

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO *POLICY-MAKER*: ENTRE A SOBERANIA DO PARLAMENTO E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AS A *POLICY-MAKER*: BETWEEN THE CONGRESS SOVEREIGNTY AND THE CONSTITUTIONAL SUPREMACY

Leon Victor de Queiroz Barbosa[†]

Resumo: Nos últimos vinte anos, é cada vez mais recorrente o protagonismo do Supremo Tribunal Federal em questões políticas. Seus críticos argumentam haver usurpação de competências legislativas e até mesmo ataque à soberania do Congresso Nacional. Entretanto, há um forte debate teórico sobre a prevalência do Princípio da Supremacia Parlamentar ou do Princípio da Supremacia Constitucional. O objetivo deste artigo é desenvolver os conceitos desses princípios, localizando o Brasil no debate.

Palavras-chave: Supremacia. STF. Constituição. Parlamento.

Abstract: The Brazilian Supreme Court's protagonist role on politics has been recurrent in the last twenty years. Its critics argue that there is a legislative usurpation, and even attack to the National Congress Sovereignty. However, there is a strong theoretical debate about the prevalence between the Principle of the Congress Sovereignty or the Principle of Constitutional Supremacy. This paper's aims is to develop both principle's concepts and situate the Brazilian case on the debate.

Keywords: Supremacy. STF. Constitution. Parliament.

1 Introdução

A inserção do Judiciário no processo decisório é recente. O modelo clássico de democracia não dava destaque aos juízes enquanto formuladores de políticas públicas, muito menos o desenho

[†] Professor Adjunto da Unidade Acadêmica de Ciências Sociais da Universidade Federal de Campina Grande. Doutor em Ciência Política pela UFPE, com período sanduíche na UFMG. Mestre em Ciência Política pela UFPE e Advogado. É pesquisador do PRAETOR – Grupo de Estudos sobre Poder Judiciário, Política e Sociedade, vinculado à UFPE e do CEL – Centro de Estudos Legislativos, vinculado à UFMG.

institucional da república clássica romana. Pelo contrário, o modelo de *Westminster* nunca considerou o Judiciário como parte do corpo decisório, composto pelo Parlamento e seu braço executivo, o Gabinete. Montesquieu, quando criou a Teoria dos Três Poderes, afirmava que na Inglaterra da época os poderes eram divididos entre o Parlamento, a Coroa e o Judiciário, embora Bruce Ackerman (2000) classifique o modelo inglês como fundido, ou seja, sem separação de poderes. A inserção do Judiciário como poder político foi feita no desenho institucional madisoniano, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos seria dotada de mecanismos de controle sobre os demais poderes, quando em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, definiu-se que nenhum ato emanado, tanto do Executivo quanto do Legislativo, poderia ser contrário à Constituição.

Até então, o modelo que servia de paradigma no mundo era o britânico, em que vigorava (e ainda vigora) o Princípio da Soberania do Parlamento. Em 1920, quando a Áustria tentava se desvencilhar da monarquia absolutista, Kelsen e Schmitt travaram um debate sobre uma maior participação de um terceiro corpo não eleito pelo sufrágio universal no processo decisório. Esse corpo, dizia Schmitt, deveria ser formado por Juízes. Kelsen, sabendo que a judicatura apoiava a monarquia, convenceu o Parlamento a aprovar um Conselho de Estado, independente dos corpos eleitos, composto por membros indicados pelo Executivo e referendado pelo Legislativo, mas que não tivesse estrutura de tribunal nem fosse de ocupação exclusiva por juízes. Estava criado o controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade.

O Brasil acabou por conformar na Constituição de 1988 os modelos americano e austríaco, transformando o Supremo Tribunal Federal - STF em um controlador *in abstracto* dos atos do Legislativo e do Executivo. Além disso, pela via recursal, o tribunal também controla os atos dos demais poderes e entes públicos através do controle *in concreto* das decisões e normas. Esse modelo híbrido alçou o STF a uma posição de protagonismo no processo decisório, cuja atuação vem sendo, por muitas vezes, criticada e alcunhada de “ativismo judicial”, ou seja, age em questões que são, histórica e constitucionalmente, afeitas aos corpos eleitos.

O presente artigo faz uma revisão dos principais alicerces teóricos que consolidaram o Judiciário como um *policy-maker*, estando dividido da seguinte maneira:

Na seção 1, trabalho o artigo seminal de Robert Dahl (1957) sobre a Suprema Corte americana como *policy-maker*. Na seção 2, operacionalizo os conceitos históricos do Princípio da Soberania do Parlamento e do Princípio da Soberania Constitucional, tratados por Koopmans (2003) e o surgimento das Cortes Políticas, analisado por Hirschl (2008). Na seção 3, abordo o papel do STF no Brasil, trabalhando o termo “Supremocracia”.

