



CADERNOS DO PROGRAMA DE DOUTORAMENTO EM  
DIREITO PÚBLICO ESTADO SOCIAL,  
CONSTITUIÇÃO E POBREZA

# Diálogos sobre

*“Weak Courts, Strong Rights”*

de Mark TUSHNET

## EDIÇÃO

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

## COORDENAÇÃO EDITORIAL

Projecto SPES – Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social

Programa de Doutoramento em Direito Público | Estado Social, Constituição e Pobreza

Faculdade de Direito

Universidade de Coimbra

## CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva, Jorge Ribeiro

## CONTACTOS

[spes.ij@fd.uc.pt](mailto:spes.ij@fd.uc.pt)

[www.fd.uc.pt/spes](http://www.fd.uc.pt/spes)

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

## ISBN

978-989-8787-64-4

## APOIO



© AGOSTO 2016

SPES | INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA



## NOTA PRÉVIA

Os “diálogos sobre *Weak Courts, Strong Rights*” – a obra de Mark Tushnet – constituem o segundo volume da série Cadernos do Programa de Doutoramento em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza e recolhem as reflexões resultantes da segunda parte do *Fórum Temático*, da 2.ª edição daquele programa de doutoramento, no ano lectivo de 2015/2016.

Às provocações lançadas por Vieira de Andrade, Casalta Nabais, Ana Raquel Moniz, Ana Gaudêncio e Aroso Linhares, os doutorandos (co)responderam – como lhes fora pedido – com observações pertinentes, exemplos ilustrativos, ponderações comparativas e uma intertextualidade rica.

São “diálogos” que – partindo a obra em referência, e tendo os seus conteúdos como *acquis* para a comunicação – discorrem sobre temas essenciais e actuais do constitucionalismo luso-europeu (centrado na inter-normatividade) e do constitucionalismo brasileiro (imerso nos desafios do neoconstituconalismo e do activismo judicial) e onde o leitor encontra tópicos de discussão em diversos registos: desde o plano do direito comparado entre os sistemas da *common law* e o sistema continental, passando pelo papel do controlo de constitucionalidade dos direitos e dos actos normativos nos sistemas europeus e nos sistemas de *Westminster* e a respectiva interligação com os sistemas político-institucionais correspondentes, até assuntos mais instigantes no plano da ideias, centrados no *funcionalismo político*, no *constitucionalismo popular* ou na (possibilidade de) juridicização da moralidade política.

Coimbra, Julho de 2016





## Weak Courts, Strong Rights

por [José Carlos Vieira de Andrade](#) - Monday, 2 November 2015, 16:18

A obra de Tushnet, a começar no título, convoca-nos (provoca-nos) para uma reflexão (debate) sobre um velho problema, que assume nos tempos de hoje uma importância primordial: qual o papel dos tribunais na interpretação e aplicação da Constituição, designadamente na garantia (protecção, promoção) dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A perspectiva do Autor é norte-americana (e anglo-saxónica), e pode associar-se ao constitucionalismo popular ou ao pós-constitucionalismo, mas interessa, em tempos de globalização cosmopolita, quer ao constitucionalismo europeu, quer ao neo-constitucionalismo sul-americano.

Superado o puro paradigma francês (e inglês) da soberania parlamentar, o problema consiste em saber se o controlo judicial (*judicial review*) das decisões político-legislativas (sobretudo as que afectam direitos fundamentais) há-de ser um controlo (mais) forte ou um controlo (mais) fraco.

Parte-se do princípio de que o padrão de controlo – as Constituições ou as convenções internacionais – é um padrão normativamente aberto, que permite interpretações alternativas razoáveis e soluções diferentes. E pergunta-se, nesse contexto, sabendo que o direito constitucional é um direito político, se a decisão judicial (jurídica) de interpretação e aplicação da Constituição deve ser definitiva e irreversível, ou se deve permitir um diálogo (posterior) com a interpretação (política) da Constituição feita pelos representantes eleitos (o Parlamento e o Governo) ou até pelos cidadãos (*the people themselves*).

Nos países de controlo forte (na Europa ou no Brasil), o problema é, em regra, tratado como problema de separação de poderes, no quadro da *autocontenção do Juiz* (o controlo pode ser total, de razoabilidade ou de evidência) ou de *modulação dos efeitos das sentenças* (sentenças manipulativas ou intermédias, sentenças de apelo, sentenças de mera declaração de inconstitucionalidade).

Mas a experiência internacional a que Tushnet se refere (com especial interesse nos casos do Canadá e da Nova Zelândia) abre outras possibilidades de diálogo institucional entre o poder judicial e o legislador democrático, no quadro de um controle fraco da legislação, para protecção dos direitos fundamentais.

*Algumas questões:*

Será que essas soluções podem ter lugar na Europa e no Brasil?



Não terá de concluir-se que, umas vezes, o controlo judicial há-de ser mais forte, e outras vezes mais fraco?

A ser assim, seja no quadro da autocontenção ou no do diálogo institucionalizado, quais podem ser os critérios de graduação do controlo?

*Algumas pistas para discussão:* a existência de cláusulas de irreversibilidade (limites à revisão constitucional); a determinação do conteúdo da norma constitucional ou internacional; a diferença entre direitos de liberdade e direitos sociais a prestações; as situações de conflito entre direitos fundamentais ou entre direitos e valores comunitários; a aplicação de princípios jurídicos.



Re: Weak Courts, Strong Rights

por [Luciano Moreira de Oliveira](#) - Friday, 6 November 2015, 14:49

## 1. Controle de constitucionalidade e circunstâncias locais

Como apontou o professor José Carlos Vieira de Andrade, Mark Tushnet discute “o papel dos tribunais na interpretação e aplicação da Constituição, designadamente na garantia (proteção, promoção) dos direitos fundamentais do cidadão”. O autor concentra-se na análise sobre as formas forte e fraca da *judicial review*. Dessa forma, o pressuposto é o estudo de sistemas que têm por base o controlo judicial de leis e atos normativos, mesmo com desenhos institucionais variados.

Ao fim de sua manifestação, o professor José Carlos Vieira de Andrade indaga:

“Será que essas soluções podem ter lugar na Europa e no Brasil?”

Não terá de concluir-se que, umas vezes, o controlo judicial há-de ser mais forte, e outras vezes mais fraco?

A ser assim, seja no quadro da autocontenção ou no do diálogo institucionalizado, quais podem ser os critérios de graduação do controlo?”

