencionado Decreto, o qual estabelece um primeiro contato do Direito brasileiro com a tradição jurídica da *common law*:

Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrárias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.

A Constituição norte-americana de 1787 produziu inúmeras repercussões na Constituição brasileira de 1891, tais como a transplantação do regime federativo de Estado, a adoção do regime de governo presidencialista, a remodelagem do sistema de separação de poderes, o qual migrou do modelo europeu de separação estrita entre os Poderes para o modelo norte-americano de *checks and balances*, e a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade, já previsto, inclusive, no Decreto nº 848/1890, anterior à própria Constituição de 1891.

No que diz respeito ao desenho constitucional conferido ao Poder Judiciário brasileiro, objeto do presente estudo, a influência norte-americana foi muito relevante. Diversas foram as inovações trazidas pela Constituição de 1891 no que se refere à organização do Poder Judiciário, como a instituição da dualidade de Justiça (Justiça Federal e Justiça dos Estados), a transformação do Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal, com a ampliação de seus poderes e a previsão de competências originárias e recursais, além do estabelecimento de garantias aos juízes federais.

Contudo, apesar do grande entusiasmo de Rui Barbosa, suas ideias não vingaram na prática constitucional brasileira. O principal motivo para tanto se deve ao fato de que as ideias importadas pela Constituição de 1891 foram desenvolvidas em uma realidade político-social bastante distinta da americana, de modo que vieram a encontrar aqui inúmeros obstáculos na sua efetivação, conforme adiante será melhor demonstrado.

O coronelismo seria, assim, o resultado de uma superposição de formas desenvolvidas do regime representativo – implementado a partir da Carta de 1891 – a uma estrutura econômica e social que não estavam aptas a recepcioná-las.

2.2. A realidade político-social da república velha e o fracasso do modelo ruiano

Com o intuito de traçarmos um panorama acerca da realidade político-social vivenciada no período da República Velha, nos valeremos das preciosas lições de Victor Nunes Leal. Segundo o autor, a realidade política brasileira vivenciada ao longo da Primeira República (1891-1930) está intimamente atrelada ao fenômeno do coronelismo, o qual se caracterizaria como um fenômeno político complexo característico da vida política do interior do Brasil, sendo este um elemento necessário à compreensão da relação política travada entre os Estados e Municípios. O coronelismo seria, assim, o resultado de uma superposição de formas desenvolvidas do regime representativo – implementado a partir da Carta de 1891 – a uma estrutura econômica e social que não estavam aptas a recepcioná-las⁶.

A estrutura do referido sistema se ancorava nos seguintes pilares: (i) estrutura agrária; (ii) liderança do coronel; (iii) relação de dependência dos trabalhadores com os coronéis; (iv) “votos de cabresto”; (v) realização de melhoramentos de utilidade pública para conservação da posição de liderança dos coronéis; (vi) desorganização da estrutura administrativa; e (vii) sistema de reciprocidade entre os coronéis e os governos estaduais.

Diante dessa configuração, o que se verificou durante a República Velha, período em que vigeu a Constituição de 1891, foi um amplo domínio dos senhores de terra, muitos deles ocupantes de cargos do Poder Executivo, sobre as funções legislativa e judiciária. A despeito da proibição dos magistrados de exercerem atividades políticas, constata-se que, em muitas das vezes, estes foram cooptados pelos interesses dos coronéis, agindo, assim, de acordo com os seus anseios.

Não está, porém, completamente afastada a participação da organização judiciária nas atividades políticas, apesar de serem estas expressamente vedadas aos juízes: a subsistência de juízes temporários, o mecanismo das promoções e remoções e o emprego de diversos meios de sedução e compressão, difíceis de serem evitados ou reprimidos, tudo isso contribui para que, especialmente no interior, ainda se encontrem juízes e promotores partidários, sem falar nos serventuários da justiça, quase sempre militantes apaixonados⁷.

⁶ Nunes Leal, 1997, p. 278-279.

⁷ *Ibid.*, p. 231.

No que tange à composição das Justiças Federal e Estadual, o artigo 48, 11^o⁸, de maneira expressa, e o artigo 65, 2^o⁹, por uma interpretação sistemática, previam que os magistrados federais e estaduais seriam nomeados pelos respectivos chefes do Poder Executivo. Referida previsão constitucional, inserida dentro uma realidade político-social marcada pelo fenômeno do coronelismo, fez com que a nomeação dos magistrados, sobretudo, no âmbito dos Estados, fosse guiada pelos interesses dos coronéis. A flagrante falta de independência na atuação de grande parte dos magistrados estaduais acabou por provocar um reforço do sistema coronelista e oligárquico. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, mostrou-se avesso ao conhecimento de questões políticas, salvo raras exceções quando estas envolviam direitos fundamentais individuais.

A Carta Política de 24 de fevereiro entrega a nomeação dos juizes do Supremo Tribunal Federal ao presidente da República com aprovação do Senado (art. 48, § 12). A porta para o abuso está, porém, consignada no art. 56, em virtude do qual a escolha pode recair em quaisquer cidadãos de notável saber e reputação. Para o exercício de funções eminentemente judiciárias, o texto dispensa a capacidade profissional. E à sua sombra, puderam, um médico e dois generais, ser nomeados durante o Governo do Marechal Floriano!¹⁰

Da mesma maneira, o Poder Legislativo teve sua voz silenciada em inúmeras oportunidades ao longo da República Velha. Os interesses políticos dos membros ocupantes dos cargos legislativos e o poderio exercido pelos coronéis apequenou a suposta fiscalização que o Legislativo deveria exercer sobre o Executivo.

Desse modo, a promessa liberal da Constituição de 1891 fracassou. A República Velha se caracterizou pelo coronelismo e pela hipertrofia do Poder Executivo, tendo boa parte dos Presidentes do período governado sob estado de sítio.

Declarações de estado de sítio no Brasil foram, mais frequentemente do que não, nada mais que uma violenta extensão dos poderes arbi-

⁸ “Art. 48- Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 11^o) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal;”

⁹ “Art. 65- É facultado aos Estados: (...) 2^o) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.”

¹⁰ Oliveira, 2002, p. 38-39.