2 Fundamentos políticos da suprema corte como *policy-maker*

Segundo Robert Dahl (1957), em artigo seminal, a Suprema Corte é uma instituição política e os americanos não estão dispostos a aceitar isso, mas também não estão aptos a negar. Então, frequentemente, tomam ambas as posições (nem aceita, nem nega). Para o autor, é recompensador para o americano comum, que consegue se manter nos dois polos. Segundo Dahl, uma decisão política é tomada por uma escolha efetiva seguindo as seguintes informações: 1)

Flexibilidade: Opções abertas para decidir; 2) Ponderação: Consequências da decisão; 3) Ordem: Ordenação dos valores na decisão partindo do mais preferível ao menos preferível.

Uma escolha efetiva é uma seleção das alternativas preferidas, acompanhada por medidas que possam assegurar que aquela escolha seja posta em prática. Ninguém questiona que a Suprema Corte, ou qualquer Corte, possa tomar decisões políticas. O que se questiona é a extensão e a amplitude dessas decisões ao deliberar fora do critério “legal” encontrado no precedente (jurisprudência), na lei e/ou na Constituição.

Dahl nos ensina que, de tempos em tempos, a Suprema Corte ocupa uma posição peculiar: ela decide casos em que o critério legal é inadequado. Muitos casos chegam à Corte envolvidos em polêmicas muito severas. Há casos em que há discordância entre juristas e até entre os juízes da Corte. Também há casos em que o texto constitucional é ambíguo, generalista, vago ou claramente não aplicável. Há casos em que há jurisprudência para ambos os sentidos em questão. Segundo o autor, se aceitássemos que a Suprema Corte é uma instituição política, esses problemas estariam resolvidos. Mas como a legitimidade da Suprema Corte reside no seu caráter de instituição legal, aceitá-la como instituição política resolveria uma série de problemas ao custo da criação de outro.

A depender da natureza (tipo) do caso, a Suprema Corte não pode agir estritamente como instituição legal. Isso se apoia na escolha de um critério que seja aceito quando não haja parâmetro valorativo/legal nas leis, jurisprudência ou Constituição. A Suprema Corte é uma instituição política quando o critério legal se mostra inadequado. A questão é: quem se beneficia da Corte? Como a alocação de recompensas e punições se ajusta ao nosso presumido sistema político democrático?

Para Dahl, ao se determinar e avaliar o papel de uma Corte, dois critérios diferentes e conflitantes são às vezes empregados: o critério majoritário e o critério do certo ou do justo. Logicamente falando, toda disputa em uma dada sociedade é resolvida através do critério majoritário entre aqueles que são a favor e aqueles que são contra. A disputa pode se dar entre maiorias e minorias ou entre minorias apenas. Geralmente as disputas se dividem em dois grupos.

Se todos preferem uma, de duas alternativas, então não há problema. Entretanto, um caso dificilmente chegará à Suprema Corte sem que um litigante prefira uma alternativa e o outro litigante prefira outra. Assim, a Corte sempre terá de: 1) concordar com as preferências de uma minoria de cidadãos e ir de encontro às preferências da maioria; 2) concordar com as preferências de uma maioria, contrariando as minorias; e 3) concordar com as preferências de uma minoria, contrariando outras minorias, estando os demais (maioria) indiferentes.

Em um sistema com um Poder Legislativo representativo, a maioria (segunda categoria) não precisará de uma Corte para garantir os resultados. Uma visão influente (e madisoniana) da Suprema Corte é a de que ela é a protetora das minorias contra a tirania da maioria. O problema é a dificuldade de conciliar esse papel da Corte com o que Aristóteles, Locke, Rousseau, Jefferson e Lincoln já disseram: o termo democracia significa que, entre outras coisas, o poder reside nas maiorias populares e seus representantes. Além disso, com base nos princípios da soberania popular e igualdade política, o princípio da regra majoritária pode ser mostrado como uma

necessidade lógica. Dentro da tradição democrática americana, decidir a favor de uma minoria é ir contra a soberania popular e a igualdade política. Um sistema em que as preferências políticas de uma minoria prevalecem sobre a maioria está em desacordo com o tradicional critério que distingue uma democracia de outros sistemas políticos.

Entretanto, não é preciso atravessar essa discussão para entender a Suprema Corte como protetora das liberdades das minorias contra a tirania da maioria. A rigor, é provavelmente impossível demonstrar que alguma Corte decidiu contra ou a favor das preferências de uma maioria nacional (nos Estados Unidos, o conflito entre estados e entre eles e a União é mais comum do que em outros países federados por conta da forte autonomia dos entes subnacionais).

Presidentes não são famosos por indicar juízes contrários à sua visão de política pública nem poderiam esperar a confirmação de um nome cuja postura em questões-chave fosse flagrantemente de encontro às posturas da maioria dominante no Senado. O fato é que a visão política dominante na Corte nunca é muito diferente da visão política dominante entre as maiorias legislativas nos Estados Unidos.

De acordo com Dahl, o papel de uma Suprema Corte como uma instituição elaboradora de políticas públicas não é simples. É um erro supor que suas funções podem ser descritas ou avaliadas por simples conceitos extraídos da teoria democrática ou moral.