Como primeira manifestação acerca do tema, pretendo destacar a advertência de Mark Tushnet quanto ao estudo do direito constitucional comparado. Logo no início da obra, aponta a existência de críticas à menção de decisões de outras cortes constitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Mais adiante, com base na proposta do contextualismo, afirma que:



Constitutional law is deeply embedded in the institutional, doctrinal, social, and cultural contexts of each nation, and that we are likely to go wrong if we try to think about any specific doctrine or institution without appreciating the way it is tightly linked to all the contexts within which it exists. (p. 10).

No Brasil, por vezes o Supremo Tribunal Federal – STF, como de resto outros tribunais superiores e o Poder Judiciário de forma geral, são alvo de críticas pela recepção e utilização no ordenamento jurídico brasileiro, de doutrinas, seja de direito constitucional ou outros ramos do direito sem a necessária consideração dos aspectos institucionais e políticos do país em que foi produzido. É o caso recente do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI – em medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 347, em que o STF determinou uma série de medidas diante do reconhecimento da indignidade e violação sistematizada de direitos fundamentais pelo sistema penitenciário. Entre as medidas estão a determinação de realização de audiências de custódia e o descontingenciamento do fundo penitenciário nacional. O ECI foi usado tendo como referência uma decisão da corte constitucional da Colômbia, do ano de 1997.<sup>[1]</sup>

Mais uma vez, convém destacar as pertinentes advertências de Mark Tushnet:

The question is the extend to which the constraints imposed by a notion's legal institutions and arrangements, by its legal culture, and so on down the list of constraining factors intersect in a way that reduces the set of choices (be they institutional, doctrinal, or whatever) to one – that is, to the one that is actually in place. p. 13

Na obra em análise, Mark Tushnet chama atenção para o fato de que, com o tempo, as formas fracas de controle judicial podem converter-se, na prática, em sistemas de fortes de controle judicial (p. 43), fato por ele observado em relação à Nova Zelândia, Reino Unido e Canadá, onde, para ele, “weak-form systems do become strong-form ones” (p. 47).

Assim, eventuais reformas visando à utilização de mecanismos de sistemas fracos de controle judicial em outros países devem levar em conta as circunstâncias históricas, institucionais e políticas, pena de institutos aplicados em outros contextos serem ressignificados e descaracterizados quando “importados” de diferentes ordenamentos jurídicos. É necessário considerar, nesse passo, possíveis “efeitos colaterais” das reformas.

Os constrangimentos políticos existentes nos países estudados por Mark Tushnet talvez não sejam identificados em outros. Se de fato é verdade que o texto constitucional é aberto e suas disposições podem admitir mais de uma interpretação razoável, por outro lado, também possuem significados que fixam zonas de certeza positiva e zonas de certeza negativa quanto ao seu conteúdo.



Teme-se que as virtudes de sistemas fracos de controle de constitucionalidade – notadamente, o diálogo institucional que criam – em contextos de democracias jovens e ainda sujeitas à instabilidade político-institucional, como o Brasil, possam desvirtuar-se, fragilizando direitos e garantias fundamentais.

Atualmente, está em trâmite no Brasil a Proposta de Emenda à Constituição – PEC – nº 33/2011, que “altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”

Em seu ponto mais polêmico, a PEC propõe acrescentar à Constituição brasileira os seguintes dispositivos:

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>[2]</sup>

Tais dispositivos podem ser questionados à luz da garantia da inafastabilidade da jurisdição, presente no art. 5º, XXXV da Constituição brasileira, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tradicionalmente, entende-se lei como qualquer das espécies normativas previstas na Constituição, donde se abre caminho para o controle da constitucionalidade de emendas à Constituição.

É importante destacar que a proposta em apreço surgiu em um contexto de ativismo judicial, notadamente do STF, em que a corte tem deixado o papel de “legislador negativo” para assumir postura ativa no controle das políticas públicas e, mesmo, impor deveres concretos ao poder executivo, muitos dos quais interferem na execução de políticas. Na justificativa da PEC, afirma-se que:

O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras.



Não obstante, a atuação do STF ocorre, por vezes, em um quadro de omissão dos poderes legislativo e executivo, seja no que tange à normatização de dispositivos constitucionais em termos legais, seja na precariedade de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais pelo executivo.

No caso brasileiro, acredita-se que os limites para a adoção de um sistema fraco de controle judicial encontram-se no pré-citado art. 5º, XXXV da Constituição, que estabelece a garantia de inafastabilidade da jurisdição, a qual está protegida como cláusula pétrea pelo art. 60, §, 4º, que estabelece:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Registra-se, ainda, que, quanto ao conteúdo dos limites de revisão aos direitos e garantias fundamentais, tem-se entendido que estão abrangidos os direitos individuais, civis e políticos, bem como os direitos econômicos sociais e culturais. No Brasil, os direitos fundamentais das diversas gerações ou dimensões, submetem-se ao mesmo regime jurídico.

Diante desse quadro, a adoção de mecanismos que tornem o sistema menos forte, devem considerar, *de lege lata*, a garantia da inafastabilidade da jurisdição.

No entanto, no atual quadro das decisões judiciais do STF, de fato mostra-se necessário que a corte busque critérios de autocontenção, inclusive orientadores dos demais órgãos do Poder Judiciário. É o que se viu, por exemplo, na decisão da Suspensão de Tutela Antecipada – STA – 175, que trata do tema da judicialização das políticas de saúde, em que foram propostos critérios de apreciação de pedidos que tratem de obrigações relativas ao direito à saúde, muito embora os efeitos da decisão, em termos de orientação dos demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, não tenham sido tão efetivos quanto se poderia desejar.<sup>[3]</sup>

Em que pese as limitações existentes no direito positivo, não se pode olvidar que a titularidade do poder constituinte é do povo, como decorrência da soberania popular, que pode exercê-lo e refundar a ordem jurídica interno, consoante se expôs nos comentários ao tema II deste fórum temático.



[1] A notícia sobre a decisão do STF encontra-se em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>.

[2] [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=72039C17191BCFCACC86FD3C6787CBEF.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=72039C17191BCFCACC86FD3C6787CBEF.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011)

[3] O inteiro teor do voto vencedor, proferido pelo relator da ação, Ministro Gilmar Mendes, encontra-se em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>.



