

Riscos e ameaças decorrentes das tensões entre a Justiça Constitucional e os demais Poderes

Rodrigo Capez¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

As tensões entre a Justiça Constitucional e os demais Poderes fazem parte da fisiologia, do normal funcionamento das instituições. A matriz dessas tensões é a concepção de que nenhuma função deve ser atribuída plenamente a uma instituição, de modo que o poder sempre venha a ser contido pelo poder.

Como observa José Levi Mello do Amaral Júnior com base em Montesquieu, para coibir o seu abuso, prescreve-se um mecanismo institucional em que “o poder freie o poder” (“*le pouvoir arrête le pouvoir*”).²

Natural, portanto, o surgimento de fricções ou impasses fisiológicos no exercício da jurisdição constitucional cuja superação pressupõe a atuação harmônica dos Poderes, pedra de toque do regular funcionamento do sistema.

As fricções ou impasses, que denominaríamos patológicos, derivam do extravasamento da esfera de atuação da jurisdição constitucional e da conseqüente invasão da esfera de domínio de outro poder, com o potencial de interferir no baricentro da separação de poderes e, no limite, conduzir ao desabrido descumprimento de uma decisão judicial, por sua não aceitação pelo Poder que dela seja destinatário.

Há que distinguir, portanto, o legítimo exercício da jurisdição constitucional, papel precipuamente reservado ao Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição Federal, justificador da imposição de eventual restrição à atividade legiferante do Parlamento ou de glosa às opções do Executivo, de seu exercício à margem dos parâmetros constitucionais, que importe usurpação da liberdade política de conformação do legislador ou de atuação do administrador.

¹ Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça.

² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de “O espírito das leis”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53, 2008.

Ao legislador se reconhece-se ampla liberdade de conformação na edição de normas jurídicas, respeitadas os limites formais e materiais constitucionalmente impostos, pois a Constituição é um parâmetro material intrínseco dos atos legislativos.³

Robert Alexy afirma que “aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador”, que apresenta três tipos: i) discricionariedade para definir objetivos; ii) discricionariedade para escolher meios, e iii) discricionariedade para sopesar.⁴

O Parlamento, portanto, tem competência para configurar ou conformar as disposições constitucionais e a faculdade de escolher o conteúdo das leis, dentre um amplo número de alternativas de ação. Representa, ainda, o órgão que, em princípio, deve solucionar as colisões de direitos fundamentais e harmonizar as diversas exigências normativas que emanam da Constituição.⁵

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, materialmente restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios: quando dois princípios, cujo suporte fático é amplo, colidem, a solução desta colisão sempre implica uma restrição a, pelo menos, um deles, que se expressa, geralmente, por meio de uma regra prevista na legislação infraconstitucional.⁶

Assim, o legislador, ao editar regras que proíbam uma conduta que é permitida, *prima facie*, por um direito fundamental, ou que autorizem uma ação estatal que importe na restrição da proteção que um direito fundamental, *prima facie*, garante, realiza um sopesamento entre princípios cujo resultado é a edição da regra restritiva.⁷

Essa regra que restringe um direito fundamental, resultado de um sopesamento de princípios, e não da mera conveniência do legislador, está sujeita ao controle jurisdicional de sua constitucionalidade, de acordo com a regra da proporcionalidade.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 240.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 584-585.

⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 498-499.

⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 141-143. O autor cita a regra do art. 76 da Lei nº 8.069/90 como produto do sopesamento entre dois princípios (liberdade de imprensa e proteção da criança e do adolescente), realizado pelo legislador.

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 141-143.

Nesse particular, como anota Gilmar Ferreira Mendes, “é possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno”, cuidando-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou sua conformidade com a regra da proporcionalidade.⁸

De todo modo, como pondera Luis Prieto Sanchís, cumpre ter prudência na aplicação da proporcionalidade, haja vista que, por força da separação dos Poderes, não se pode jugular a soberania política do Parlamento e sua legitimidade democrática. Isso não significa renunciar a um controle de constitucionalidade de ordem material nem outorgar ao legislador discricionariedade política absoluta, o que importaria a criação de uma “lacuna de constitucionalidade”, mas, sim, validar opções políticas legítimas.⁹

Eis aqui, a nosso ver, o núcleo das tensões entre a jurisdição constitucional e os demais Poderes, qual seja, a possibilidade de controle judicial das opções políticas fundamentais do Legislativo e do Executivo, o que remete a duas relevantes questões: a jurisdição constitucional é essencialmente jurídica ou política? Como estremar um âmbito de atuação de outro?