As políticas nacionais nos Estados Unidos, como em outras democracias estáveis, são dominadas por alianças relativamente coesas que duram por longos períodos de tempo. Exceto por curtos períodos de transição, quando a antiga aliança está se desintegrando e a nova está lutando para ter o controle das instituições políticas, a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante. Como um elemento na liderança política da aliança dominante, a Corte dá suporte às políticas majoritárias da aliança.

Entretanto, a Suprema Corte não é um simples *agente* da aliança. Ela é parte essencial da liderança e possui bases de poder próprio por ser a intérprete da Constituição. Essa legitimidade pode ser prejudicada se a Corte se opuser flagrantemente às políticas majoritárias da aliança dominante. A corte não é como o presidente de uma importante comissão no Congresso que pode impedir políticas públicas. A Corte é menos efetiva contra a maioria legislativa vigente. Ela é mais efetiva quando determina os limites da política para funcionários, agências, governos estaduais ou até mesmo regiões, uma tarefa que tem ocupado boa parte das preocupações da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Segundo Dahl, o principal objetivo da liderança presidencial nas eleições é construir uma união dominante e estável de minorias com alta probabilidade de vencer a presidência e pelo menos uma das duas casas do Congresso. A principal tarefa da Corte é conferir legitimidade às políticas fundamentais do sucesso da coalizão. Em casos de instabilidade devido a políticas-chave, a Corte pode interferir e definir a questão.

A democracia é um conjunto de procedimentos para se tomar decisões. A operacionalização desses procedimentos pressupõe a existência de certos direitos, obrigações, liberdades e limites. Há também padrões de comportamentos. A existência desses padrões (particularmente entre segmentos politicamente ativos e influentes da sociedade) pressupõe amplos acordos baseados na validade e propriedade desses comportamentos. Embora seu histórico tenha falhas

graves, é melhor que a Corte opere para conferir legitimidade, não apenas em relação a políticas paroquiais da aliança política dominante, mas sobre os padrões de comportamentos básicos requeridos para a operacionalização de uma democracia.

3 O princípio da soberania do parlamento versus o princípio da supremacia constitucional: o surgimento das cortes políticas

3.1 O Princípio da Supremacia do Parlamento

Apesar de a Inglaterra não ter a revisão judicial dos atos do Parlamento, Tim Koopmans (2003) nos diz que *Sir Edward Coke*, ao julgar o caso *Dr. Bonham*, foi o primeiro juiz a declarar que o rei tem que agir de acordo com a lei, em 1610. Isso ocorreu quase 200 anos antes do paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, já citado aqui, que em 1803 definiu a revisão judicial americana. Mesmo com esse controle exercido pelo Judiciário sobre a Coroa, o modelo de revisão judicial não prosperou na Inglaterra. Isso ocorreu em função das conjunturas que se sucederam após o emblemático julgamento proferido por *Coke*. Vale ressaltar que, em 1688, o Rei James II dissolve o Parlamento. Guilherme de Orange (enteado de James II) desembarca com tropas holandesas e negocia com rebeldes e parlamentares depostos. A deposição de James II e a ascensão de Guilherme de Orange termina na Revolução Gloriosa, em que o Parlamento recebeu mais poderes (fruto do acordo com Guilherme de Orange) e a elaboração da Declaração de Direitos, de 1689. Koopmans (2003) atribui a força do Parlamento britânico ao sucesso da doutrina da soberania do Parlamento através de um lento processo histórico, adiante ilustrado.

As “relações entre tribunais e instituições políticas não podem ser propriamente analisadas sem uma prévia definição dos poderes das cortes no que diz respeito à lei” (KOOPMANS, 2003, p. 15)¹. No século XIX, a doutrina e a prática constitucionais britânicas se aproximaram bastante do que Koopmans chamou de “modelo parlamentarista”. Nesse modelo, a legislação adotada pelo Parlamento é suprema, ou seja, não pode ser questionada nem pelo Chefe de Estado (Rei ou Rainha), nem pelo Primeiro(a) Ministro(a), nem pelos tribunais e nem pelos cidadãos. A doutrina britânica de soberania do Parlamento incorpora a seguinte regra: ao elaborar uma lei, um Ato do Parlamento, os corpos legislativos têm a última palavra (KOOPMANS, 2003). Nenhum tribunal pode questionar a validade legal de uma lei. Segundo o autor, foi A. V. Dicey que, em 1885, na obra *An introduction of the study of the Law of the Constitution*, deu à doutrina britânica sua formulação clássica, explicando o procedimento legislativo, definindo a colaboração do Parlamento e do monarca como “A Rainha no Parlamento”, durante o reinado da Rainha Victória. Isso significa dizer que, pela soberania do Parlamento, entende-se que o Legislativo tem o direito, sob a Constituição inglesa, de fazer e revogar qualquer lei. Koopmans mostra que, após a união anglo-escocesa de 1707, houve várias tentativas de se criar uma constituição formal, o que foi rechaçado devido à incompatibilidade com a soberania do Parlamento.

Koopmans (2003) mostra que o aumento dos poderes efetivos do Parlamento na doutrina constitucional foi resultado de um desenvolvimento lento. O primeiro passo foi sob a dinastia

¹ Relations between courts and political institutions cannot be properly assessed without a prior definition of the powers of the courts with regard to legislation.