O poder de influência dos coronéis sobre os magistrados só veio a ser reduzido a partir do momento em que suas garantias começaram a ser ampliadas, o que se verificou somente a partir da Reforma de 1926, já no final da República Velha.

trários normalmente exercidos pelo Executivo no regime presidencialista. É verdade que o Legislativo tinha o direito exclusivo de decretar, ou subsequentemente aprovar, ou suspender esta medida. Mas os líderes do Legislativo eram todos eles candidatos potenciais ao cargo de presidente da República – ou ex-presidentes! Em qualquer caso, todos pertenciam à casta política dominante – todos, isto é, salvo uma minoria rebelde, mas impotente, e rebelde porque era impotente. O resultado era que qualquer presidente tinha apenas de ir ao Congresso para decretar um estado de sítio, ou decretá-lo ele próprio, e mais tarde a aprovação do Congresso para o seu ato. A matéria era simplíssima, tanto mais que votar com a minoria era tornar-se suspeito e ser depois e para sempre excluído de qualquer parte na distribuição de vantagens do cargo (*spoils of office*)¹¹.

A Constituição de 1891 acabou sendo frustrada em inúmeros aspectos, sobretudo, no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, o qual, imerso em uma realidade marcada pela lógica coronelista, acabou por ser cooptado pelos interesses das classes políticas e econômicas dominantes. O poder de influência dos coronéis sobre os magistrados só veio a ser reduzido a partir do momento em que suas garantias começaram a ser ampliadas, o que se verificou somente a partir da Reforma de 1926, já no final da República Velha.

Assim, as expectativas lançadas sobre a realização do controle de constitucionalidade e sobre a própria atuação do STF não se observaram na prática. Além da cooptação dos magistrados pelos interesses das classes políticas e econômicas dominantes, com o desenvolvimento, inclusive, do entendimento jurisprudencial por meio do qual a própria Corte se impediu de conhecer acerca de questões políticas, outros fatores bloquearam o seu desenvolvimento, como a formação eminentemente privatística do magistrado brasileiro, até então inserido unicamente na tradição jurídica da *civil law*, como também a inexistência de mecanismos formais que permitissem o pleno desenvolvimento da atividade de controle.

Este período da história do STF ficou marcado pela sua omissão, à medida que não foi capaz de conter os excessos do poder Executivo e Legislativo, tampouco pela proteção aos direitos fundamentais - característica que esteve nas primeiras decisões relevantes da

¹¹ Hambloch, 2000, p. 106-107.

Corte. Ilustra bem este cenário o Habeas Corpus nº 300 por ter sido um julgamento de grande repercussão, instaurado (impetrado) justamente por Rui Barbosa em favor de presos políticos envolvidos em manifestações políticas contextualizadas sob o estado de sítio que se segue à renúncia de Deodoro da Fonseca e à resistência de Floriano Peixoto em convocar eleições, em 1892¹².

O principal argumento era o de inconstitucionalidade do estado de sítio e o STF negou o pedido de forma a se isentar de qualquer responsabilidade pelos excessos do referido contexto ou do âmbito dos poderes Executivo e Legislativo:

(...) ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política (...) ¹³

Tal mentalidade não se restringiu apenas a este julgamento. Pelo contrário, é inegável que o modelo pensado por Rui Barbosa não se implementou no Brasil tal como ele desejava. A grande dificuldade em adotar um modelo constitucional em meio a uma realidade social completamente distinta da realidade estadunidense se apresentou como o grande entrave à aplicação de suas ideias. Ao contrário do que planejava, ao invés do Poder Judiciário colocar freios à atuação do Poder Executivo, foi este quem assumiu papel de destaque dentro da estrutura de separação de poderes, e acabou por comandar os caminhos da República.

3. O PAPEL POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1. Mudanças no constitucionalismo ao longo de quase um século

No decorrer dos quase cem anos que distanciam a Constituição de 1891 e a Constituição de 1988, muitas foram as mudanças conjunturais percebidas no contexto internacional e também no âmbito nacional. Essas modificações reorientaram o modelo de constitucionalismo

¹² Paixão, 2007, p.128.

¹³ Brasil, 1892.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e o fortalecimento da indústria brasileira na década de 1930, o modelo liberal da Constituição de 1891 passava a ser visto como um instrumento ultrapassado e ineficiente para regular as novas relações sociais surgidas no âmbito nacional, de forma que a nova realidade urbana pedia que o *laissez-faire* e a política de Estado liberal fossem substituídos por um Estado mais presente na regulação das relações sociais.

adotado no Brasil e, conseqüentemente, a atuação do Supremo Tribunal de Federal a partir da Constituição de 1988.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e o fortalecimento da indústria brasileira na década de 1930, o modelo liberal da Constituição de 1891 passava a ser visto como um instrumento ultrapassado e ineficiente para regular as novas relações sociais surgidas no âmbito nacional, de forma que a nova realidade urbana pedia que o *laissez-faire* e a política de Estado liberal fossem substituídos por um Estado mais presente na regulação das relações sociais.

Nesse momento de embate entre Estado liberal e Estado de bem-estar social, duas preocupações ganhavam destaque: a regulação do trabalho e a interpretação jurídica¹⁴. A Constituição de 1934, então, sob a influência axiológica da Constituição alemã de Weimar, berço dos direitos fundamentais sociais, marcou a legitimação da questão social como prioridade do Estado e, conseqüentemente, do constitucionalismo, deixando, “ao menos, dois produtos jurídicos de extrema relevância para o direito brasileiro: a Consolidação das Leis do Trabalho (1943) e o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (1942)”¹⁵, através dos quais se pretendia não apenas a criação de um novo órgão para regulamentar as condições de trabalho do indivíduo, mas também um novo modelo de julgador, que seria incumbido de atribuir sentido, através da hermenêutica jurídica, aos novos institutos, inserindo a questão social na própria aplicação do direito.

A atenção às questões sociais na interpretação judicial, todavia, não se confundia com o conhecimento de questões políticas, já que a Constituição de 1934 vedava expressamente que o Poder Judiciário conhecesse de questões exclusivamente políticas através do art. 68¹⁶. Ainda assim, com relação à jurisdição constitucional e a atuação do Supremo Tribunal Federal, a referida Carta introduziu mudanças significativas.

Tendo preservado o modelo incidental e difuso de controle de constitucionalidade da Constituição de 1891, inspirada no mo-

¹⁴ Garcia Neto, 2010, p. 225-226.