Robert Dahl, referindo-se à Suprema Corte americana, aduz que compreendê-la como uma instituição unicamente jurídica seria subestimar sua importância no sistema político, haja vista tratar-se de uma instituição política destinada a tomar decisões sobre questões políticas nacionais polêmicas. A seu ver, a principal tarefa da Suprema Corte é conferir legitimidade às políticas básicas de grupo político que detenha a chefia do Poder Executivo e o controle da maioria no Legislativo.¹⁰

Essa concepção da Suprema Corte como esteio das opções políticas de um “presidencialismo de coalizão”, a nosso ver, importa grave ameaça à separação e à independência entre os poderes e, mais ainda, à própria supremacia da Constituição, haja vista que se o seu guardião pudesse se associar aos demais poderes para legitimar incondicionalmente suas opções políticas de pouca valia seria o texto constitucional.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 311-312. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 217.

⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2009. p. 288.

¹⁰ DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. *Journal of Public Law*, Atlanta, n. 6, p. 279-295, 1957.

Para Jerzy Wróblewski, a Constituição é um ato normativo dotado de caráter político extremamente pronunciado, em razão de sua gênese, de seu conteúdo e de sua função, o que explica o fato de as instituições incumbidas do exercício do controle de constitucionalidade estarem tão estreitamente vinculadas a questões políticas gerais. A seu ver, a interpretação constitucional imanente ao exercício dessa função controladora é política em ao menos dois aspectos: i) quando garante a observância de regras constitucionais dotadas por si só de caráter político e ii) quando as decisões interpretativas determinam os assuntos politicamente relevantes.¹¹

Peter Häberle, ao tratar da atuação do Tribunal Constitucional alemão na função de garantia e de atualização da “*Constituição como contrato social*”, aduz que, “no jogo recíproco de tradição e transformação, de mudança e conservação”, em que se sucedem períodos de *judicial activism* e de *self-restraint*, o tribunal é, indiscutivelmente, uma força política, e “todo o mais é autoengano”.¹²

Como observa Neil MacCormick, o direito não é hermeticamente isolado da moral e da política. “Os tribunais não são, nem deveriam ser, imunes a desdobramentos na opinião política (o que não equivale a dizer que não haja razões extremamente boas pelas quais deveriam evitar diligentemente tomar partido em áreas da controvérsia político-partidária)”.¹³

Entenda-se ou não a Corte Constitucional como uma força política, devem ser traçados os limites da vinculação jurídico-constitucional do legislador e do administrador e, por via de consequência, os limites do controle – *ou do juízo de valor*¹⁴ – a ser exercido pela jurisdição constitucional sobre a legitimidade das opções políticas dos demais Poderes.

De acordo com Michael Seidman, a Suprema Corte americana nunca desenvolveu – *nem teria condições de fazê-lo* – regras

¹¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985. p. 112-113.

¹² HESSE, Konrad; HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. México: Porrúa, 2011. p. 113.

¹³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 308.

¹⁴ Segundo Norberto Bobbio, enquanto o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que sua formulação tem apenas a finalidade de informar, de comunicar uma constatação, o juízo de valor representa, diversamente, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação tem por finalidade não informar, mas, sim, influir sobre o outro, isto é, fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.).

constitucionais que controlassem os julgamentos políticos que regularmente realiza.¹⁵

A propósito, Konrad Hesse aduz que a jurisprudência tem efeitos ordenadores, racionalizadores e estabilizadores.