Tudor e houve dificuldade em ver como a evolução da lei poderia ser influenciada pela forma como o Rei e seus conselheiros governavam o país. A *Common Law* (Direito Consuetudinário) da Inglaterra e País de Gales e os poderes do monarca pertenciam a categorias diferentes de pensamento. Segundo Koopmans, isso mudou fortemente durante o século XVII, quando se tornou mais e mais aparente que reis começaram a fazer mais do que conduzir guerras e subjugar barões rebeldes. Na primeira parte do século, os tribunais começaram a estabelecer que o Rei não poderia, com base em seus poderes e prerrogativas, fazer qualquer alteração na lei geral do país sem o apoio do Parlamento.

O segundo passo foram os desdobramentos da Revolução Gloriosa, já ditos acima. Segundo Koopmans (2003), o terceiro passo reforçou os dois anteriores: a democratização gradual do Parlamento, que deu à doutrina da soberania do Parlamento uma medida de legitimidade democrática. Quando as responsabilidades dos ministros começaram a ser estabelecidas no início do século XIX e quando houve votações para estender direitos para novos grupos da população, a soberania do Parlamento podia ser vista como uma parte da evolução para mais democracia. Isso foi mais facilmente aceito com a adoção do sufrágio universal.

Segundo Koopmans (2003), o sucesso da doutrina da soberania do Parlamento se deu pelas concepções jurisprudenciais inglesas, teorias legais e Filosofia. De acordo com o autor, “o clima intelectual inglês sempre foi positivista. Teorias de direito natural nunca foram populares” (KOOPMAS, 2003, p. 19)². Para o autor, vários elementos ajudam a explicar essa situação. Primeiramente ele mostra que a influência da Igreja Católica e do Direito Romano foram leves, quando comparados ao continente europeu. Segundo, a habilidade dos advogados era trabalhada pela prática jurídica, não pelas Universidades. Ou seja, advogados eram formados não pela Academia, mas pelos próprios advogados, chamados de *inns of court*. Koopmans ainda relata que, ao final do século XIII, as cortes eram fiéis à doutrina do precedente segundo a qual a solução de problemas legais só pode ser encontrada buscando um caso anterior julgado sob os mesmos pontos ou similares. Assim, Koopmans (2003, p. 19) argumenta que “uma teoria como a doutrina da soberania do Parlamento só pôde prosperar por causa de seu caráter aparentemente empírico e não-especulativo”³. Argumenta ainda que esse sucesso também se deve ao fato de que o positivismo legal inglês encontrou suas fundações filosóficas nas teorias da “Escola Analítica”, no início do século XX. Ele mostra que para um dos principais filósofos dessa escola, John Austin, o conceito de lei está ligado ao conceito de soberania. Austin (1995) afirmou na obra *The Province of Jurisprudence Determined* que toda lei positiva, ou toda lei simples ou estrita, é estabelecida por um soberano ou um corpo soberano de pessoas. Koopmans afirma que a doutrina da soberania do Parlamento se encaixa perfeitamente nas afirmações de Austin. Isso teve um grande impacto porque Austin foi grande influência para advogados durante um certo período de tempo. Outra concepção importante que Koopmans destaca é que a supremacia de uma Constituição não implica necessariamente que o controle das leis, a revisão judicial, seja feito por tribunais ou uma Suprema Corte. O Parlamento é capaz de fazer isso.

² The English intellectual climate has always been positivist. Theories of natural law have never been popular.

³ A theory like the doctrine of parliamentary sovereignty could prosper because of its seemingly empirical and non-speculative character.

Koopmans argumenta que o impacto do modelo britânico foi positivo mundo afora, pois envolveu processos democráticos e baixa violência revolucionária. Ou seja, os fundamentos jurídicos e filosóficos foram gradativamente sendo construídos através de processos históricos, caracterizando desse modo uma mudança incremental.

Assim, o modelo parlamentarista britânico, baseado na soberania do Parlamento, apresenta as seguintes características: 1) não reconhece nenhuma lei superior que possa colidir com as leis elaboradas pelo Parlamento. A declaração de Direitos Humanos de 1688 tem o mesmo *status* de uma lei ordinária, assim como a Magna Carta, de 1215. A própria Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, foi incorporada ao ordenamento jurídico britânico como lei ordinária; 2) infrações à lei não podem ser apreciadas pelo Judiciário. Se houver alguma demanda, o juiz mostrará que esse é um assunto do Parlamento, e lá deve ser demandado através do seu representante; 3) os tribunais não julgarão a adequação das leis domésticas em relação ao direito internacional. Conflitos desse tipo ficam a cargo do Ministério das Relações Exteriores.