¹⁵ *Ibid.*, p. 247-248.

¹⁶ “Art. 68- É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

delo norte-americano, a Constituição de 1934 conferiu ao Senado Federal a possibilidade de suspender total ou parcialmente a execução de lei, ato, deliberação ou regulamento considerado inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que foi inspirado no instituto norte-americano do *stare decisis*, mas com a ressalva da possibilidade de intervenção legislativa. Além disso, instituiu a cláusula de reserva de plenário, que condicionava a declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal à manifestação da maioria absoluta de seus membros, a fim de evitar as decisões monocráticas do relator, e a representação interventiva, que fora uma espécie de antecessora da ação direta de inconstitucionalidade, cujo legitimado era, até então, unicamente o Procurador-Geral da República, e cujo objetivo era o de proteger os princípios constitucionais para evitar a intervenção federal¹⁷.

Com pouco tempo de vigência, a Constituição de 1934 foi revogada em 1937 pelo Estado Novo, cuja Carta Política¹⁸ visava apenas conferir juridicidade aos atos ditatoriais do Poder Executivo, liderado por Getúlio Vargas. Com o término da ditadura e o processo de democratização, a Constituição de 1946 se desenvolveu em ambiente internacional novamente favorável à democracia representativa (após a Segunda Guerra Mundial), protegendo as garantias individuais, estendendo o voto aos cidadãos, homens e mulheres, alfabetizados com mais de 18 anos de idade, restaurando o bicameralismo e reinstituindo o cargo de Vice-Presidente da República¹⁹. Porém, com relação à competência do Supremo Tribunal Federal e ao controle de constitucionalidade, esta manteve o modelo da Constituição de 1934, disciplinando a apreciação dos recursos extraordinários e aperfeiçoando a representação interventiva.

Posteriormente, ao lado da representação interventiva, instituiu-se o controle abstrato de normas federais e estaduais pelo advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, já sob o governo ditatorial militar. Assim, com o objetivo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconiventes”²⁰, e sob a forma de

¹⁷ Mendes, 2010, p. 1.197.

¹⁸ *Ibid.*, p. 233.

¹⁹ Carvalho, 2014.

²⁰ Bastos, 2002, p. 413.

representação do Procurador-Geral da República, inaugurou-se o modelo de controle de constitucionalidade abstrato no Brasil²¹.

No que diz respeito à relação desenvolvida entre os Poderes da República, o regime autoritário acabou impedindo o livre funcionamento do sistema de *checks and balances* com as intervenções que o Poder Executivo fazia na composição do Supremo Tribunal Federal, aposentando compulsoriamente os ministros mais liberais e independentes da Corte e os substituindo por juristas de sua confiança²².

Por fim, com o colapso do regime militar em meados da década de 1980, os movimentos civis pela redemocratização do país resultaram no clamor por uma Assembleia Constituinte, e o Direito Constitucional assume, mais uma vez, presença notável no mundo jurídico. Com o despertar liberal-democrático, ressurge o interesse pelo constitucionalismo americano e, ainda, pelo fundamento axiológico europeu do pós-guerra.²³

A Assembleia Nacional Constituinte foi, então, reunida em 1987, formada por 559 membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Nesse processo de formação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal influenciou de diferentes formas: ora como arena decisória, já que definia os limites de atuação da própria Constituinte, ora como produto dos debates, uma vez que suas competências também estavam sendo ali definidas, e ora como opinantes constitucionais, através da influência exercida por seus ministros²⁴.

Por este breve esboço histórico, o que se verifica claramente é uma ascensão institucional do Poder Judiciário ao longo do século XX. Contudo, esta não é uma exclusividade brasileira. Pelo contrário, trata-se de um fenômeno mundial, que se expandiu de maneira notável no 2º pós-guerra e com o avançar dos postulados do pós-positivismo.

²¹ A atribuição de legitimidade exclusiva ao Procurador-Geral da República teve o escopo de reforçar a influência do Poder Executivo sobre o Ministério Público, pois, apesar de a Constituição de 1946 ter consolidado sua independência e ter lhe garantido especial destaque, a edição dos atos institucionais e o posterior advento da Constituição de 1967, fizeram com que este órgão voltasse a estar submetido ao Poder Executivo, tendo as disposições a ele relativas sido inseridas, inclusive, na Seção VII dentro do Capítulo “Do Poder Executivo”, nos artigos de 94 a 96.

²² Casagrande, 2016, p. 14.

²³ *Ibid.*, p. 14.

²⁴ Koerner, 2013, p. 142.

É claro que a complexidade, o pluralismo e a diversidade das sociedades contemporâneas majoraram, ainda mais, o grau de indeterminação do Direito, o que aumentou, certamente, a influência da subjetividade do intérprete no exercício de sua jurisdição.

Essa nova ordem de ideias, por sua vez, marca a reintrodução, na Teoria do Direito, dos valores jurídicos, representados por princípios que possuiriam força normativa. A partir desse momento, colocam-se em discussão postulados básicos do positivismo, como a neutralidade, a objetividade, o formalismo, a completude e a coerência do sistema jurídico, e passa-se a defender a coexistência de regras e princípios, ambos dotados de força normativa, cada qual desempenhando uma função diferenciada no ordenamento jurídico.

Por serem dotados de maior subjetividade, os princípios conferem maior liberdade à atuação do Poder Judiciário, que é chamado, então, a dar sentido efetivo, de acordo com cada caso concreto, para as normas e valores jurídicos em abstrato.

A partir dali, juízes e tribunais deixaram de integrar uma espécie de departamento técnico especializado do governo e se transformaram efetivamente em um Poder político, que disputa espaço com os outros dois. No que tange às razões para a ocorrência deste fenômeno, podem ser apontadas três causas principais, quais sejam:

- (i) o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é um componente essencial das democracias modernas, para preservar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático;
- (ii) um certo desencanto com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral;
- (iii) atores políticos, muitas vezes, não são capazes de produzir consensos em relação a questões em que há desacordos morais razoáveis, preferindo transferir o ônus de certas decisões para o Judiciário, cujos membros não dependem de votos. É o caso de uniões homoafetivas, interrupção de gestação, direitos de minorias etc²⁵.