Tem muito em comum *com a legislação*. Todavia, lhe falta o elemento político da legislação. O Direito judicial não surge no processo de formação da vontade política; não pode, por isso, substituir o Direito surgido no processo legislativo democrático e não está democraticamente legitimado na mesma medida em que o Direito adotado pelo Parlamento.¹⁶

Ao tratar especificamente da jurisdição constitucional, Konrad Hesse demonstra os seus pontos de contato com as funções de direção e de conformação políticas, pois a Corte Constitucional tem de decidir, com mais frequência que outras jurisdições, questões de impacto político e que podem produzir efeitos políticos notáveis. Aponta ainda que as decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional podem aproximar-se de decisões políticas na medida em que não sejam deduzíveis de regras claras, mas, sim, de parâmetros amplos e indeterminados da Constituição. De toda sorte, pondera Konrad Hesse, “[essas características não lhes retiram o caráter de questões jurídicas nem privam as decisões do caráter de uma decisão jurídica”. Logo, “suas decisões não são decisões políticas disfarçadas que estão em contradição com a essência da verdadeira jurisprudência e devam por isso conduzir à politização da justiça.”¹⁷

Nesse contexto, prossegue Konrad Hesse, “[...] el Tribunal Constitucional no puede sustituir sin más sus valoraciones por las del legislador, además que la amplitud e indeterminación del parámetro de control frecuentemente puede dejar espacio para diferentes valoraciones. [...]”¹⁸

¹⁵ SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Chicago, n. 37, p. 477, 2004.

¹⁶ HESSE, Konrad; HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. México: Porrúa, 2011. p. 64.

¹⁷ Idem, op. cit., p. 72-73.

¹⁸ HESSE, Konrad; HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. México: Porrúa, 2011. p. 75.

A nosso ver, o grande risco para um regime político democrático que se pretenda amparado numa relação de independência e harmonia entre os Poderes deriva da substituição das valorações do legislador e do administrador pelas valorações próprias dos juízes constitucionais.

Ao Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição Federal, compete dar a resposta definitiva¹⁹ na interpretação do texto constitucional, mas o monopólio da última palavra pela jurisdição constitucional não pode importar na usurpação das funções legislativa e executiva.

De fato, observa Keith Bybee, é difícil distinguir o juiz comprometido em basear suas decisões em normas jurídicas do juiz que as ancora em suas preferências políticas; ambos podem publicamente enquadrar e explicar suas decisões em termos legais e até chegar ao mesmo resultado. De toda sorte, a confiança no Poder Judiciário depende não apenas dos resultados atuais das decisões dos tribunais, mas da habilidade dos juízes de transmitir a impressão de que suas decisões são guiadas pela impessoalidade da norma legal. Na substância e na aparência, espera-se que os juízes decidam os casos baseados na lei, nos fatos e nos argumentos que lhes forem apresentados.²⁰

Além da usurpação das competências legiferante e administrativa conduzir à emasculação dos Poderes Legislativo e Executivo, o exercício atípico destas funções pelo Poder Judiciário atrai para a jurisdição constitucional, com todos os ônus correspondentes, uma responsabilidade política que deveria ser própria dos titulares de mandato eletivo.

Judith Shklar anota que, ordinariamente, espera-se que os tribunais interpretem a lei, e não que a alterem, de modo a evitar uma aparência de arbitrariedade, o que não depende apenas do comportamento dos juízes, mas, sobretudo, da forma como a sociedade percebe e reage à sua atuação.

Na Inglaterra, devido à aceitação da soberania do Parlamento, o Judiciário não se expõe a controvérsias na extensão em que isso ocorre na América.

¹⁹ Segundo Aulis Aarnio, a resposta definitiva é condição necessária para que qualquer sistema jurídico funcione corretamente, uma vez que “o uso do poder legal pressupõe que, em um determinado estado do procedimento legal, o sistema produza uma resolução com força executiva para o caso”. Ela não é, necessariamente, a resposta correta e, muito menos, a única resposta correta, conceitos que envolvem “determinados critérios formais e materiais de correção”. AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010. p. 10.

²⁰ BYBEE, Keith J. *All judges are political – except when they are not: acceptable hypocrisies and the rule of law*. Stanford: Stanford Press University, 2010. p. 23-24.