Outro ponto que Koopmans argumenta como essencial ao sucesso da doutrina da soberania do Parlamento é a sua simplicidade. Não é preciso ser advogado para entendê-la (isso não acontece em teorias constitucionais). Possui apelo popular por causa de sua conexão com os procedimentos democráticos e o corpo representativo realmente traduz os anseios populares. Entretanto, o autor admite alguns pontos fracos da doutrina, a saber: 1) Como teoria descritiva, nem sempre consegue tornar inteligível o que se propõe a explicar, principalmente quando diz respeito à integração britânica com a União Europeia e a incorporação de questões constitucionais relevantes; 2) a Convenção de Direitos Humanos, incorporada pelo direito britânico em 1998, não tem a proteção dos tribunais caso seja violada por lei ordinária; 3) a soberania do Parlamento é incompatível com plebiscitos e referendos. Entretanto, o Parlamento pode fazer a consulta popular sem natureza deliberativa e, em função do princípio da representatividade, adotar a escolha da população na formulação da legislação no Parlamento; 4) o Reino Unido pode necessitar de mais freios e contrapesos que os presentes no sistema constitucional.

3.2 O Princípio da Supremacia Constitucional

Embora tenham havido casos de juízes invalidando atos normativos, como no caso *Bonham*, em 1610, em que o juiz inglês Edward Coke colocou os princípios da *common law* acima da legislação elaborada pelo Parlamento, tendo desafiado sua soberania, foi apenas em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, que a Suprema Corte dos Estados Unidos definiu uma jurisprudência sobre não permitir que leis incoerentes com a Constituição permanecessem no ordenamento jurídico.

Diferentemente do princípio da Supremacia do Parlamento, em que não há hierarquia entre leis, na Supremacia Constitucional essa hierarquia é necessária e a Constituição tem status de lei superior, cimeira, específica, *grundnorm*, como cunhou Kelsen. Ou seja, a supremacia não reside mais no corpo legislativo ao longo do tempo, mas na grande norma, específica e elaborada por um corpo legislativo em um determinado ponto no tempo. Essa grande norma inaugura a ordem constitucional vigente, cuja Suprema Corte deve protegê-la e aplicá-la. Ou

seja, a Constituição enquanto centro normativo supremo deve ser fruto de um amplo debate na sociedade e no Parlamento, pois, a depender do seu desenho institucional, o seu núcleo principal não pode ser reformado, ou seja, fica protegido da maioria momentânea. Além da imutabilidade de seu núcleo normativo principal, há regras específicas para alterá-la (emendas), muitas das quais exigem maioria qualificada e muitas vezes, como no caso dos Estados Unidos, a emenda tem de ser ratificada por pelo menos 50% das Assembleias Legislativas dos Estados.

A supremacia da constituição tem por objetivo evitar que maiorias momentâneas modifiquem drasticamente as regras do jogo, uma vez que no princípio da supremacia do parlamento, além de não haver hierarquia entre as normas, a maioria para alterá-las é simples. O princípio da soberania do parlamento sofreu fortes abalos durante a segunda guerra mundial, quando o Governo Nazista obteve eleitoralmente a maioria das cadeiras do Parlamento dando legalidade aos atos indescritíveis praticados pelos alemães. Daí partiu a ideia de tirar do Parlamento a última palavra sobre as leis e criar uma norma universal, geral, profunda e principiológica, capaz de durar no tempo e sendo votada uma única vez por uma Assembleia Constituinte convocada exclusivamente para confeccioná-la. Essa norma, chamada de Constituição, não poderia ser totalmente alterada pelo Parlamento, cujos atos não poderiam ser contrários a ela, havendo a necessidade de um Tribunal Supremo para protegê-la das perigosas maiorias momentâneas forjadas, em boa medida, durante períodos de crise.

Depois da Áustria (1920), vários outros países no mundo adotaram algum tipo de controle de constitucionalidade que pressupõe uma Constituição e Corte supremas, como Irlanda (1922), Alemanha (1949), Itália (1950), França (1958), Suécia (1964), Grécia, Espanha e Portugal (1970), Brasil (1988) e Polônia, Hungria e República Tcheca, em 1990.

3.3 O Surgimento das Cortes Políticas

O artigo de Dahl (1957) semeou outras mentes pensantes, dentre as quais se destaca Ran Hirschl, que estudou a judicialização das grandes políticas e o surgimento das Cortes Políticas. Segundo Hirschl (2008), a Supremacia Constitucional, conceito que há muito tempo é o maior pilar da ordem política dos Estados Unidos, é compartilhado hoje por mais de cem países, da Ásia à América Latina, passando por países europeus como Alemanha, Espanha, Rússia e Turquia. Todos eles aderiram ao constitucionalismo durante suas respectivas transições democráticas. Há uma tendência global de constitucionalização em que até o Reino Unido⁴, Israel e Nova Zelândia, considerados últimos bastões da Soberania do Parlamento, aderiram ao constitucionalismo moderno. Para o autor, a maior parte desses países adotou recentemente uma Constituição ou sofreu uma revisão constitucional para incorporar direitos humanos e para introduzir algum tipo de revisão judicial. Uma das principais consequências dessas transformações tem sido a judicialização de políticas – a dependência cada vez mais acelerada de meios judiciais para abordar os principais dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas. “Armadas” com esse novo procedimento de revisão judicial, supremas cortes nacionais frequentemente são

⁴ Até o ano de 2009, o Reino Unido não tinha uma Suprema Corte, ficando a mais alta instância judicial do país a cargo de alguns membros da Câmara dos Lordes, a Casa Alta do Parlamento britânico.

chamadas para resolver um amplo leque de assuntos, incluindo liberdade de expressão e de religião, direitos de privacidade e igualdade e políticas públicas sobre propriedade, comércio, educação, imigração, trabalho e proteção ambiental.