Re: Weak Courts, Strong Rights

por [Rita Mayer Godinho da Camara Jardim](#) - Friday, 6 November 2015, 16:20

No contexto do diálogo institucional entre o poder judicial e o legislador democrático para protecção dos direitos fundamentais e da pergunta colocada pelo Prof. José Carlos Vieira de Andrade - "*Será que essas soluções podem ter lugar na Europa?*" – parece-me interessante equacionar o procedimento que acompanha a iniciativa legislativa no Reino Unido descrito por Tushnet a pp. 139-157. Através deste, o executivo (o "*minister*") é obrigado a fazer uma declaração no sentido de que cada um dos diplomas legislativos que propõe não viola os direitos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (recebida no Reino Unido através do Human Rights Act) ou de que não é possível concluir sobre tal compatibilidade.

Este procedimento, designado por alguns cientistas políticos como "*rights vetting*" e semelhante ao "*Charter profing*" no Canadá e ao existente na Nova Zelândia, é descrito como um incentivo institucional e procedimental à protecção do *corpus* jurídico que naqueles sistemas assume natureza de direitos fundamentais. Do mesmo modo que se espera que os juízes interpretem as leis ("*statutes*") num sentido conforme à Convenção, exige-se dos ministros que submetam leis ao Parlamento consentâneas com essas baias constitucionais.

A fundamentação desse incentivo é curiosa. Pergunta Tushnet: por que razão é que tais declarações de compatibilidade tornam mais provável que os governos se responsabilizem quanto ao respeito pelos direitos fundamentais (p. 139)? Numa palavra, por pudor. Os autores materiais da legislação (os funcionários responsáveis pela elaboração de leis em cada ministério), querem evitar o risco



de expôr o seu ministro à “vergonha” (ou *embarrassment*), tanto a resultante do criticismo da imprensa e do público, quanto a decorrente da censura judicial caso seja produzida uma decisão de incompatibilidade ou de inconstitucionalidade.

Cabe perguntar se seria possível implementar num sistema “Continental” (como nos apelidam para além do Canal da Mancha) esse sentimento de honra (dir-se-ia de quase “cavalheirismo constitucional”) de respeito pelas normas consideradas fundamentais do qual está imbuído o sistema britânico e outros de matriz anglo-saxónica? Estamos no quadro de uma “auto-contenção” (a que alude o Professor Vieira de Andrade aplicada ao poder judicial), mas num sentido diferente, uma auto-contenção do próprio poder legislativo provocada pelo peso da censura que o poder judicial lhe poderá mover.

A acompanhar este procedimento está uma cultura de diálogo institucional, de que é exemplo o processo de adoção da *Anti-Terrorist, Crime and Security Act*, de 2001 (após o 11 de Setembro), em que o governo britânico abandonou elementos iniciais da sua proposta como resultado das críticas da Câmara dos Lordes. Como salienta Tushnet, assim condicionado, tanto pela pressão da “vergonha”, como pela inevitabilidade do diálogo, o legislador é forçado ao sacrifício de alguns dos seus objetivos de política legislativa, sendo os diplomas “aparados” (*trimmed*) em relação ao seu escopo inicial, tornando-se um pouco menos eficazes na estrita prossecução daqueles objetivos, é certo, mas em prol do respeito pela Constituição. Nos tempos atuais de extremar de posições políticas e legislativas, vividos tanto no contexto português como europeu, o diálogo institucional deveria ser a regra, leia-se uma imposição procedimental da prática legislativa, e não apenas o resultado de uma situação considerada patológica em contextos de domínio de maiorias parlamentares.

Curiosamente, na opinião de Tushnet, a probabilidade deste diálogo aumenta em sistemas de controlo forte e não é tão eficaz nos sistemas de controlo fraco, como os descritos acima. Os apologistas dos sistemas de controlo fraco, afirma, “*insistem nos efeitos benéficos dessa vergonha (embarrassment) na modelação de uma cultura de direitos*” mas, para estes, os tribunais são a principal fonte desse sentimento de vergonha, o que só verdadeiramente acontece quando existe uma “*cultura em que as pronúncias dos tribunais têm algum peso, porque as pessoas acreditam que as características institucionais dos tribunais aumentam as probabilidades de as suas interpretações constitucionais serem mais razoáveis do que aquelas apresentadas pelo executivo*”. Ou seja, em sistemas de controlo forte teríamos a base ideal (ainda que nem sempre a cultura) para a atuação do diálogo institucional na proteção dos direitos fundamentais.

Retomando, a terminar, uma das questões colocadas pelo Professor Vieira de Andrade, sobre, “*seja no quadro da autocontenção ou no do diálogo institucionalizado, quais podem ser os critérios de graduação do controlo?*”, penso



que a dicotomia direitos de liberdade/direitos sociais a prestações oferece um critério suficientemente abarcável e intuitivo (ainda que nem sempre isento de dificuldades), para a compreensão da liberdade de conformação político-legislativa, menor quanto aos primeiros, maior quanto aos segundos (atente-se no diferente regime constitucional português consagrado a estes e aos direitos, liberdade e garantias). A diferente densidade (concretização) normativa destas duas categorias de direitos fundamentais admite juízos sobre aquilo que é financeiramente possível em cada momento quanto aos segundos, os deveres de prestação estadual. Enquanto "direitos sob reserva do possível", o seu conteúdo concreto depende dos recursos existentes, determinado por opções políticas fora do controlo do poder judicial ("*...não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio da igualdade, mas sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa, já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam esse desenvolvimento*", Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 186). Sobre o controlo judicial dos direitos sociais e económicos versa a Parte III da obra de Tushnet, mas dessa nos ocuparemos em contribuição posterior.



Re: Weak Courts, Strong Rights

por [André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca](#) - Thursday, 12 November 2015, 23:34

## 1. Weak Courts, Strong Rights

Neste tópico, somos instigados pelo eminente Professor José Carlos Vieira de Andrade a refletir sobre um problema de fundamental importância nos dias atuais, qual seja o papel dos Tribunais na interpretação e aplicação da Constituição, notadamente no que pertine à garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

Assim, afirma o digno professor que a obra de Mark Tushnet tem perspectiva no direito norte americano, podendo ser associada ao constitucionalismo popular ou ao pós-constitucionalismo, o que, todavia, nos tempos de globalização, interessa tanto ao constitucionalismo europeu como ao neoconstitucionalismo sul-americano.



