



Matheus Nóbrega: Entre a supremacia judicial e a soberania popular

Até a primeira metade do século XX, boa parte dos Estados nacionais rechaçava o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. No geral, a jurisdição constitucional era considerada extremamente antidemocrática e, especialmente na Europa, contrária à noção predominante de supremacia do parlamento. Após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, sob a égide de governos totalitários que contaram com amplo apoio popular, é que se consolidou a necessidade da criação de sistemas jurídicos aptos a garantir a proteção de minorias contra as majorias de ocasião. Tais construções político-institucionais deveriam privilegiar tanto o ideal democrático como a proteção de direitos fundamentais, o que favoreceu a criação de órgãos judiciais com a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis.

O processo relatado também apresentou outras facetas, como a progressiva centralidade que as cartas constitucionais adquiriram nos sistemas jurídicos, passando a contar com força normativa própria e com princípios que irradiam sua influência por todo o ordenamento. De todo modo, esse desencadeamento histórico disseminou, na maioria das estruturas jurídicas atuais, um modelo que conjuga duas formulações em constante colisão: o constitucionalismo, movimento de limitação do poder estatal e determinação de direitos individuais, nascido com as revoluções liberais francesa e americana no século XVIII; e a democracia, regime de tomada de decisões pelas majorias numéricas, desenvolvido na Grécia Antiga e fortalecido no início do século XX, com a extensão do direito de participação política às mulheres e às classes sociais menos favorecidas. Tal modelo, conhecido como constitucionalismo democrático, possui tensões intrínsecas ao seu funcionamento. Se cabe ao parlamento, por maioria, deliberar sobre as questões essenciais da nação, lhe é defeso legislar em dissonância com a Constituição e com os direitos das minorias. Assim, em algumas situações, abre-se a possibilidade de uma corte não submetida ao escrutínio das urnas invalidar leis editadas e sancionadas pelos poderes políticos por excelência, nesta ordem, o Legislativo e o Executivo.

Essa conjuntura acarreta a denominada “dificuldade contramajoritária”, fundamento principal das posições doutrinárias que ainda rejeitam^[1] o controle judicial de constitucionalidade, especialmente no cenário americano, onde inexistia permissão constitucional expressa para a prática. Todavia, não se pode ignorar que esse mecanismo é hoje adotado na maioria absoluta dos países democráticos. Mesmo o Canadá e o Reino Unido, historicamente avessos ao instituto, admitem atualmente variações do chamado “controle fraco de constitucionalidade”. No Canadá, as decisões da Suprema Corte sobre a inconstitucionalidade de leis geram efeitos imediatos, mas são superáveis por eventual maioria legislativa ordinária, dessa vez vinculando o Poder Judiciário. Já no Reino Unido, as decisões de incompatibilidade com o Human Right Act dependem da aprovação do parlamento para se tornarem efetivas, mas, devido à respeitabilidade da incipiente Suprema Corte perante a opinião pública, essas confirmações têm ocorrido. Por todo o exposto, defendo que o cerne sobre a discussão acerca do *judicial review*, especialmente no contexto brasileiro, não é mais a sua viabilidade — prevista pelo constituinte originário de 1988 —, mas como essa prerrogativa deve ser exercida e quais são os seus limites. É o que passo a perquirir.

Como é cediço, difundiu-se no Direito pátrio a compreensão de que haveria uma supremacia judicial na interpretação da Carta Política, em virtude de o artigo 102, *caput*, da Lei Fundamental atribuir ao STF o



status de guardião das suas normas. Contudo, embora o Supremo — por razões de segurança jurídica — detenha a prerrogativa de decidir por último nos casos específicos sob sua jurisdição, suas deliberações não necessariamente encerram a discussão constitucional e tampouco dispõem de legitimidade *per se*. Com efeito, a única supremacia admitida no Estado Democrático de Direito é a da Constituição, que obriga igualmente a todos os Poderes da República e aos cidadãos.

A respeito do caráter não definitivo das manifestações do STF na interpretação constitucional, vale lembrar que os julgamentos proferidos nas ações de controle abstrato — ADI, ADC, ADO e ADPF — jamais vinculam o Poder Legislativo, contra o qual a autoridade dessas manifestações perde seu caráter *erga omnes* (artigo 102, parágrafo 2º). Assim, afigura-se juridicamente possível ao Congresso Nacional editar leis com conteúdo idêntico ou semelhante a outros diplomas já reconhecidos inconstitucionais pelo Supremo. Tais normas gozam de presunção de constitucionalidade como quaisquer outras, devendo eventual apreciação judicial de sua validade considerar as possíveis mudanças fáticas e jurídicas ocorridas desde o julgamento anterior.