Aqui, a natureza das questões levadas aos tribunais e a ampla margem de escolhas disponíveis colocam o Judiciário no centro das grandes batalhas políticas da nação.²¹

Na precisa observação de Perfecto Andrés Ibáñez, as conjunturais relações de força no Parlamento podem impedir que, por razões políticas, se alcancem acordos que possam plasmar-se em disposições legais dotadas de desejável grau de clareza, univocidade e coerência interna. Em razão desse déficit de consenso, “ou por pura e calculada indecisão da maioria”, delega-se à jurisdição constitucional a pacificação dessa questão, “com sua conflitividade mais ou menos intacta”.²²

No mesmo sentido, Alejandro Nieto aduz que a judicialização da política, que encontra correlação na politização da justiça, deriva da renúncia dos demais poderes constitucionais a resolver conflitos, que se trasladam para a jurisdição, ainda que esta não seja a sede mais adequada para abordá-los, uma vez que os juízes deveriam decidir segundo parâmetros legais, e não políticos. “Para resolver tecnicamente essa mudança de foro, torna-se imprescindível se proceder a uma mutação prévia, transformando em jurídico o originalmente político, com o que se legitima formalmente o tribunal que irá intervir”. Assim, põe-se em marcha, em suas palavras, “a falácia do processo como pretexto”, e o Poder interessado (Executivo ou Legislativo) não atua, valendo-se do pretexto de que a questão se encontra nas mãos do juiz.²³

Esse deslocamento artificial do poder mina a possibilidade de um legítimo diálogo institucional entre a jurisdição constitucional e os demais Poderes e, uma vez mais, agrava o risco de comprometer sua legitimidade, na medida em que a sociedade avalie que suas decisões sejam políticas, e não propriamente jurídicas.

Para Anne Meuwese e Marnix Snel, o diálogo constitucional pode ser visto como: a) uma lente para rever os atuais arranjos constitucionais, de modo a reconsiderar os papéis constitucionais e a divisão de poderes, em busca de novas soluções para dilemas constitucionais, ou b) um método, um modo de organizar os processos públicos de tomada de decisão, para impor ou não novas regras (“*the desired rules of the game*”).²⁴

²¹ SHKLAR, Judith N. *Legalism – law, morals and political trials*. Cambridge: Harvard University Press, 1964. p. 12.

²² IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2007. p. 109.

²³ NIETO, Alejandro. *El desgobierno judicial*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 256-257.

²⁴ MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. *Constitutional dialogue: an overview*. Utrecht Law Review, Utrecht, v. 9, p. 135, 2013.

Referidos autores estabelecem a igualdade entre os parceiros dialógicos (“*equality between dialogic partner*”) como uma das premissas do diálogo constitucional, e sua própria definição de diálogo constitucional²⁵ pressupõe a ausência de um ator predominante.

Nesse contexto, se uma das condições para o diálogo constitucional é a simetria de forças, como poderia haver um diálogo institucional quando um Poder “renuncia” ao exercício de sua função e a “delega” ao Poder que detém a última palavra na interpretação da Constituição?

Duplo, portanto, o risco institucional: atrofia do Poder Legislativo e do Executivo conexas à hipertrofia do Judiciário, e consequente imunização da responsabilidade política dos demais poderes, na medida em que a jurisdição constitucional a atrairia integralmente para si.

Se a sede própria para discussões políticas é o Parlamento, o deslocamento do baricentro do sistema para o Judiciário traduz, em última instância, uma tentativa de correção do voto popular pela jurisdição constitucional, transformando-a numa espécie de redentora das [supostamente más] escolhas democráticas.

Outro grande foco de tensão institucional, decorrente de um tribunal constitucional que extrapole suas funções para invadir a seara de outro Poder, é o fato de sua atuação servir de espelho para as demais instâncias que, ao mimetizarem e replicarem esse comportamento, indubitavelmente amplificariam o risco de graves impasses no sistema de separação de poderes.

Não se pode desconsiderar ainda a possibilidade do efeito oposto ao da emasculação: a tentativa do Poder Legislativo de se afirmar pela força, desafiando os efeitos de decisões da Suprema Corte pela via de emendas constitucionais ou de leis, o que poderia desencadear uma espiral de ações e reações correlatas.