Desse modo, sustenta que o problema consiste em saber se o controle judicial das decisões político-legislativas, notadamente as que afetam a direitos fundamentais, há de ter um controle mais forte ou mais fraco, se a decisão judicial de interpretação e aplicação da Constituição deve ser definitiva e irreversível, ou se propicia um diálogo posterior com os representantes eleitos ou até mesmo pelos efetivos titulares do poder, o povo.

Refere ainda que em países com controle forte, como no Brasil e em alguns países da Europa, essa questão é tratada como problema de separação entre poderes, seja por meio da autocontenção do juiz ou por meio da modulação dos efeitos da sentença. Por sua vez, em países como o Canadá e a Nova Zelândia abre-se a possibilidade de diálogo institucional entre o poder judiciário e o legislador democrático.

Ao final, indagou o Professor se essas soluções podem ter lugar no Brasil e na Europa, questionando, também, se não deveria concluir-se que, em alguns casos, o controle deve ser mais forte e em outras mais fraco. Finaliza seus questionamentos perguntando quais os critérios de graduação do controle, seja no quadro da contenção, seja no quadro do diálogo institucionalizado.

Pois bem.

Inicialmente, cabe destacar que, nos últimos anos, diversos países do mundo conferiram poderes ao Poder Judiciário para que este Poder do Estado viesse a tomar decisões relevantes no que diz respeito à interpretação constitucional, muitas delas com repercussão direta em direitos fundamentais dos cidadãos.

Podemos encontrar diversas decisões de Tribunais Brasileiros, como o Supremo Tribunal Federal, por intermédio das quais, ao interpretar a Constituição Federal, limita a atuação de outros Poderes legitimamente constituídos. Exemplo disso, foi a recente decisão proferida pelo STF, quando, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, proibiu a doação de empresas a campanhas eleitorais.

Essa decisão, tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, possui efeito vinculante, de modo que, por esse motivo, há quem sustente que o legislativo não poderia editar ulterior norma autorizando tais doações.

Como no exemplo acima, em outros países, com um controle forte, uma vez proferida a decisão judicial dessa natureza, esta passa a figurar como imodificável, irreversível, não possibilitando revisão ulterior por parte dos entes eleitos para administrar a coisa pública.

Nesse contexto, o Professor Tushnet nos apresenta a chamada *weak-form judicial review*, pela qual, resumidamente, teríamos uma visão menos rígida da



separação entre os poderes, visão esta que teria como base a possibilidade de se estabelecer um diálogo entre o executivo, o legislativo, o povo e o Poder Judiciário, buscando, desse modo, uma melhor proteção aos direitos fundamentais.

É o que se chama de controle fraco de constitucionalidade, assim denominado, porque nele o Judiciário, mesmo mantendo seu poder de declarar inconstitucional uma determinada norma, não possui, necessariamente, a última palavra sobre o tema.

De acordo com a obra de Tushnet, tais situações podem ser observadas em países como o Canadá e na Nova Zelândia.

No Canadá, podemos observar dois dispositivos importantes a subsidiar essa forma de controle de constitucionalidade, sendo eles os artigos 1º e 33 da Carta de Direito e Liberdades Canadense.

O art. 1º da referida norma afirma que:

*A Carta Canadense de Direitos e Liberdades assegura que os direitos e liberdades nela estabelecidos estão sujeitos apenas aos limites razoáveis prescritos pela lei e que possam ser demonstravelmente justificados em uma sociedade livre e democrática.*

Por sua vez, o art. 33 da referida norma afirma que:

*O Parlamento ou a legislatura de uma província podem expressamente declarar em uma lei federal ou provincial, conforme o caso, que a referida lei será aplicável não obstante disposição contida na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta.*

Observa-se, pois, da leitura do artigo 1º, que este deixa claro que os direitos e liberdades fundamentais não são absolutos, permitindo, pois, relativização pela via legislativa. Por sua vez, o art. 33, permite que o legislador federal ou provincial possa ordenar a aplicação de uma norma, não obstante tenha a mesma sido reconhecida como tendo desconformidade com a Constituição Federal.

Em relação à Nova Zelândia, observa-se que sua Declaração de Direitos de 1990 não se colocou como norma de valor hierarquicamente superior às leis ordinárias, fato constatado a partir da leitura de seu art. 4º, que afirma:

*Art. 4º: Não interferência em outros dispositivos:*

*Nenhum tribunal deve, em relação a qualquer norma (tenha sido ela proposta ou aprovada antes ou depois do início de vigência desta Declaração),*

*(a) Considerar qualquer provisão implicitamente afastada ou revogada, ou de qualquer forma inválida ou ineficaz.*

*(b) Recusar-se a aplicar a ela qualquer dispositivo dessa norma pela única razão de ser ela inconsistente com qualquer dispositivo desta Declaração de Direitos.*



Por sua vez, o art. 6º da referida norma assim preceitua:

*Art. 6º: Preferência da interpretação compatível com a Declaração de Direitos*

*Sempre que um dispositivo possa ser interpretado de uma forma que seja consistente com direitos e liberdades reconhecidos por esta Declaração, este significado deverá prevalecer sobre qualquer outro.*

Observa-se, pois, da leitura do art. 6º que o mesmo já apresenta uma limitação ao magistrado para decidir quando se depare com uma situação em que haja dispositivo que possa ser interpretado de forma consistente com direitos e liberdades previstos na Declaração de Direitos de 1990.

Assim, cabe analisar se essas soluções obtidas por meio de diálogo institucional poderiam vir a ter lugar na Europa e no Brasil, locais onde, reconhecida-mente, temos um sistema forte de controle jurisdicional.

Analisando a indagação formulada, observo que não se pode desconsiderar a possibilidade de diálogo entre o Poder Judiciário e outros entes aquando da interpretação de normas constitucionais.

Registre-se, inclusive, que no Brasil, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, admite-se a figura do chamado *amicus curiae*, conforme se observa do art. 7º, da Lei nº 9.868/99, que assim dispõe:

*§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*

Observa-se, pois, nesse particular, nítida observância de característica típica de solução dialógica na análise de constitucionalidade de norma no direito brasileiro.

A PEC nº 33 pretende inserir na Constituição Federal Brasileira, dentre outras, as seguintes disposições:

*§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.*

*§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.*

*§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.*



Portanto, observa-se que o Parlamento Brasileiro já trabalha com a hipótese de, futuramente, deixar expresso na Constituição dispositivo claramente característico de um controle fraco de constitucionalidade, havendo, pois, nítida solução dialógica.