Ademais, a resposta legislativa pode vir igualmente através de mudanças no texto constitucional, situação em que o próprio parâmetro de controle é alterado pela maioria qualificada exigida à sua modificação (3/5 dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos de votação). Embora o Supremo reconheça-se competente para extirpar do ordenamento jurídico emendas à Constituição tendentes a abolir as cláusulas pétreas dispostas na Carta Magna, a análise judicial de quais normas estariam contidas no rol do artigo 60, parágrafo 4º, da CF reclama uma interpretação restritiva — ou pelo menos literal — de modo a evitar um engessamento constitucional capaz de subtrair das gerações posteriores ao constituinte originário a mínima capacidade de autodeterminação. A valer, as duas hipóteses referidas inserem-se na ampla liberdade de conformação conferida ao Poder Legislativo, cuja função típica de legislar engloba a eventual superação das decisões proferidas no *judicial review*.

Por outro lado, as deliberações do STF não possuem legitimidade *per se*. É dizer: conquanto haja permissão formal expressa para a corte máxima pronunciar-se sobre qualquer embate constitucional que lhe seja processualmente submetido, as suas decisões apenas se revelam legítimas quando comprovam, com argumentação devidamente fundamentada, a(s) incompatibilidade(s) existente(s) entre a norma questionada e a Constituição. Deveras, em Estados Democráticos há discussões controversas que geram desacordos morais razoáveis: duas pessoas de boa-fé podem divergir razoavelmente acerca de assuntos como a permissão da eutanásia, a legalização da maconha ou a liberação dos jogos de azar. Tais temas têm em comum a ausência de disciplina própria na nossa Constituição. Nesses casos, permitir que seis ministros desafiem a política majoritária consubstanciada em lei, utilizando-se de princípios com pouca densidade normativa como o da proporcionalidade, ou cuja abrangência *prima facie* seja demasiadamente ampla como o da dignidade da pessoa humana, soa profundamente ilegítimo. Tamanha liberdade esvaziaria a esfera de atuação do parlamento, desestimulando o papel cívico de reivindicação perante os mandatários da República. E aqui não cabe invocar a função contramajoritária do STF, que jamais pode ser desempenhada para substituir o espaço da política diante de duas opções constitucionalmente permitidas.

Há ainda determinados assuntos sobre os quais o Judiciário, pela sua própria natureza, carece de conhecimentos específicos para enfrentar. Presume-se que ministros da suprema corte possuam notável saber jurídico, mas não lhe são exigidas, por exemplo, compreensões aprofundadas sobre a regulação da



economia ou do setor de aviação civil. Para disciplinar esses temas, há instituições com maior expertise, como o Banco Central e as agências reguladoras. Por isso é que, ao exercer a jurisdição constitucional nos casos que demandem conhecimento técnico, o STF deve considerar a questão das capacidades institucionais, aqui entendida como as “distintas habilidades e limitações”^[2] conferidas a cada ente na sua atuação prática, inclusive ao próprio tribunal. Desse modo, longe de centralizar a discussão, ao Supremo incumbe trazer as instituições especializadas para o debate e, salvo ameaças cabais à ordem constitucional, priorizar posturas de autocontenção judicial.

Por fim, destaco um argumento de ordem prática contra o mencionado conceito de supremacia judicial: enquanto o parlamento faz reformas completas nas diversas legislações, procedendo ao exame global dos diferentes âmbitos discutidos, as decisões das cortes constitucionais possuem maior propensão a gerar incongruências normativas, porquanto esses órgãos dispõem de faculdades limitadas de ação, tais como a pontualidade das suas intervenções e a vinculação objetiva ao pedido. Essa tendência se potencializa na suprema corte brasileira, cujo modelo de julgamento “*seriatim*”, composto da sobreposição dos votos individuais de cada membro do colegiado, não raro produz resultados ambíguos. Todos esses fatores elencados contribuem para a propagação de efeitos sistêmicos indesejados resultantes das deliberações do Supremo.