É claro que a complexidade, o pluralismo e a diversidade das sociedades contemporâneas majoraram, ainda mais, o grau de indeterminação do Direito, o que aumentou, certamente, a influência da subjetividade do intérprete no exercício de sua jurisdição. Estes fatores, por sua vez, impulsionaram a judicialização da política e a politização do Judiciário, tornando cada vez mais tênues as fronteiras entre o Direito e a Política.

²⁵ Barroso, 2011, p. 380.

Para Luís Roberto Barroso, a principal causa da judicialização da política é a “constitucionalização abrangente que temos entre nós”, já que quase todos os âmbitos da vida social estão regulamentados pela Constituição²⁶. Diego Werneck Argueles, por sua vez, defende que, dentre os vários fatores que contribuem para a crescente expansão da atuação do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário sobre questões políticas, o mais relevante tem a ver com a postura que passou a ser assumida por parte dos magistrados.

Texto constitucional, desenho institucional e competências dos poderes são variáveis que, dependendo do contexto político, guardam entre si uma relação de mútua implicação. São analiticamente separáveis, mas, na prática, dado um mínimo de independência judicial e um conjunto inicial de poderes de *judicial review*, esses elementos influenciam-se reciprocamente. A dotação inicial de competências de que cada instituição dispõe, de acordo com o texto constitucional, é ao mesmo tempo *regra do jogo e parte do que está em jogo* nas interações entre esses poderes. No dia-a-dia da política e da implementação da constituição, os diversos poderes (em especial, mas não exclusivamente, o Judiciário) podem interpretar a constituição vigente de modo a expandir e retrair essas competências, ou até mesmo a inventar competências inteiramente novas. (...) A direção expansiva ou restritiva da interpretação depende, antes de mais nada, do que os Ministros queiram fazer²⁷.

A despeito da divergência acerca da razão que constitui o principal fator que impulsionou a judicialização crescente de questões sociais e políticas a partir da década de 1990, fato é que, esse posicionamento mais ativo do Poder Judiciário só foi possível graças à estrutura institucional criada, inicialmente, pela Constituição de 1891, e corroborada pela Constituição de 1988, com a aproximação, cada vez mais intensa, entre a tradição da *civil law* e da *common law*, da influência da Europa continental e dos Estados Unidos da América.

3.2. Um constitucionalismo entre as tradições da civil law e da common law

A Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um documento extenso e detalhista, regulando a atuação dos Poderes da República,

²⁶ *Ibid.*, p. 381.

²⁷ Arguelles, 2016, p. 28-29.

Dessa forma, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer, com as atribuições do artigo 102 da referida Carta, o controle de constitucionalidade de diversas maneiras, que vão desde os processos específicos de sua competência originária, passando pela apreciação de recursos ordinários, extraordinários, até os processos objetivos de controle de constitucionalidade.

principalmente do Legislativo, ao qual atribui, em inúmeros momentos, a responsabilidade de regular os direitos constitucionalmente previstos através da máxima “lei regulará”. Por outro lado, com relação à jurisdição constitucional, a Carta ampliou, de sobremaneira, a atuação do Supremo Tribunal Federal e, também, os canais pelos quais a sua atuação poderia ser provocada.

O principal mecanismo de ampliação da jurisdição constitucional presente na Carta é, talvez por isso, a ampliação do rol de legitimados à propositura da ação de controle concentrado de constitucionalidade, desconsiderando a, até então, exclusividade do Procurador-Geral da República e somando-se, ainda, a novos mecanismos de efetivação desse controle, tais como a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²⁸.

Dessa forma, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer, com as atribuições do artigo 102 da referida Carta, o controle de constitucionalidade de diversas maneiras, que vão desde os processos específicos de sua competência originária, passando pela apreciação de recursos ordinários, extraordinários, até os processos objetivos de controle de constitucionalidade.

Embora nos primeiros anos, e nas primeiras decisões, que sucederam à Assembleia Nacional Constituinte, o próprio órgão tenha limitado a insurgência dos referidos poderes²⁹, é certo que a partir dos anos de 1990 verificou-se um posicionamento muito mais ativo do Supremo Tribunal Federal no processo decisório político³⁰. No que se refere ao desenvolvimento e a ampliação do papel desempenha-

²⁸ Barroso, 2013, p. 286.

²⁹ A esse respeito, uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal, logo após a promulgação da Constituição de 1988, restringiu de forma significativa a abertura da legitimidade para a propositura da ADI prevista no artigo 103, distinguindo-se, sem qualquer base legal, legitimados “universais” (que poderiam propor ADI sobre qualquer tema) e legitimados “especiais” (que só poderiam propor ADI sobre temas ligados à sua esfera de atuação). Além disso, a interpretação conferida a “inconstitucionalidade” do controle abstrato, entendida, nas primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal apenas à relação de contrariedade entre a constituição e uma lei posterior, não abarcando, consequentemente, a apreciação da contrariedade entre lei anterior e a constituição nova. Sobre o tema: ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: Gilmar Ferreira Mendes; Jorge Galvão; Rodrigo Mudrovitsch. (Org.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. 1ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2016.p. 32.

³⁰ Arguelhes, 2016, p. 27.

do pelo órgão no exercício da jurisdição constitucional, ganha especial atenção a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual possui nítida inspiração na tradição jurídica da *common law*.

A referida Emenda concedeu efeito vinculante às decisões proferidas em Ação Declaratória de Constitucionalidade, o que já ocorria na Ação Direta de Inconstitucionalidade, criou os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, como reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o texto constitucional, de maneira a adaptar o sistema jurídico a institutos típicos do modelo constitucional dos Estados Unidos e do *common law*.

Assim, verifica-se que o modelo constitucional adotado pela Constituição de 1988 traz a previsão de um modelo dual de controle de constitucionalidade, que permite o controle difuso por todo o Poder Judiciário, tendo como última instância o Supremo Tribunal Federal, o qual exerce aqui o papel de Suprema Corte, bem como o controle concentrado, também exercido pelo STF, que assume, neste caso, o papel de Corte Constitucional.

Essa dualidade ampara-se, sobretudo, na convivência de uma tradição de influência da *civil law*, fundada no fenômeno da codificação e criação do direito por meio de órgãos legislativos, de matriz europeia, e a tradição do *common law*, que tem na figura do magistrado uma fonte produtora do Direito, de inspiração norte-americana.