Outra forma de observância da chamada solução dialógica que se dá no Brasil ocorre por meio da promulgação de Emendas Constitucionais. Isto porque, no referido país latino-americano, não é incomum que uma lei seja declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, seja promulgada uma Emenda à Constituição que venha esvaziar a decisão judicial que asseverou sua inconstitucionalidade. Apenas para exemplificar, isto ocorreu no Brasil em casos como no da verticalização das coligações eleitorais e na chamada contribuição dos inativos, o que demonstra, nesses casos, também a aplicação de solução dialógica entre judiciário e legislativo.

Contudo, há situações nas quais a solução dialógica não poderá vir a ser aplicada em países como o Brasil, ou seja, mesmo que o legislativo promulgue uma Emenda Constitucional, esta será tida como inconstitucional. Isto ocorrerá se a Emenda em questão colidir com uma das cláusulas pétreas da Constituição Federal Brasileira, previstas no art. 60 § 4º, quando, então, haverá clara limitação à solução dialógica, uma vez que, nestes casos, a palavra final quanto à interpretação constitucional caberá ao Judiciário, ante a impossibilidade de ofensa ao núcleo intangível da Constituição.

Tecidas essas considerações, compartilho do mesmo posicionamento do colega Luciano Moreira de Oliveira, quando este se manifestou sobre a aplicação do controle fraco de constitucionalidade em outros países:

*(...) à utilização de mecanismos de sistemas fracos de controle judicial em outros países devem levar em conta as circunstâncias históricas, institucionais e políticas, pena de institutos aplicados em outros contextos serem ressignificados e descaracterizados quando "importados" a diferentes ordenamentos jurídicos.*

Creio, pois, que cada país, de acordo com sua realidade, deve, por intermédio de suas normas, aferir se deve utilizar um controle judicial mais ou menos forte, entendendo ainda ser plenamente possível a utilização até mesmo de um sistema misto, devendo, em quaisquer casos, haver critérios previamente definidos a fim de que sejam evitados arbítrios seja por parte do Poder Judiciário, seja por parte dos outros poderes eventualmente envolvidos na análise da conformidade das normas à Constituição Federal.





Re: Weak Courts, Strong Rights

por [Carla Sofia Dantas Magalhães](#) - Monday, 9 November 2015, 11:59

## 1. “O controlo judicial dos direitos fundamentais.”

### 1.1. O papel dos tribunais na interpretação e aplicação da Constituição

Para que a Constituição tenha uma aplicação efectiva tem de ser acompanhada por um sistema de *garantias* da Constituição; e o Professor Gomes Canotilho aponta o *sistema de fiscalização judicial da Constituição* como o principal e mais relevante mecanismo de controlo do cumprimento da lei fundamental[1]. Mas como? Perguntamos: qual o papel dos tribunais?

Abrindo um debate sobre a supremacia do poder judicial *versus* a supremacia do poder legislativo (*judicial supremacy versus legislative supremacy*), o Professor Mark Tushnet apresenta dois modelos de constitucionalismo que se afirmaram no século passado[2]. O primeiro era chamado de modelo de supremacia parlamentar (*Westminster model of parliamentary supremacy*) no qual o poder legislativo não conhecia limites a não ser o dos pressupostos culturais, incorporados na vontade da maioria. O outro era o modelo de parlamentarismo limitado (apelidado por Bruce Ackerman de *United States (“U.S.”) model of constrained parliamentarianism*[3]), onde o poder legislativo conhecia certos limites consagrados na Constituição escrita, que os *tribunais* fariam cumprir. E foi este *modelo de fiscalização judicial* que vingou tanto nos Estados Unidos como na Europa[4].

Mark Tushnet descreve o modelo americano de fiscalização judicial como modelo de “*strong-form judicial review*”. E foi a partir deste sistema de controlo, explica, que surgiram os debates em torno do “activismo judicial” (*judicial activism*) e “contenção judicial” (*judicial restraint*). Debate que, no fundo, está longe de ser suficiente para compreender o papel que o Juiz terá hoje na interpretação e aplicação da Constituição. Mas o Professor Mark Tushnet chama a atenção para a existência de instituições que hoje complementam a *judicial review* e todo o sistema de revisão constitucional que influenciam (ou mesmo restringem) o papel do Juiz aplicador/criador. São novos sistemas que adoptam o que Mark Tushnet chama de “*weak-form judicial review*”, e que define desta forma e neste contexto:

One might say that weak-form systems of judicial review are, by definition, systems that design the institution of judicial review so that courts are necessarily restrained, whereas in strong-form systems restraint results from choices made by the judges



themselves. I think this formulation is a bit as misleading, though, *because judges in some weak-form systems have institutions that supplement judicial review and produce a system of constitutional review that, taken as a whole, reduces the role even the most activist-minded judges can play in developing the actual restraints the constitution places on the legislature.* (*sublinhado nosso*)

Kent Roach, in “*The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*”, assenta o debate entre ativismo e contenção judicial numa premissa: a de que os tribunais exercem um controlo forte e aí as decisões interpretativas são finais e irreversíveis, e, portanto, o legislador deve seguir as interpretações dos tribunais[5]:

[T]he debate between judicial activism and restraint is predicated on the assumption that courts exercise strong-form judicial review, in which the courts’ interpretative judgments are final and unrevisable. The modern articulation of strong-form judicial review is provided in *Cooper v. Aaron*, where the U.S. Supreme Court described the federal courts as “supreme in the exposition of the law of the Constitution,” and inferred from that a duty on legislatures to follow the Court’s interpretations.

O que um sistema de controlo judicial (mais) fraco (*weak-form system of judicial review*) poderá fazer é *moderar* as divergências de interpretação entre Juízes e Legislador. Como? A decisão judicial (jurídica) de interpretação e aplicação da Constituição deve estar aberta ao *diálogo* com a interpretação (política) da Constituição feita pelos representantes eleitos (o Parlamento e o Governo) e até pelos cidadãos (*the people themselves*), isto queremos aqui defender face ao duto questionamento levantado pelo Professor José Carlos Vieira de Andrade.

## 1.2. O controlo judicial de constitucionalidade *moderado* (*weak-form judicial review*)

Nesta sequência podem ser apresentados dois casos de *weak-form judicial review*, com a nota característica de que “não cabe ao judiciário exercer isolada e soberanamente a fiscalização da constitucionalidade do ordenamento jurídico.[6]” Trata-se de mecanismos *dialógico-institucionais*.