Quanto a esse aspecto, Fernando José Longo Filho entende que a edição de emendas constitucionais para superar decisões da Suprema Corte constituiria uma forma de diálogo institucional.²⁶

Trata-se, contudo, de efetiva forma de diálogo ou da mera tentativa de afirmação de um poder sobre o outro?

²⁵ No original: “a sequel of implicitly or explicitly shaped communications back and forth between two or more actors characterized by the absence of a dominant actor – or at least by a bracketing of dominance –, with the shared intention of improving the practice of interpreting, reviewing, writing or amending constitutions”.

²⁶ LONGO FILHO, José Fernando. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. X, n. 3, p. 91, 2015.

Não se olvida que, como assentou Alexander Hamilton, uma sentença judicial não pode ser revista por ato legislativo, e que o legislador, sem exceder os seus domínios, não pode reverter uma decisão proferida num caso concreto, mas apenas prescrever uma nova regra para reger casos futuros.²⁷

Mas essa questão se coloca em outros termos no exercício da jurisdição constitucional, quando a edição de uma nova norma pelo Legislativo, pela via da emenda constitucional ou de lei, tenha por pretensão ou finalidade superar uma dada interpretação constitucional assumida pela Suprema Corte.

A nosso ver, a tentativa de suplantar pela via legislativa o exercício da jurisdição constitucional tem-se revestido mais dos contornos de uma retorsão – enquanto afirmação de força institucional – do que propriamente de um diálogo constitucional.

A característica em questão avulta nas hipóteses em que o Legislativo, pela via da emenda constitucional, desafia a autoridade da interpretação realizada no exercício da jurisdição constitucional, o que, por sua vez, leva ao novo acionamento da jurisdição para controle de constitucionalidade daquele ato normativo, com o risco de nova retorsão legislativa.

Essas sucessivas afirmações de força, decorrentes do embate entre atividade legiferante e interpretação proferida no exercício da jurisdição constitucional, podem conduzir a um impasse institucional patológico, situação que, no limite, tenderia a comprometer a própria legitimidade constitucional dos Poderes.

Ainda no contexto dos limites da atuação da jurisdição, coloca-se a questão da justiciabilidade dos direitos sociais, outra fonte incontroversa de tensões institucionais.

Para Hans Kelsen, direito subjetivo em sentido técnico somente existe quando ao indivíduo se confere o poder jurídico para fazer valer o não cumprimento (= fazer valer a satisfação) de um dever jurídico, por meio de uma ação judicial. A seu ver, o exercício desse poder é o exercício de um direito no sentido próprio da palavra.²⁸

Martin Borowski também registra que a justiciabilidade, ou seja, sua exigibilidade judicial, é a nota característica dos direitos subjetivos,

²⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Paper 78. Cambridge: John Harvard Library, 2009. p. 532.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 138-151.

e que, indubitavelmente, os direitos fundamentais de defesa são direitos subjetivos.²⁹

Como anota Virgílio Afonso da Silva, se os direitos à prestação não constituem simples “lógica constitucional”, sua justiciabilidade importa na indispensável realocação de recursos públicos finitos.³⁰ Logo, a justiciabilidade de direitos sociais e a consequente intervenção judicial numa determinada política pública importarão no seu redimensionamento (o fornecimento de medicamentos é emblemático) ou no de outras políticas públicas, dada a inexistência de recursos para atender a todas as necessidades que emanam da constitucionalização de direitos sociais.

Ocorre que, ao ser provocado para implementar um direito social, o juiz tem apenas a visão do microcosmo processual. Falta-lhe a visão macro das opções políticas fundamentais e de suas consequências, inclusive financeiras.

A delicada opção jurisdicional entre a outorga concreta de uma pretensão conexa a um direito social, em prejuízo de políticas mais amplas e impessoais, e a sua negativa para prestigiar uma visão macroscópica de governança política tem repercussão direta na gestão de recursos públicos finitos.