Essa estrutura mista, composta por modelos constitucionais diversos, pode ser observada com frequência nos casos de transferências intercoloniais, nas quais pesam os apelos para preservação da cultura, língua, religião, leis e costumes locais, nos quais vão se misturando, de forma espontânea e gradual, como um fenômeno que muito se relaciona à expansão do *judicial review* e a outros reciprocamente imbricados no contexto de superação do positivismo jurídico³¹. Esse fenômeno, por sua vez, não é uma exclusividade brasileira. Ao revés, a construção de um modelo constitucional dual, influenciado pelas matrizes europeias e norte-americanas, cada uma a seu tempo histórico, é uma marca de outras nações latino-americanas.

Todavia, em que pese ser uma tendência, este fenômeno não queda ausente de críticas e contradições. No Brasil, a Lei de Introdução

³¹ Palmer, 2002, p. 27.

Na prática, o que se verifica é que os juízes acabam por utilizar as regras codificadas e também os precedentes em várias combinações para produzir um sistema de dupla fundamentação para o caso concreto, o qual Palmer denomina de *double reasoning*, seguindo um padrão argumentativo que muitas vezes se assemelha ao padrão utilizado por um juiz de *common law* que decide sem códigos.

às Normas do Direito Brasileiro, criada pelo Decreto-lei 4.657/42, dispõe, na regra do art. 4º em sua redação originária, as fontes do direito, as quais não incluem as decisões judiciais, não obstante o fato de que decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, em recursos extraordinários com repercussão geral e em recursos especiais repetitivos, possuam efeito vinculante entre nós. Nessa mesma perspectiva, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) confere força normativa à jurisprudência, com destaque para o art. 927, que prevê que os juízes e os tribunais observem as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência do próprio Tribunal. Além disso, há menção expressa aos precedentes em dois momentos: no artigo 926, § 2º, e no artigo 927, § 5º.

Na prática, o que se verifica é que os juízes acabam por utilizar as regras codificadas e também os precedentes em várias combinações para produzir um sistema de dupla fundamentação para o caso concreto, o qual Palmer denomina de *double reasoning*, seguindo um padrão argumentativo que muitas vezes se assemelha ao padrão utilizado por um juiz de *common law* que decide sem códigos³².

Da mesma forma, o dogma de que um código pode ser completo e coerente não resiste a uma rápida consulta à jurisprudência (o termo utilizado nos países da *civil law* para designar o conjunto de decisões judiciais). Os compêndios estão cheios de decisões nas quais as cortes têm que preencher vazios legislativos e conciliar estatutos legais aparentemente conflitantes. (...) A necessidade que os juízes têm de interpretar e aplicar as leis não é facilitada por uma legislação clara, completa, coerente e previdente. Assim como ocorre com os juízes da *common law*, eles estão engajados em um processo vital, complexo e difícil. Eles devem aplicar normas legais que raramente, ou nunca, são claras no contexto do caso, a despeito de parecerem claras em abstrato. Eles precisam preencher lacunas e resolver conflitos do arcabouço legislativo. Eles devem adaptar a lei a condições cambiantes. O código não é auto-evidente em sua aplicação, especialmente para o juiz contencioso³³.

³² *Ibid.*, p. 54.

³³ Merryman, 2010, p. 73-74.

A premissa fundamental e utópica da *civil law* de buscar a clareza, a segurança e a completude da ordem jurídica através da positivação dos direitos e deveres dos cidadãos vem sendo cada vez mais rechaçada.

O que podemos observar, dessa maneira, é que a tradição da *civil law* vem passando por um processo de transição muito intenso, o qual pode ser atribuído, sobretudo, à globalização do final do século XX. A expansão do modelo constitucional norte-americano, especialmente no que se refere ao controle de constitucionalidade, é parte fundamental nesse processo.

O avanço percebido da esfera do direito público sobre o direito privado pode ser visto em inúmeros aspectos, como, por exemplo, na transformação verificada em institutos basilares do direito privado, como a liberdade contratual, a autonomia da vontade e a propriedade privada, os quais vêm sendo constantemente remodelados, e também no processo de descodificação do Direito.

A premissa fundamental e utópica da *civil law* de buscar a clareza, a segurança e a completude da ordem jurídica através da positivação dos direitos e deveres dos cidadãos vem sendo cada vez mais rechaçada. Com isso, afasta-se a noção de que a aplicação do Direito a ser realizada pelo magistrado se dará apenas através da subsunção lógica do fato à norma.

O que se tem na realidade brasileira é uma aproximação cada vez maior com a tradição jurídica da *common law*, onde quem desenvolve o Direito é o juiz. Esse fato, por sua vez, provoca um choque com a cultura da *civil law*. O modelo atualmente adotado no Constitucionalismo brasileiro é formalmente norte-americano, mas seu espírito ainda possui forte ligação com o modelo francês da *civil law*. Logo, é inevitável que essa fusão gere uma enorme tensão.

A americanização do Direito Constitucional brasileiro é mais profunda hoje. Até a Constituição de 1988, o que se tinha era uma americanização meramente institucional, o que se devia, sobretudo, à resistência apresentada pelo modelo da *civil law*. O tensionamento entre Direito e Política partir da experiência importada dos Estados Unidos, onde prevalece a noção de que a Política deve se subordinar ao Direito, passou a ser percebido com maior intensidade após o advento da Carta de 1988.

Assim, as instabilidades que tem historicamente marcado Brasil e a América Latina servem de prova da necessidade de atentarmos para as contribuições da experiência americana no tratamento de seus tensionamentos político-constitucionais, em especial, na compreensão da

complementaridade entre a teoria constitucional e a ciência política, a fim de construir matrizes teóricas, desenhos e práticas institucionais capazes de se alimentarem da experiência internacional, mas de forma crítica e atenta as singularidades de nossa realidade institucional, política e social³⁴.

A partir daí, a hermenêutica constitucional veio a ganhar enorme importância devido, sobretudo, a dois grandes questionamentos que se põem:

- I) Quem decide: qual é a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para decidir acerca de questões políticas?
- II) Como decide: quais são as teorias da decisão empregadas pela Corte?

Somada a essa problemática, a crise institucional brasileira vivenciada no período pós-1988 vem ampliando ainda mais a discussão acerca do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal dentro da sistemática de separação de poderes de *checks and balances*. A ocupação de espaços pelo Poder Judiciário que não lhe foram expressamente atribuídos pela Constituição de 1988 intensifica o questionamento acerca de sua legitimidade democrática, exigindo maiores reflexões para sua correta compreensão.