### 1.2.1. O caso do Canadá – o controlo judicial de constitucionalidade *dialógico* (a “*dialogic*” *mode of review* de Mark Tushnet)

Como exemplo de limitação ao instituto da *judicial review*, Mark Tushnet apresenta o caso do Canadá e da previsão constitucional da chamada cláusula “do não obstante” (*notwithstanding clause*) na secção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* – Carta Canadense de Direitos e Libertades



(“Carta”): [s]ection 33 provides that Canadian legislatures can make statutes effective, for renewable five-year periods, “notwithstanding” their inconsistency with a large number of important charter provisions. (pp. 31-32). Trata-se de um instrumento constitucional que permite ao parlamento e às assembleias provinciais tornar efectiva uma lei (infraconstitucional) não obstante as disposições consagradas na Carta, e relativizando as decisões judiciais fundadas na Carta[7]. Mark Tushnet apresenta-nos um exemplo onde há um controlo dialógico da aplicação da Carta pelo Tribunal e pelo Legislador: imaginando uma medida de regulação da publicidade de cereais açucarados declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal e a resposta do Parlamento interpretando que as disposições da Carta não se aplicam ao caso concreto e usar a secção 33 como resposta. E aqui a discórdia entre o Tribunal e o Legislador seria sobre a interpretação da Carta (*over what the Charter ‘means’*) e não meramente sobre como deveria ser aplicada (pp. 32-33).

E, não obstante, Mark Tushnet argumenta que a falta de emprego da cláusula “do não obstante” e a relutância do legislador em enfrentar o poder judicial explicam a instabilidade da *weak-form judicial review* e a transição do Canadá para o sistema da *strong-form judicial review*. [8] James B. Kelly e Matthew A. Hennigar, in “*The Canadian Charter of Rights and the minister of justice: Weak-form review within a constitutional Charter of Rights*”, vêm argumentar que, ainda assim, persiste no Canadá um sistema judicial de controlo moderado, nomeadamente porque o legislador responde (dialoga) às decisões judiciais com simples alterações às leis, operando-se informalmente a cláusula “do-não-obstante-por-desvio” (*notwithstanding-clause-by-stealth*), para distingui-la do procedimento formal da secção 33, e o Supremo Tribunal do Canadá aceita esta resposta na sua jurisprudência em evidente diálogo com o Parlamento[9].

### 1.2.2. O caso da Nova Zelândia – o controlo judicial de constitucionalidade *mais fraco* (*the weakest variant of weak-form judicial review* de Mark Tushnet)

A Declaração de Direitos da Nova Zelândia (*New Zealand Bill of Rights Act*), de 1990, que possui o estatuto de uma mera lei ordinária, contém uma “obrigação interpretativa” (*an interpretive mandate*[10]) em que a disposição-chave é a seguinte: “Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.”[11] No ponto de vista de Mark Tushnet, esta obrigação interpretativa (*interpretative requirement*) é uma verdadeira forma de *judicial review* (V. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights...*, cit., p. 26). Porque, pela interpretação da norma o Juiz interpreta a vontade do legislador; mas, e se ele o fizer e violar uma norma constitucional? Porque, por outro lado,



com a cláusula de obrigação interpretativa, o Legislador diz ao Juiz o que ele não faça, e no final o Juiz acabará por interpretar a norma de acordo com as disposições constitucionais. Mark Tushnet alerta para o seguinte: a *weak-form judicial review* sob a forma de um “mandato interpretativo” confere aos Tribunais com as suas decisões jurídicas um efeito nas próprias decisões políticas muito diferente do causado com os tradicionais métodos de interpretação das normas. Perante uma norma questionável, o Legislador ficará vinculado a uma interpretação mais protectiva dos direitos (*rights-protective statutory interpretation*) trazida pelos Tribunais. E se não fosse essa a vontade do Legislador? Poderia responder ao processo interpretativo dialogicamente, alterando sucessivamente a lei (*reenact the same statute*), ou mesmo a *Bill of Rights Act*, por entender que os Tribunais estavam a desconstruir a mesma, até atingir o objectivo de obrigar (posteriormente) os Tribunais a uma interpretação mais restritiva dos direitos (*rights-restrictive interpretation*). E, com todo o seu peso no processo político, poderia não ser uma medida também popular, porque o Legislador viria tirar aquilo que os Tribunais diziam ser direito do cidadão – “Why do you want to take away the rights the courts have told us we have?”. Acabando o Professor Mark Tushnet por concluir que esta variante mais fraca de *weak-form judicial review* vem ainda mostrar que a diferença entre um controlo judicial forte e um controlo judicial fraco pode não ser tão dramática como parece à primeira vista. (V. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights...*, cit., pp. 26-27)

### **1.3. A protecção jurídico-constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos**

O Professor José Carlos Vieira de Andrade, in “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, aborda em separado a *tutela dos direitos, liberdades e garantias* e *atutela dos direitos sociais*; pois, como explica o Professor, a tutela jurídico-constitucional dos direitos sociais a prestações é, por princípio, *menos intensa*, por serem típicos direitos a *prestações*, i.e., *actuações positivas* do Estado, dependentes de conformação política do legislador; e quando revestem a qualidade de direitos fortes (*strong substantive rights* de Mark Tushnet [12]) os mecanismos de concretização dos mesmos dependerão do tamanho do impacto fiscal.

#### **1.3.1. A protecção dos direitos sociais a prestações**

«A concepção do Estado-prestador, associada aos direitos sociais, abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado *responsável pela sua garantia efectiva*[13].» (*sublinhado nosso*)



Ao nível da actividade legislativa[14], reconhece-se a protecção jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais, pelos seguintes mecanismos: declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa através da *fiscalização abstracta da inconstitucionalidade por omissão*; declaração de inconstitucionalidade de normas relativas a prestações sociais através da *fiscalização concreta da constitucionalidade pelo Tribunal constitucional*; responsabilidade por acção ou omissão administrativa, judicial e, excepcionalmente, legislativa.