Segundo Hirschl, é evidente a influência dos Estados Unidos, onde o legado da revisão judicial completa seu bicentenário, onde os tribunais têm um papel central no processo decisório. Em anos recentes, a judicialização da política foi além de questões jurídicas ou cooperação internacional para abranger o que Hirschl chama de grandes políticas (questões de extrema e absoluta significância política que muitas vezes define e divide os políticos). Esse alcance vai de resultados eleitorais e apoio a mudanças no regime a questões de paz e guerra e até à construção/manutenção do sistema político. De acordo com Hirschl, Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel afirmou: “nada está fora do alcance da revisão judicial; o mundo está cheio de leis, qualquer um e qualquer coisa estão sujeitos aos tribunais”.

Hirschl mostra que enquanto os constitucionalistas dos Estados Unidos têm se preocupado em limitar os poderes do Executivo em questões de guerra e terrorismo, a expansão global do poder judicial está em marcha. Para o autor, embora muitas questões ainda estejam fora do alcance dos tribunais, há uma grande deferência legislativa ao Judiciário, à crescente (e frequentemente bem-vinda) intrusão da Justiça nas prerrogativas do Executivo e do Legislativo e uma acelerada correspondência da agenda de judicialização da política. Esse desenho institucional ajudou a gerar uma grande confiança em meios judiciais para esclarecer e resolver controvérsias morais fundamentais e altos litígios políticos, transformando Tribunais nacionais em principais órgãos de decisão política.

Há muito tempo, o grande trem da judicialização já deixou a estação “Jurisprudência Jurídica”. A maior parte dos estudos ainda se baseia no modelo americano de jurisprudência e ativismo judicial. Mas esse modelo, argumenta Hirschl, não é preciso e não capta o atual cenário da judicialização das grandes políticas. Para o autor, os trabalhos que procuram explicar (não apenas descrever) a judicialização da política, por uma questão de simplificação, podem ser agrupados em quatro abordagens:

1. Funcionalistas – atribuem a judicialização da política das décadas recentes à proliferação dos níveis de governo e a emergência correspondente à ampla variedade de agências administrativas regulatórias semiautônomas (SHAPIRO; STONE-SWEET, 2002). Segundo Hirschl, de acordo com essa abordagem, os tribunais independentes munidos de revisão judicial são necessários devido à expansão da administração do Estado. Com a expansão do poder desses órgãos administrativos responsáveis por elaborar políticas públicas, eles se tornam passíveis de sofrer demandas judiciais (FEELEY; RUBIN, 1998). Alguns funcionalistas atribuem ao aspecto supranacional do Judiciário central, coordenando problemas complexos e regulando relações entre os estados membros, como no caso dos Estados Unidos.
2. Centrados no Direito – Hirschl afirma que essa corrente enfatiza a prevalência do discurso dos direitos ou a maior sensibilização para as questões de direitos. Isso acontece quando instituições judiciais são vistas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas

políticos como sendo mais respeitáveis, mais imparciais e efetivos órgãos decisórios, do que outras instituições vistas como extremamente burocráticas ou enviesadas (TATE; VALLINDER, 1995).

3. Institucionalistas – Para Hirschl, as características institucionais *ceteris paribus* são mais hospitaleiras à judicialização. Para ele, no mínimo, a judicialização da política requer: o estado democrático de direito, algum nível de legitimidade do sistema legal, relativa independência e um tribunal respeitado e dotado de alguma revisão judicial. Consequentemente, a proliferação da democracia levou a uma separação dos poderes e em alguns casos a esferas de governo (central/local). Isso também ocasionou o estabelecimento de regras procedimentais de governo e de processo decisório no qual atores políticos precisam aderir. Nesse sentido, argumenta o autor, a persistência e estabilidade do sistema requer, no mínimo, uma corte supostamente apolítica e semiautônoma para servir como árbitro imparcial em disputas relativas às regras fundamentais do jogo político. Uma ativa revisão judicial é tanto um pré-requisito quanto um subproduto de uma democracia viável em sistemas federalistas. Os modelos de revisão judicial adotados por democracias constitucionais variam em suas características procedimentais. A variação tem implicações na natureza da revisão judicial nesses países: a França tem controle *ex ante* por um Conselho Constitucional e *ex post* por um Tribunal; os Estados Unidos têm controle *a posteriori*, tido como um dos mais restritos do mundo.
4. Centrados nos Tribunais – Juízes e tribunais são as forças principais por trás da expansão do poder judicial. Essa abordagem é compartilhada por constitucionalistas que frequentemente tratam juízes não eleitos como um poder confiscado dos agentes eleitos, ilustrando a dificuldade contramajoritária ou a tensão entre princípios democráticos de governo e revisão judicial. Tanto liberais quanto conservadores acusam juízes de gananciosos pelo poder e Cortes de imperialismo ao expropriar a Constituição, sendo muito agressivos ou ultraenvolvidos em decisões políticas e morais, desconsiderando assim o princípio da separação de poderes e governança democrática (TUSHNET, 1999; BORK, 2002; KRAMER, 2004; WALDRON, 2006).