3.3. Realidade político-social, crise de representação política e a ocupação de espaços pelo poder judiciário

Uma das marcas mais fortes da Constituição de 1988 é o fortalecimento das instituições judiciais e do Ministério Público como jamais fora visto na história constitucional brasileira. Referidas instituições acabaram por assumir o papel de tutores dos direitos dos cidadãos, o que, à primeira vista, pode soar como uma transformação positiva na defesa dos direitos fundamentais diante do momento de redemocratização pelo qual passara a sociedade brasileira. Por outro lado, também pode acabar por minar o desenvolvimento da sociedade civil na busca pela efetivação e pelo respeito dos seus direitos de maneira autônoma (individual ou coletivamente organizada).

Desde o início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, a relação travada entre os então Ministros do Supremo

³⁴ Vieira, 2016, p. 13-14.

Tribunal Federal e os agentes políticos do processo constituinte se deu de maneira muito intensa. Esse diálogo se desenvolveu sob duas perspectivas: (i) o STF como *objeto* da deliberação constitucional, momento em que eram definidas as características do Tribunal na nova Constituição; e (ii) o STF como *produtor* da nova Constituição, quando os Ministros eram provocados a decidir acerca da forma, da dinâmica e dos limites do processo constituinte³⁵.

Nesse aspecto, Gerson Lima constata o poder político exercido pelo Poder Judiciário:

(...) Constata-se uma função também política do STF. Primeiro, por ele se colocar no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário (cuja estruturação obedece a critérios políticos), uma das Instituições básicas, encarregada de cumprir uma das clássicas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária); e por não existir poder apolítico dentro da formação estatal³⁶.

O foco do conflito político presente no seio da Assembleia Nacional Constituinte referia-se ao sentido e ao alcance das mudanças políticas a serem impressas pela nova Constituição. Todavia, era objeto de consenso o fortalecimento das instâncias judiciais, com o incremento da independência financeira e administrativa do Poder Judiciário.

Na participação que desempenhavam os Ministros do Supremo na ANC, estes adotavam uma posição política de centro e de direita, encarando com reservas mudanças bruscas a serem implementadas. Tinham, dessa forma, o objetivo maior de preservar a Corte Suprema de mudanças mais profundas, mantendo seus poderes concentrados para o controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

No momento de conformação da estrutura que assumiria o Supremo Tribunal Federal, três propostas surgiram na Assembleia Constituinte: (i) a criação de um Tribunal Constitucional ou Tribunal das Garantias Constitucionais, o qual seria um tribunal autônomo com atribuições exclusivas sobre questões constitucionais, com Ministros com mandatos temporários, e escolhidos pelo Congresso Nacional ou pelos três Poderes da República; (ii) a criação de dentro do STF de uma seção especializada para conhecer as questões constitucionais,

³⁵ Koerner; Barros de Freitas, 2013.

³⁶ Lima, 2009, p. 74.

A despeito da criação do Superior Tribunal de Justiça ter provocado a eliminação de alguns dos principais instrumentos de concentração de poderes no STF criados pelo regime militar, como, por exemplo, a advocatária, a interpretação da lei em tese e a arguição de relevância, é inequívoco que o projeto político capitaneado pelos Ministros logrou êxito.

a qual seria composta por Ministros com mandatos temporários, mantendo o STF sua função unificadora da legislação federal, com os Ministros possuindo a garantia da vitaliciedade; e (iii) a continuidade do STF, permanecendo este órgão como Tribunal Constitucional, federal e de cassação, com Ministros vitalícios³⁷.

Outro ponto que provocou grande polêmica nas reuniões da Assembleia Nacional Constituinte diz respeito à definição do rol de legitimados a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo que, nesse ponto, a opinião do Supremo era, majoritariamente, favorável à manutenção da legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República.^{38,39}

Na Comissão de Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, consolidou-se a tese pela continuidade do STF no tocante à sua estrutura. Isto é, o *lobby* propagado pelos Ministros para que houvesse a manutenção da posição institucional do STF como órgão de cúpula do Poder Judiciário e como representante de um dos Poderes da República, e em prol do fortalecimento institucional do Poder Judiciário, acabou por surtir o efeito que desejavam.

A despeito da criação do Superior Tribunal de Justiça ter provocado a eliminação de alguns dos principais instrumentos de concentração de poderes no STF criados pelo regime militar, como, por exemplo, a advocatária, a interpretação da lei em tese e a arguição de relevância, é inequívoco que o projeto político capitaneado pelos Ministros logrou êxito.

Os ministros visavam preservar o órgão de mudanças mais profundas e retomar a liderança que eles tinham perante os demais juízes ao promoverem as próprias demandas. O anteprojeto mantinha

³⁷ Koerner; Barros de Freitas, 2013.

³⁸ Arguelhes, 2016, p. 31.

³⁹ Nesse sentido, mensagem pública, formal e oficial enviada pelo Supremo Tribunal Federal à Comissão Afonso

Arinos em 1986: “Quanto à pretendida outorga de legitimidade para representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual a certos órgãos do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou, mesmo, a entidades de direito público ou privado, entendeu a Corte que ela deve continuar a cargo, exclusivamente, da Procuradoria-Geral da República. Se se entende que seu titular fica excessivamente vinculado ao Poder Executivo, diante da demissibilidade “ad nutum”, então será caso de pô-la em discussão, com eventual outorga de garantias maiores para o exercício do cargo. Isso, porém, deve ser considerado, com maior segurança, pelo próprio Poder Constituinte, abstendo-se a Corte de outras considerações por envolverem temas ligados aos Poderes Executivo e Legislativo.” (“Sugestões do Supremo Tribunal Federal à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, documento publicado no jornal Estado de São Paulo em 03 de agosto de 1986).

tanto a posição institucional já ocupada pelo tribunal, quanto a forma de organização e as atribuições múltiplas deste, que detinha o controle concentrado e difuso de normas.

Além da influência cada vez maior do sistema da *common law*, já demonstrada no tópico anterior, e do reforço institucional conferido ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988, outros fatores nos auxiliam na compreensão da proeminente atuação do Supremo Tribunal Federal.