Uma ingerência mais ativa do Judiciário na implementação de direitos econômicos e sociais gera o risco de torná-lo um gestor global de recursos públicos, função que lhe é atípica – *a contrariar, ironicamente, a máxima federalista de que o Judiciário seria o mais fraco dos Poderes por não ter influência sobre a espada ou bolsa*.³¹

Além da questão da legitimidade para a gestão dos recursos orçamentários, surge outra questão tão ou mais relevante: o risco de afetação da própria ordem política.

Alexander Hamilton sustentava que o suposto perigo de o Judiciário invadir a autoridade do Legislativo não passaria de um fantasma, pois más interpretações ou transgressões à vontade do legislador sempre ocorrerão, mas nunca ao ponto (“*in any sensible degree*”) de afetar a ordem do sistema político. Invocava, entre outras razões, a comparativa fraqueza do Judiciário³².

²⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 40-47 e p. 119-120.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 588.

³¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Paper 78. Cambridge: John Harvard Library, 2009. p. 509-510.

³² Idem. p. 532-533.

Ora, será mesmo que as invasões da esfera de competência do Legislativo ou do Executivo não afetariam a estrutura do sistema político? As opções políticas fundamentais do legislador ou do administrador, realizadas no exercício de sua liberdade de conformação, não estariam sendo significativamente afetadas por decisões judiciais?

A resposta parece ser afirmativa, uma vez que o Judiciário tem se mostrado o ator predominante no cenário jurídico e político.

Não se olvida que o empoderamento da jurisdição constitucional deita raízes em opções explícitas do Poder Constituinte, originário e derivado, por meio de instrumentos como o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, os quais, indubitavelmente – *e, com certeza, à margem da concepção original do constituinte* –, se tornaram matriz de fricções institucionais, máxime em face de uma Constituição principiológica e pródiga na outorga de direitos sociais.³³

A nosso ver, a solução para atenuar as tensões da jurisdição constitucional com os demais poderes é o incremento do *self-restraint* judicial.

Para Michael Seidman, todo juiz da Suprema Corte, em cada caso, defronta-se com uma questão logicamente antecedente ao interpretar a Constituição: “devo fazer o que a Constituição determina? Duas coisas são certas: primeiro, a Constituição em si não pode responder a essa questão. Segundo, haverá ocasiões em que a resposta correta é ‘não’”.³⁴

O problema da autocontenção do Judiciário é atribuir à boa vontade individual dos magistrados, *mutável e conjuntural*, e não ao sistema institucional em si, a missão de preservar a harmonia e a independência entre os Poderes.

E não é só: o exercício da autocontenção torna-se difícil em face de conceitos jurídicos indeterminados e de uma Constituição principiológica, instituidora de inúmeros direitos econômicos e sociais que clamam por sua implementação.

Nesse contexto, *quid juris?*

³³ Nesse sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 8, p. 116-142.

³⁴ SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Chicago, n. 37, p. 465, 2004.

Para Montesquieu, os juízes devem ser apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”, “seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.³⁵

Esse ponto de vista parece ir ao encontro da visão de Alexander Hamilton, para quem os tribunais “devem declarar o sentido da lei” (“*must declare the sense of law*”), sem exercer vontade ao invés de julgamento (“*will instead of judgment*”), sob pena de se sobrepor ao poder legislativo, razão por que Hamilton defendia que, para se evitar o arbítrio judicial, a atuação dos juízes deveria ser balizada por regras estritas e precedentes.³⁶

Ocorre que, como assenta Hans Kelsen, a tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, na essência, idêntica à de quem se propõe, a partir da Constituição, a criar as únicas leis justas (certas). “Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, também não podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”³⁷.

Em sua conhecida metáfora, Hans Kelsen afirma que o Direito a aplicar forma uma moldura - figura de linguagem similar é empregada por Ronald Dworkin, ao se referir ao espaço vazio no centro de uma rosca, que corresponderia a uma faixa de restrições ou limite de atuação do intérprete³⁸ -, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.³⁹

³⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Livro Décimo Primeiro, Capítulo VI, p. 175.

³⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Paper 78. Cambridge: John Harvard Library, 2009. p. 513.