Ao nível da actividade administrativa[15], funcionam como meios de garantia dos direitos fundamentais sociais: vinculação da actividade administrativa ao *princípio da legalidade* e a um *princípio da juridicidade*; vício de *nulidade* que impede a produção de efeitos jurídicos quanto aos actos administrativos que afectem o conteúdo essencial dos direitos económicos, sociais e culturais; *recurso directo individual aos tribunais administrativos*, diz o Professor José Carlos Vieira de Andrade, «quando haja lesão directa de bens pessoais constitucionalmente protegidos associados a direitos económicos, sociais e culturais (...) para assegurar o cumprimento de prestações estaduais mínimas, nomeadamente quando esteja em causa a sobrevivência das pessoas, e também quando as prestações estaduais estejam associadas à prestação de direitos, liberdades e garantias[16]»; *direito de acção popular*[17], quando estejam em causa interesses difusos; *intervenção do Ministério Público*, particularmente nas acções administrativas especiais.

Agora, de entre os mecanismos de protecção dos direitos sociais a prestações, destaquemos a declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa[18] através da *fiscalização abstracta da inconstitucionalidade por omissão*. Segundo o Professor José Carlos Vieira de Andrade, este mecanismo comporta algumas fraquezas: a) como não dispõem de uma acção constitucional de defesa contra a omissão, só por meio de petição ao Presidente da República ou ao Provedor da Justiça podem suscitar à apreciação pelo Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade por omissão legislativa, b) o qual apenas tem poderes para *comunicar* o não-cumprimento da Constituição aos órgãos legislativos competentes. Os particulares gozam, então, sobretudo, de garantias políticas: direito de petição individual ou colectiva, direito de voto, pressão através dos partidos políticos ou grupos sociais[19].

Ainda assim, Mark Tushnet, na obra em discussão (Part II – *Legislative Responsibility for Enforcing the Constitution*/Chapter 5 – *Constitutional Decision Making Outside the Courts*), refere-se concretamente a este instrumento “relying on the legislature to enforce constitutional norms[20]” como resposta dialógica, num sistema de controlo judicial moderado (*weak-form judicial review*).



### 1.3.2. A protecção dos direitos, liberdades e garantias

Há duas formas específicas de protecção dos direitos, liberdades e garantias trazidas pelo Professor José Carlos Vieira de Andrade e que se traduzem em mecanismos de controlo dialógico-institucionais a par do mecanismo judicial: *i)* a protecção jurídico-institucional e *ii)* e os “remédios” ou mecanismos de defesa dos cidadãos.

Como mecanismos de protecção jurídico-institucional dos direitos, liberdades e garantias, o Professor José Carlos Vieira de Andrade apresenta os seguintes: estão os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos contra todos os órgãos de soberania, que “não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição” (artigo 19.º da CRP); constituem limites materiais ao poder de revisão da constitucional (artigo 288.º, al. d), da CRP); há quanto a eles uma exigência constitucional de reserva de lei formal; têm um carácter específico de protecção em face da Administração Pública (reconduzindo os seus limites ao princípio da legalidade ou, rector, ao princípio da juridicidade); e há a possibilidade de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional de sentenças dos tribunais superiores que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (artigo 280.º, n.º 1, al. b) e n.º 5, da CRP), poderá haver em certos casos (por exemplo, v. artigo 282.º, n.º 3, da CRP) limitações ao princípio da prevalência das decisões judiciais (que se concretiza no princípio do caso julgado), e sobressaem as garantias processuais que constituem direitos dos cidadãos (direito de acesso, direito de audiência, direito à fundamentação da sentença e direito de recurso)[21].

Seria interessante, no meu humilde ponto de vista, trazer para o debate um excerto da obra supracitada do Professor José Carlos Vieira de Andrade[22]:

Como vimos, fala-se ainda de um direito dos particulares à protecção estadual, que é, em grande medida, um *direito à protecção judicial*, que exige do juiz, em todos os processos, a defesa dos direitos fundamentais. Isto pode tornar-se especialmente relevante e melindroso no âmbito do direito privado, quando se digladiem direitos de ambas as partes e à garantia da posição de uns corresponda a compressão de direitos também constitucionalmente protegidos de outros.

E qual o papel do Juiz? É um papel de autocontenção ou de criatividade? O modelo de controlo aqui invocado será forte (*strong-form judicial review*) ou fraco (*weak-form judicial review*)? Há a supremacia do poder legislativo ou a supremacia é do poder judicial? Mark Tushnet traz o caso da Nova Zelândia e a “obrigação interpretativa” (*interpretative requirement*) como a variante mais fraca de *weak-form judicial review*. O n.º 2, do artigo 16.º, sob a epígrafe «âmbito e sentido dos direitos fundamentais», da Constituição da República Portuguesa,



consagra também uma obrigação interpretativa, nestes termos: «[o]s preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem». Esta é uma marca de uma *weak-form judicial review*?

E se atendermos agora à Convenção Europeia dos Direitos do Homem que contém o princípio segundo o qual a aplicação da Convenção a um caso concreto deve ser feita no respeito pela «margem de apreciação» que a própria Convenção concede às autoridades nacionais. O próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como alerta Mark Tushnet, referiu-se, no caso *Hadyside v. United Kingdom*, ao “direct and continuous contact with the vital forces of their countries, which gave national governments a better sense than the ECHR of how it made sense to apply the convention in specific circumstances.”<sup>[23]</sup> E, assim, pela procura deste consenso garantida pelo princípio da “margem de apreciação”, o controlo judicial fraco vem assumir-se um controlo judicial forte.

#### 1.4. O constitucionalismo multinível (*multilevel constitutionalism*) de Gomes Canotilho

E se me é permitido, trago novamente este ponto, que decalco da minha última intervenção, à excepção do último parágrafo que caracteriza o controlo judicial no constitucionalismo multinível europeu à luz dos ensinamentos de Mark Tushnet. Assim:

A *internormatividade* no contexto da União Europeia contribuiu para a emergência do “constitucionalismo multinível” (*multilevel constitutionalism*). Analisando o *sistema multinível* europeu, Gomes Canotilho parte da premissa de que o Estado de Direito, i.e., a “juridicidade das comunidades de direito”, articula-se com o reconhecimento e garantia de *direitos fundamentais*. E o constitucionalismo multinível vem trazer complexas questões relativas às dimensões básicas do Estado-de-Direito (*interjuridicidade*): como as da vinculação do juiz à lei e da abertura da via judiciária (*interjurisdicionalidade*) para a defesa desses direitos fundamentais, e as da *interjusfundamentalidade* associada aos problemas de concorrência de tribunais e de jurisprudência<sup>[24]</sup>.