Dispensam-se maiores demonstrações acerca da crise institucional que assola a realidade política brasileira atualmente. A inação do Poder Legislativo e do Poder Executivo acabam por deixar lacunas na atuação cooperativa que o Constituinte Originário projetou. O elevado grau de judicialização da política nos indica que as instituições que, tradicionalmente, deveriam agir, não o estão fazendo. Por esse viés, a judicialização da política acaba se apresentando como consequência direta da ocupação de espaços deixados pelo Executivo e Legislativo por parte do Judiciário.

O que tem se verificado, dessa forma, é a transferência do *locus* onde as decisões políticas deveriam ser tomadas do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, de modo que o grande drama constitucional brasileiro na atualidade é o de saber como fazer cumprir as promessas do Constituinte diante de uma administração pública ineficiente e de um legislador inerte, o qual, muitas vezes, legisla de maneira contrária à Constituição Federal⁴⁰, sem que, com isso, ocorra um abalo na sistemática da harmonia e do equilíbrio entre os Poderes.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO DO STF EM XEQUE

O esboço histórico traçado no presente estudo tem o escopo de nos levar a reflexão de que as alterações percebidas no Constitucionalismo global, especialmente, após a primeira metade do século XX, abalaram profundamente a estrutura da *civil law*. Ao que nos interessa na presente pesquisa, cumpre destacar a alteração radical percebida na participação do juiz no curso do processo decisório.

⁴⁰ Anuário da Justiça: “De cada três leis, duas foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2016.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-29/cada-tres-leis-duas-foram-julgadas-inconstitucionais-2016>. Acesso em 21 set. 2022.

Uma das críticas mais frequentes feitas ao atual Supremo Tribunal Federal refere-se ao fato de que seus Ministros atuariam no sentido de fazer a “justiça” de acordo com suas próprias convicções, deixando de lado a aplicação do Direito.

Na tradição da *common law*, a participação ativa do magistrado sempre foi dotada de legitimidade, não havendo maiores discussões quanto a isso na doutrina desenvolvida no seio dessa tradição. Desde o início do século XIX, o juiz da *common law* já desempenhava um papel político mais pronunciado. O Poder Judiciário seria um representante ativo dos valores partilhados pelo povo, os quais estavam protegidos pela Constituição.

Por outro lado, a participação do magistrado na *civil law* sempre foi objeto de enorme atenção, tendo em vista que este seria um mero aplicador da norma ao fato. Assim, a partir do momento em que se começa a perceber uma maior participação do magistrado no que diz respeito à apreciação de questões políticas, a discussão atinente a sua legitimidade para tanto se eleva de maneira exponencial.

A figura do juiz “boca de lei”, típica ilustração do Poder Judiciário desenhado pela tradição da *civil law*, é deixada de lado para a adoção de novas metodologias de decisão. A argumentação jurídica passa, então, a se apropriar do que se produziu nas esferas da Filosofia Política e da Filosofia Moral.

Uma das críticas mais frequentes feitas ao atual Supremo Tribunal Federal refere-se ao fato de que seus Ministros atuariam no sentido de fazer a “justiça” de acordo com suas próprias convicções, deixando de lado a aplicação do Direito. Isto é, a crítica refere-se ao fato de que os Ministros se pautariam mais por questões políticas, muitas vezes atendendo a clamores da população, do que por questões eminentemente jurídicas, chegando-se a falar em “função representativa do STF” e em “papel de vanguarda iluminista”.

Além da função contra majoritária, há um papel particularmente importante desempenhado por cortes constitucionais em geral e pelo Supremo Tribunal Federal em particular, que é uma função representativa. É o papel de atender a demandas sociais que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Ou seja, o Judiciário se torna representativo quando o Legislativo não tenha conseguido sê-lo. (...) Vanguarda iluminista: para além do papel puramente representativo, cortes constitucionais desempenham, por vezes, o papel de vanguarda iluminista. Atuam para empurrar a história, para avançar o processo civilizatório⁴¹.

⁴¹ Barroso, 2015, p. 387

Com a devida vênia ao entendimento do ilustre Ministro, este entendimento merece ressalvas, sobretudo, pelo simples fato de que a Constituição de 1988 não atribuiu este papel ao órgão de cúpula do Poder Judiciário. Não há dúvidas de que compete ao Poder Judiciário garantir a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e zelar para que o princípio democrático seja respeitado. Contudo, sua atuação deve respeitar os limites que balizam a separação harmônica entre os Poderes da República. O que está em questão é a ameaça ao sistema democrático e à representação política.

A ideia de que o Poder Judiciário deve se apresentar como um “salvador” da nação brasileira apenas reforça existência de uma profunda crise de representatividade. Referida ideologia, oriunda do despotismo ilustrado, parte da premissa de que as forças do atraso serão contidas por um poder que vem de cima para baixo. O juiz constitucional, nesse contexto, vem se transformando no intérprete dos princípios morais da sociedade quando não decide pautado nos direitos fundamentais e nos valores e procedimentos democráticos⁴².

Isto porque o papel atribuído ao Poder Judiciário e especialmente ao STF pela Constituição de 1988 (e também, neste ponto, pela Constituição de 1891) ao dispor sobre o importante poder de reforma da Constituição é, justamente por ser instituído (atribuído), um poder jurídico “cujo exercício e desempenho se encontram limitados pelas normas jurídicas-constitucionais vigentes”. Diferente do próprio poder Constituinte que o atribui – que é “Poder de Fato” e contraria as normas vigentes – o poder de interpretação do Poder Judiciário é “Poder de Jure”, devendo ser fiel ao Constituinte, “inclusive, para garantir a permanência constitucional, por necessidades de técnica legislativa constitucional”⁴³.

Este papel de intérprete da Constituição desempenhado pelo STF, portanto, é para “velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas”⁴⁴.

⁴² Maus, 2000, p. 200.

⁴³ Dantas, 1985, p. 25.

⁴⁴ Barroso, 2012, p.28

A ideia de que o Supremo Tribunal Federal deve agir exclusivamente como um órgão representativo, desempenhando um “papel de vanguarda iluminista”, vai de encontro ao desenvolvimento da democracia e da capacidade da sociedade civil de perseguir seus interesses com suas próprias vozes e por vezes oculta as organizações coletivas e movimentos sociais nos processos de criação do direito.