Aqui impõe-se um esclarecimento: as razões expostas não objetivam desqualificar a atuação da corte máxima, mas demonstrar que uma jurisdição constitucional monopolizadora suscita diversas disfunções. Assim, deve-se preferir soluções que propiciem diálogos institucionais e sociais permanentes. Em relação ao povo, destinatário final dos comandos impostos pela Constituição, importa democratizar suas vias de acesso ao processo objetivo de controle. Nesse quesito, a não admissão de *amicus curiae*, pelo ministro pelator, apenas por vislumbrar uma divergência de posição sobre a questão de fundo é digna de censura, por impedir a pluralização do debate. Há de se revisar, também, as limitações jurisprudenciais quanto aos legitimados ativos para a propositura das ações constitucionais, como a exigência de que as entidades de classe pertençam a categorias econômicas ou profissionais, excluindo do debate setores importantes da sociedade civil organizada. Já em relação às legislações aprovadas com a participação dos cidadãos, como as que decorrem de referendo e plebiscito, ou ainda as oriundas de iniciativa popular e das comissões de participação legislativas, entendo que o Supremo dispõe de um ônus argumentativo maior na análise de possíveis inconstitucionalidades, em virtude de sua redobrada legitimidade democrática.

Impende ainda alertar para decisões judiciais expressamente contrárias à Carta Magna. É preocupante a narrativa — já adotada na ADI 3.470^[3] (que trata da comercialização do amianto) — de que o artigo 52, X, da CF sofreu mutação constitucional e o Senado Federal passou a ser responsável apenas por tornar públicas as decisões do Supremo no controle difuso. O problema, esclareço, não reside no mérito da questão debatida, mas na possibilidade de uma instituição concebida pela própria Constituição decidir em desacordo com seu conteúdo expresso. Também injustificada é a superveniência, em sede de controle abstrato, de decisões manipulativas que adicionam palavras ou modificam expressamente dispositivos legais. Agindo assim, o STF atua como legislador positivo fora da única via constitucionalmente adequada para tanto: a edição de súmulas vinculantes por decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional (artigo 103-A).

Além de todo o exposto, apresento um *standard* geral para o exercício do *judicial review* pelo STF. John



Hart Ely, na sua obra *Democracy and Distrust*^[4], atribui à suprema corte a tarefa de desobstruir os canais de participação política, agindo para aperfeiçoar o processo de tomada de decisões democráticas pelos órgãos competentes. Considerando que a nossa lei fundamental é analítica e apresenta diversos enunciados com textura aberta e sem delimitação semântica, advogo que, na falta de violação categórica ao texto constitucional, a atuação geral do STF deve, como sustenta o citado doutrinador, respaldar as escolhas dos órgãos politicamente responsáveis quando realizadas através dos procedimentos apropriados. Na minha concepção, portanto, essa função desobstrutiva envolveria o combate às inconstitucionalidades formais na elaboração das leis e também a promoção da regularidade do jogo político no seu aspecto qualitativo. Como exemplo de uma atuação nesse sentido, temos o estabelecimento dos ritos do processo de *impeachment* do presidente da República (ADPF 378), sem o Supremo adentrar no mérito da acusação posta.

Oportuno, aqui, uma advertência final. Os *standards* propostos não devem ser confundidos com a defesa de um comportamento do STF limitado a visões procedimentais. Com efeito, nos casos que envolvam direitos fundamentais, proteção de minorias e o resguardo das normas elementares de organização política, estaria o tribunal legitimado a agir substancialmente com um maior grau de autonomia interpretativa. Essas três hipóteses sintetizam os valores estruturantes do contexto histórico que inaugura a ordem constitucional e, portanto, ensejam uma atuação mais proativa da corte. Com efeito, o desempenho do Supremo nessas áreas vem gerando bons resultados, tais como o reconhecimento da união estável homoafetiva, a permissão de biografias não autorizadas e a legitimação das ações afirmativas.

É preciso, assim, separar o “joio” do “trigo” em matéria constitucional, conciliando uma eficaz proteção de direitos com a necessária abertura à construção coletiva do melhor sentido das normas constitucionais. Assim, na ausência de inconstitucionalidades flagrantes ou de alguma das três hipóteses supracitadas, o Supremo deve priorizar uma postura mais deferente aos poderes eleitos, que também interpretam autenticamente o texto constitucional e, ademais, gozam da soberania popular conferida aos seus representantes.

É natural que em contextos institucionais marcados pela corrupção generalizada e pelo alto índice de rejeição dos parlamentares, a jurisdição constitucional surja como alternativa moralizadora para a alteração dos *locus* tradicionais de decisão. Não se pode olvidar, todavia, que a cúpula do Judiciário é fruto desse mesmo sistema político e, em maior ou menor grau, também está sujeita às suas ingerências. Ainda há muito a ser conquistado, e o Poder Judiciário não pode ser o único farol a “iluminar” nosso trajeto civilizatório.

[1]

<https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Waldron.Core%20Case%20Judicial%20Review%20Y>

[2]

[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1)

3]

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensalnovembro2017.pdf>

[4] ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge and London:



Harvard University Press, 1980.

Date Created
19/04/2018