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 368. Para Juarez Freitas, a pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação. (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317-356.)

³⁸ DWORIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 50-51. Tomás-Ramón Fernandez afirma que o aro da rosca, citado por Ronald Dworkin, constitui um perímetro normativo que determina o âmbito e os limites da atuação do juiz, ou seja, a liberdade de escolha dos meios em que consiste sua discricionariedade. Esta última, fruto das normas de fim, não é e jamais pode ser absoluta, pois o fim por elas proposto condiciona e limita per si a liberdade de eleição dos meios que outorgam, ainda que o texto literal da norma habilitante aparente, prima facie, conceder uma liberdade total ao omitir toda referência aos meios ou deixe de oferecer critérios para sua escolha concreta. (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005. p. 60-61.)

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 366.

Assim, a interpretação do juiz – único intérprete autêntico, pois sua interpretação cria direito, mais precisamente, a norma jurídica concreta⁴⁰ – é um ato de conhecimento e também de vontade, haja vista que

[...] a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. [...] ⁴¹

Para Hans Kelsen, a interpretação – isto é, a fixação, por via cognoscitiva, do sentido do objeto a interpretar – como ato de vontade decorre da inexistência de um método jurídico capaz de destacar uma, dentre as várias significações verbais de uma norma, como “correta”, desde que, naturalmente, se trate de significações possíveis⁴². Logo, “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”⁴³.

Todas essas soluções possíveis, aferíveis pela lei a aplicar, têm igual valor, mas somente uma delas se tornará norma de decisão, razão por que afirmar que uma sentença judicial é fundada na lei significa, tão somente, que ela está contida na moldura ou quadro que a lei

⁴⁰ Como observa Eros Grau, a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. “Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas”. Acrescenta que, embora todos os operadores do direito o interpretem, apenas uma categoria realiza plenamente o processo de interpretação até seu ponto culminante: o juiz, que extrai das normas jurídicas a norma de decisão e, por esse motivo, é chamado por Kelsen de “intérprete autêntico”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Primeira parte, item IV.).

⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 369. Importante registrar a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle. Partindo de um conceito mais amplo de interpretação, ele afirma que os cidadãos, os grupos, os órgãos estatais e a opinião pública também “são forças produtivas da interpretação”, isto é, são intérpretes da Constituição em sentido amplo, que atuam, ao menos, como intérpretes prévios. Assim, a interpretação constitucional não se centra exclusivamente na “sociedade fechada dos intérpretes jurídicos da Constituição”, alcançando um círculo mais amplo, pluralista e difuso de participantes. Ainda que a jurisdição constitucional permaneça como intérprete de “última instância”, há uma democratização da interpretação constitucional, “na medida em que a teoria da interpretação tenha que obter respaldo na teoria democrática e vice-versa”. (HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 263-266.).

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 366-367.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 366.

representa, “[...] não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”.⁴⁴

O Direito, afirma Gustavo Zagrebelsky, é uma prudência, e não uma ciência: a pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre elas faz com que não exista uma ciência exata sobre a sua articulação, mas, sim, uma prudência na sua ponderação.⁴⁵

Como argumentavam os Antifederalistas, se pudéssemos confiar nos líderes do governo não precisaríamos nos preocupar se a Constituição foi ou não cuidadosamente elaborada. “Governantes sábios governam bem sob todas as condições; uma Constituição era necessária para restringir governantes menos honrosos.”⁴⁶

De toda sorte, dada a inexistência de uma única resposta correta na interpretação constitucional e do monopólio da última palavra pela Suprema Corte, só resta confiar na autocontenção e na prudência aristotélica dos juízes, que exercem a jurisdição constitucional, como forma de prevenir o incremento de tensões institucionais que desborem do normal funcionamento do sistema de separação de poderes, respeitando-se as legítimas opções políticas dos demais poderes.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 366. Virgílio Afonso da Silva, para refutar as críticas à teoria dos princípios de que faltam critérios racionais de decidibilidade no processo de solução de colisões de princípios (sopesamento), baseia-se exatamente nesses ensinamentos de Kelsen. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 146-148.). Eros Roberto Grau observa que a expressão moldura da norma não é precisa. A moldura da norma é, na verdade, moldura do texto, mas não apenas dele; “[...] ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade - no momento histórico no qual se opera a interpretação - em cujo contexto eles serão aplicados, ao empreender a produção prática do direito.” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 93.).