A linha tênue que separa o fenômeno da judicialização da política e da politização da atuação do Poder Judiciário deve chamar a atenção dos constitucionalistas, dado que, enquanto o primeiro fenômeno pode ser encarado como consequência natural das transformações ocorridas no constitucionalismo global a partir da segunda metade do século XX, o segundo fenômeno pode vir a provocar um intenso desequilíbrio na harmonia e na independência entre os Poderes da República.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme pretendemos demonstrar ao longo deste trabalho, alguns fatores, tais como (i) a aproximação do modelo da *common law*, (ii) o reforço institucional conferido ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988, com a ampliação sem precedentes de suas competências, (iii) as influências do fenômeno do pós-positivismo, e (iv) a crise-político institucional vivenciada pelos Poderes Legislativo e Executivo, acabaram por conferir uma posição de maior proeminência ao Poder Judiciário brasileiro inimaginável a partir da sua (não) atuação no contexto de criação do STF pela Constituição de 1891.

Embora possamos, por um lado, entender a posição de destaque assumida pelo Poder Judiciário brasileiro como uma consequência direta e natural das transformações ocorridas no constitucionalismo e dos fatores acima elencados, por outro lado, há razões que nos permitem enxergar a questão por outro ângulo e colocar, sim, em xeque, a legitimidade democrática da Corte brasileira, posto que, em diversas ocasiões, esta vem se afastando da aplicação do Direito em prol da afirmação de convicções políticas de seus membros.

A ideia de que o Supremo Tribunal Federal deve agir exclusivamente como um órgão representativo, desempenhando um “papel de vanguarda iluminista”, vai de encontro ao desenvolvimento da democracia e da capacidade da sociedade civil de perseguir seus interesses com suas próprias vozes e por vezes oculta as organizações coletivas e movimentos sociais nos processos de criação do direito.

Não se olvida da importância de manutenção das portas da Corte Superior para a efetivação de direitos fundamentais, especialmente quando o Poder Legislativo e Executivo se encontram fechados e inertes. Porém, a facilitação e o incentivo acrítico à obtenção do

direito pela via do Poder Judiciário em certa medida podem gerar uma deslegitimação do sistema político e um desinteresse da população nas eleições políticas, de maneira que a ideia de que um dos Poderes da República deve arrastar os demais torna mais difícil pensarmos na existência de uma harmonia entre estes.

Diante do exposto, podemos concluir que o reforço da jurisdição constitucional brasileira e a judicialização da política acabaram superando os limites do próprio modelo norte-americano, o qual serviu de inspiração para o modelo brasileiro. A judicialização da política é uma realidade inescapável e, a nosso sentir, uma das consequências das transformações no constitucionalismo já expostas no presente trabalho.

Contudo, acreditamos que as atenções dos constitucionalistas devam estar, a partir de agora, não mais voltadas à compreensão da judicialização da política, mas sim à verificação da ocorrência e dos limites de uma politização da justiça. É preciso, pois, encontrar um ponto de equilíbrio entre a autocontenção judicial verificada na experiência da Constituição de 1891 e o ativismo político por vezes reivindicado a partir da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. “The Rise of World Constitutionalism”. Faculty Scholarship Series. Paper 129. *New Haven: Yale Law School*, 1997.

ARGUELHES, Diego Werneck. “Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização”. In: Gilmar Ferreira Mendes; Jorge Galvão; Rodrigo Mudrovitsch. (Org.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2016.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*. Vol. II. 1891. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas*. Vol. XIX, 1892, tomo III. Trabalhos jurídicos. Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, 1893.

- BARROSO, Luís Roberto. “A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo”. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República”. In: *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 377-391, set./dez. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. “Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988”. In: BARROSO, L.R. *Temas de Direito Constitucional*. T. I. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *República. Teoria e Prática*. Brasília: Câmara dos Deputados/Vozes, 1978.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 300. Relatoria Min. Joaquim Barradas. Julgamento em 23.04.1892.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CAENEGAM, R. C. *Juízes, Legisladores e Professores*. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil. Um Longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- CASAGRANDE, Cássio. “A Americanização do Direito Constitucional Brasileiro em Perspectiva Histórica”. Belo Horizonte: *Revista Interesse Público*, ano 18, no. 100, Ed. Fórum, nov/dez 2016.
- CORRÊA, Oscar Dias. “A crise da Constituição, a constituinte e o Supremo Tribunal Federal”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1986.
- CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COUSO, Javier. “The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America”. In: *Cultures of Legality*. COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (Org.). New York: Cambridge University Press, 2011.

DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução – breve introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional*. Dissertação (Mestrado) em Sociologia e Economia, Universidade Federal de Pernambuco, 1975.

FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte. A Legitimidade Recuperada*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. A questão social na Era Vargas. In MOTA, Carlos Guilherme e SALINAS, Natasha. *Os Juristas na Formação do Estado Nação Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HAMBLOCH, Herner. *Sua Majestade o Presidente do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

KOERNER, Andrei; BARROS DE FREITAS, Lígia. “O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo”. São Paulo: *Lua Nova*, 2013, 88:141-184.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira - Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. In: *Novos Estudos*, CEBRAP, São Paulo, n.º 58, nov., 2000, pp. 183/202.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2010.

MERRYMAN, John. *A Tradição da Civil Law*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2010.

MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. New York: Oxford University Press, 2013.

NUNES LEAL, Victor. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

OLIVEIRA, Cândido. *Década Republicana*. Vol. II. Brasília: Senado Federal, 2002.

PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdiction World Wide – The Third Legal Family*. 2. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

PAIXÃO, Leonardo. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese. (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. “Equal protection by law: federal antidiscrimination legislation after Morrison and Kimel”, 110, *Yale Law Journal*, 2000, p. 441-526.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

VIANNA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro, 1927.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. São Paulo, 1949.

VIEIRA, José Ribas. *A Centralidade do Direito Constitucional Americano na Teoria Constitucional Contemporânea*. Conferência de Titularidade de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ, 2016.

WERNECK VIANNA, Luiz. *A Revolução Passiva. Iberismo e Americanismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

QUALIFICAÇÃO

Victor Hugo Pacheco Lemos. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Niterói, Rio de Janeiro, Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5058-687X>

Iara Duque Soares. Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFMG). Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4111-8289>