4 O modelo brasileiro: “supremocracia”?

Aliomar Baleeiro (parlamentar, constituinte, professor de direito e ministro do STF) e José Pedroso publicaram, em 1968, um livro intitulado “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”. Hoje, esse título não corresponde de forma alguma à realidade, como também salientou o autor do termo “Supremocracia”, Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 442), ao dizer que

O título desta obra clássica de nosso Direito Constitucional não poderia estar em maior descompasso com a proeminência do Supremo Tribunal Federal no cenário político atual. Raros são os dias em que decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros,

seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura.

Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com a sua atuação passada.

O termo “Supremocracia” foi cunhado por Oscar Vilhena Vieira (2008) e tem dois sentidos. O primeiro refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Judiciário. O segundo refere-se à expansão da autoridade do Supremo em relação aos demais poderes. Em relação ao primeiro sentido, Vieira pontua que, embora criado em 1891, o STF sempre teve dificuldade em impor suas decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade sobre as instâncias inferiores. Ou seja, as decisões da mais alta Corte do país não eram vinculadas.

Apenas em 2005, com a adoção da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões (VIEIRA, 2008, p. 445).

Sobre o segundo sentido do termo, o autor relata que colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é uma ideia nova, pois “[...] o próprio Pedro II, no final do seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington” (VIEIRA, 2008, p. 445). Antes da Constituição de 1988, que deslocou o STF para o centro do desenho institucional,

O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo.

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja a única que partilhe o *status supremocrático* do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista (VIEIRA, 2008, p. 445).

Vieira também chama atenção para o fato de que o STF tem se afastado do modelo tradicional legislador negativo, delineado por Hans Kelsen (2003), quando justificou a necessi-

dade de cortes constitucionais na Europa, após montar o modelo de controle concentrado de constitucionalidade da Áustria, em 1920.

Mas por que o STF se tornou protagonista no processo decisório? Quando os americanos criaram o controle difuso de constitucionalidade, com efeito vinculante (*stare decisis*), dando à Suprema Corte a prerrogativa de excluir do ordenamento jurídico qualquer ato ou norma em desconformidade com a Constituição, através do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, nenhum outro país do mundo havia pensado em incluir juízes no processo decisório. O modelo até então vigente era o da Supremacia do Parlamento. O próprio Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, referia-se ao Judiciário como um poder praticamente nulo na arena política. Foi na Áustria de 1920 que Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um debate acerca do papel do Judiciário na arena política. Após a queda da realeza e o estabelecimento da república austríaca, Kelsen sabia que o Judiciário, nomeado pela realeza permaneceria fiel a ela, exigindo a criação de um Conselho Constitucional (ao qual cabia o controle concentrado de constitucionalidade) com membros eleitos pelo Parlamento. Carl Schmitt defendia que esse controle deveria ser exercido por um órgão judicial. Kelsen venceu o debate e a Áustria implantou o primeiro órgão responsável pelo controle direto de constitucionalidade, ou seja, não sendo necessário passar pelas instâncias inferiores da judicatura (modelo americano).

Ernani Carvalho (2007) narra esse debate mostrando que os austríacos estavam indecisos entre criar um modelo tão forte quanto o dos americanos ou permanecer sem controle algum de constitucionalidade, nascendo o modelo kelseniano, tido como um modelo mais fraco. Os constituintes brasileiros optaram nem por um nem por outro modelo, mas por um tipo híbrido mesclando ambas as características. Assim há o modelo difuso em que qualquer cidadão lesado por caso concreto pode ajuizar ação questionando ato ou norma perante o juiz de primeiro grau, cujos efeitos são limitados a ele (a não ser que o Senado Federal dê efeito *erga omnes*, através de uma Resolução) e o modelo concentrado em que nove categorias⁵ de atores podem ajuizar ação quando ato ou norma em tese (abstratamente) venha a ferir a constituição.

Não satisfeito com as nove categorias de atores, o poder constituinte originário criou diversas ações exclusivas desses atores como a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (contra lei ou ato normativo estadual ou federal da ordem constitucional vigente), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADO (mesmas características da ADI, porém contra omissão do Executivo e/ou Legislativo em legislar sobre matéria cuja Constituição determina que seja legislada) e a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (materialmente mais restrita que as ações anteriores, a ADPF se restringe tão somente a normas fundamentais, e só pode ser impetrada caso não haja outra forma de sanar a suposta lesão constitucional. Também pode ser impetrada contra legislação anterior à Constituição de 1988 e contra ato do Poder Público municipal). Não satisfeito com esses mecanismos, o legislador conseqüente à constituinte criou, em 1993, por Emenda Constitucional, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que excluía partidos políticos, sindicatos, governadores,