⁴⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gáscon. Madrid: Trotta, 2005. p. 122-125. Eros Roberto Grau também aduz que o direito não é uma ciência, mas, sim, uma prudência. Ele distingue o direito - que é normativo e, portanto, não descreve, mas, sim, prescreve - da ciência do direito, que tem por objeto o direito em si e, portanto, estuda-o e descreve-o. O direito - enquanto objeto da ciência do direito - “não é uma ciência porque, nele, não há possibilidade de definirmos uma solução exata, senão, sempre, um elenco de soluções corretas”. Como o direito reclama interpretação e a interpretação é uma prudência, no sentido do saber prático a que se referia Aristóteles, Eros Grau conclui que o direito é uma prudência. Por fim, este último autor observa que, na ciência, o desafio são as questões para as quais ainda não há respostas; na prudência, o desafio não é a ausência de respostas, mas a existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão. (GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39-41. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. XIV e p. 99-102.).

⁴⁶ ISAACSON, William A. Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority: antifederalism revisited. *Toledo Law Review*, Toledo, v. 21, p. 169, 1989.

Mais: não se trata apenas de respeitar opções políticas legitimamente realizadas, mas, antes disso, de permitir que o Parlamento possa, tempestivamente, deliberar a seu respeito, sem que a jurisdição constitucional, de forma açodada, coarcte o *iter* legislativo e imponha sua própria opção.

Não se ignora a relevância da função contramajoritária exercida pela Suprema Corte em defesa do primado da Constituição, mas a jurisdição constitucional há de estar atenta, enquanto pressuposto de sua atuação, ao limite democrático que deve balizar a interpretação constitucional, sob pena de as minorias legislativas insulares procurarem dela se utilizar como instrumento para reverter seus naturais reveses no jogo democrático do Parlamento.

Mais do que uma simples questão de interpretação jurídica, trata-se de respeitar as principais escolhas que uma sociedade moderna deve fazer por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos.⁴⁷

Carl von Clausewitz, em antológica obra, assentou que “a guerra não é outra coisa senão a continuação da política de Estado por outros meios”⁴⁸.

Parafraseando Clausewitz, a jurisdição constitucional há de permanecer vigilante para não se transformar em mero instrumento de continuação da política por outros meios, com todos os riscos institucionais inerentes a esta opção.

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1367, 2005.

⁴⁸ CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. Tradução de Teresa Barros Pinto Barroso. Lisboa: Perspectivas & Realidades, 1976. Nota II, p. 65, p. 737.

Referências

AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de “O espírito das leis”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53-68, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BYBEE, Keith J. *All judges are political – except when they are not: acceptable hypocrisies and the rule of law*. Stanford: Stanford Press University, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. Tradução de Teresa Barros Pinto Barroso. Lisboa: Perspectivas & Realidades, 1976.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, Atlanta, v. 6, p. 279 e segs., 1957.

FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist*. Cambridge: John Harvard Library, 2009.

HESSE, Konrad; HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*. Tradução de Joaquin Brage Camazano. México: Porrúa, 2011.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2007.

ISAACSON, William A. Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority: antifederalism revisited. *Toledo Law Review*, Toledo, v. 21, p. 147 e segs., 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LONGO FILHO, José Fernando. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. X, n. 3, p. 90-111, 2015.

MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. *Constitutional dialogue: an overview*. *Utrecht Law Review*, Utrecht, v. 9, p. 123-140, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NIETO, Alejandro. *El desgobierno judicial*. 3 ed. Madrid: Trotta, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2009.

SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Chicago, n. 37, p. 441 e segs., 2004.

SHKLAR, Judith N. *Legalism – law, morals and political trials*. Cambridge: Harvard University Press, 1964.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587 e segs.

_____. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, New Haven, p. 1346-1406, 2005.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gáscon. Madrid: Trotta, 2005.