⁵ Presidente da República, Mesa Diretora do Senado Federal, Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, Mesa Diretora de Assembleia Legislativa dos Estados (e Distrito Federal), Governador de Estado (e do Distrito Federal), Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, Partidos Políticos com representação no Congresso e Sindicatos e Associações de classe de âmbito nacional.

assembleias legislativas e a OAB como atores legítimos para impetrá-la, e só podia contestar ato ou norma federal. Essa restrição só caiu após a Emenda Constitucional 45/2004. Esses mecanismos processuais combinados com as categorias de atores que podem utilizá-los deram ao STF a possibilidade de ser protagonista no processo decisório, o que ele tem feito com certa frequência, de acordo com Vieira (2008).

5 Considerações finais

Além da discussão teórica entre a Soberania do Parlamento e a Supremacia da Constituição, entender os arranjos institucionais sob os quais esses dois elementos funcionam de maneira mais adequada é fundamental para uma compreensão mais robusta. Essa discussão mais empírica foi bem explorada por Lijphart (2003) quando analisou 36 democracias associando suas características institucionais de forma bidimensional, estabelecendo dois modelos democráticos: um é de natureza majoritária, com parlamentos unicamerais, agenda legislativa dominada pelos parlamentares, estados unitários, sistemas eleitorais distritais e bipartidarismo. A natureza institucional desse tipo de modelo dispensa a revisão judicial e, por consequência, a necessidade de uma Suprema Corte. Como o modelo majoritário é mais adequado a sociedades mais homogêneas, em que os pontos de tensão são mais moderados que em sociedades heterogêneas, não há necessidade de duas câmaras legislativas, uma vez que o país não é uma federação, cujo poder está descentralizado e desconcentrado. Assim, o Parlamento é mais compacto, principalmente pelo bipartidarismo proporcionado pelo sistema *first-past-the-post*. Dentro dessa combinação institucional, não faz o menor sentido que o Judiciário diga ao Parlamento o que ele deve ou não fazer. Mas a característica principal que fulmina a necessidade de uma Corte Cimeira é o fato de não haver hierarquia das normas jurídicas, ou seja, o Parlamento pode alterar qualquer legislação por maioria absoluta.

Já o outro modelo, de natureza consensual, é mais adequado a sociedades heterogêneas, principalmente aquelas com mais de uma etnia, mais de uma língua, cujas diferenças e divergências também se traduzem em espaço geográfico, sendo necessário haver descentralização do poder central através de unidades federativas, que por sua vez implica uma segunda Casa Legislativa. Para abarcar as divergências políticas é mais adequado um sistema proporcional, cuja tendência é a de muitos partidos. Logo, com duas Casas Legislativas (bicameralismo) e partidos representando os mais diversos interesses (e em alguns casos como na Bélgica, falando línguas diferentes), fica difícil um partido conseguir a maioria mínima para estabelecer o governo. Por isso a necessidade de haver consenso e criação de coalizões minimamente governativas. Porém, a fragmentação das forças políticas e as fortes divergências entre elas exigem que, em um determinado ponto no tempo, elas cheguem a um consenso para a construção das regras do jogo através de um contrato formal e escrito, ao qual se dá o nome de Constituição, que pressupõe hierarquia entre ela enquanto norma cimeira e as demais leis, cujo quórum de modificação exige maiorias qualificadas.

Na Constituição, devem constar os princípios e garantias fundamentais minimamente necessários para haver harmonia e coesão social, contemplando os divergentes grupos na proteção

de direitos e na garantia de exercício da cidadania. A necessidade de uma norma hierarquicamente superior e mais difícil de ser alterada quando comparado ao modelo majoritário demanda proteção, não pelo Parlamento multipartidário e de duas casas legislativas, mas por um corpo político autônomo e neutro (numa concepção kelseniana) capaz de proteger a Constituição de eventuais maiorias momentâneas. Esse corpo pode ser formado por juízes (como nos Estados Unidos) ou por um misto de políticos e juristas (França), contanto que retire do Parlamento a última palavra sobre o processo decisório, que não cabe à vontade soberana dos parlamentares, mas ao texto escrito na Constituição, de interpretação definitiva pela Suprema Corte ou seu equivalente.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*. v. 113, n. 3, p. 633-725, 2000.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Rumble Ed., 1995.

BALEEIRO, Aliomar; PEDROSO, José. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BORK, Robert. H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*. Toronto: Vintage Canada, 2002.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no Direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, p. 161-179, 2007.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Role of the Supreme Court Symposium*, n. 1, 279-295, 1957.

FEELEY, Malcolm; RUBIN, Eduard. *Judicial policy making and the modern State: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, 1998.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political Courts. *The Annual Review of Political Science*. v. 11, p. 93-118, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University. Press, 2004.

LIJPHART, Arendt. *Modelos de democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. *On law, politics, and judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

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

Conexão Política, Teresina v. 4, n. 1, 65 – 79, jan./jun. 2015

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV. v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. n. 115, p. 1346-1360, 2006.