No sistema multinível, salienta o Professor J. J. Gomes Canotilho dois princípios: o *princípio do primado da Constituição* e o *princípio da prevalência do direito da União Europeia sobre o direito interno do Estado*. No plano metódico, pelo princípio do primado da Constituição “procura-se a obtenção, interpretação e aplicação do direito infraconstitucional de um modo que impeça não apenas soluções em *contradição* ou em *desconformidade* com as normas constitucionais,



mas que contribua também para o *desenvolvimento positivo* do conteúdo efectivo dos direitos fundamentais.<sup>[25]</sup> Pelo princípio da prevalência do direito da União Europeia sobre o direito interno do Estado temos (simplesmente) a prevalência *de aplicação* do direito da União Europeia e não um primado de validade. Neste complexo sistema multinível europeu, para o Professor J. J. Gomes Canotilho, a interjusfundamentalidade fica garantida por um princípio material: o *princípio da prevalência ou primado dos direitos fundamentais no sistema multinível*<sup>[26]</sup>.

Outra problemática levantada pelo Professor J. J. Gomes Canotilho fica em saber como a metódica da *acumulação* e da *sobreposição* de direitos fundamentais é captada pelos vários tribunais chamados a dizer o direito nos casos concretos (interjurisdicionalidade). Partindo do princípio de que os direitos fundamentais transportam *standards mínimos de protecção* (e fazendo referência neste sentido ao “nível de protecção” do artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), acaba por afirmar que “o princípio do primado dos direitos fundamentais e o princípio do nível mais elevado de protecção terão, assim, operatividade metódica suficiente nos casos de transposição do direito da União Europeia e nos casos de execução de sentença do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”<sup>[27]</sup>. A unificação interjurisdicional passa pela unificação de mecanismos de protecção e controlo no sistema da União Europeia, como: o da questão prejudicial (artigo 267.º do TFUE); de imposições processuais e procedimentais, como o Regulamento de Avaliação de Impacto Ambiental e das diferentes medidas tomadas pela União Europeia quanto ao ordenamento do território, gestão dos recursos hídricos e afectação dos solos (artigo 191.º e 192.º do TFUE); e as *relações de cooperação* dos diferentes tribunais pela observância do *princípio do primado do direito da União Europeia*<sup>[28]</sup>.

Então, pergunta-se: e se o *standard* mais elevado da protecção de um direito fundamental estiver no plano interno? O *princípio do primado dos direitos fundamentais* teria de ser confrontado com o *princípio do primado do direito da União Europeia* segundo uma “interpretação cooperante”. Segundo o Professor J. J. Gomes Canotilho: “os tribunais nacionais não afastam ou consideram inaplicáveis as normas jusfundamentais da Constituição, antes procedem a uma articulação do *standard* europeu do direito fundamental em causa com os parâmetros jusfundamentais das Constituições dos Estados-Membros<sup>[29]</sup>”.

E também, pela procura deste por meio de uma “interpretação cooperante” – e voltamos a usar o argumento de Mark Tushnet – o controlo judicial fraco (*weak-form judicial review*) vem assumir-se um controlo judicial forte (*strong-form judicial review*).



### 1.5. O juiz constitucional e as objecções às sentenças intermédias

As sentenças intermédias são aquelas que permitem ao juiz constitucional criar um direito inovador[30]. Maria Benedita Urbano apresenta a *razão de ser* destas sentenças[31], que sistematizo nos seguintes tópicos:

- Visam proteger a Constituição, em particular o princípio da igualdade e os direitos sociais;
- Promovem um “constitucionalismo cooperativo”, *ultrapassando e vencendo a inércia do legislador*;
- Visam completar e corrigir a legislação, adaptando-a e adequando-a melhor à ordem constitucional;
- Fundam-se no *horror vacui* e no princípio da conservação das normas (sustentado pela *presunção da sua constitucionalidade*).

A estas sentenças intermédias têm sido apontadas inúmeras objecções[32]: 1) não respeitam o princípio da separação dos poderes e Maria Benedita Urbano recorda que Gomes Canotilho chega a referir-se a uma “judicialização da política”[33] – também o problema apontado no contexto do caso da Nova Zelândia, trazido por Mark Tushnet; 2) implicam uma produção normativa por parte de quem não possui legitimidade popular; 3) provocam insegurança jurídica em virtude das incertezas que rodeiam os efeitos que produzem; 4) podem ter consequências desastrosas sobre as finanças públicas; 5) subvertem o princípio da preferência pelo legislador na concretização e actualização do texto constitucional e esvaziam o sentido útil do processo de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão; 6) favorecem a desresponsabilização do legislador ordinário; 7) criam um direito de tipo legislativo que não é susceptível de controlo; 8) conduzem à politização da justiça; e 9) potenciam a petrificação das normas constitucionais, eliminando espaços interpretativos consentidos pela sua natureza aberta e prejudicando a necessária leitura actualizadora e evolutiva das mesmas.

Maria Benedita Urbano acaba por rejeitar estas técnicas decisórias utilizadas pelos juízes constitucionais devido à circunstância de elas surgirem de forma casuística e preconizarem, deste modo, alterações ao esquema tradicional da *separação de poderes*. A interpretação das normas da Constituição que cabe aos juízes constitucionais acaba por lhes conferir um poder privilegiado no recorte das competências do legislador ordinário. Por fim, Maria Benedita Urbano acaba por deixar algumas reflexões[34]:

- O controlo da constitucionalidade das normas não deve ser visto como uma garantia absoluta da Constituição, das suas regras e princípios;
- Os juízes constitucionais devem resistir à fácil tentação de ampliar *prestações* na lógica de uma interpretação mais protectiva dos direitos (*rights-protect*



*tive statutory interpretation*) – que, à semelhança do que vimos no caso da Nova Zelândia, poderá acarretar enormes implicações no processo político;

- Os juízes constitucionais devem funcionar não como um poder mas como um *contrapoder* ao poder legislativo/princípio maioritário;
- Uma atitude mais criativa dos juízes constitucionais entrará em colisão não apenas com o legislador ordinário mas também com os juízes dos demais tribunais;
- Eventuais desajustes no esquema orgânico-competencial previsto na Constituição devem ser corrigidos pelo legislador de revisão.

Destas reflexões em torno das implicações resultantes das sentenças intermédias (sentenças interpretativas; sentenças interpretativas de rejeição; sentenças interpretativas de acolhimento; sentenças apelativas (*Appellentscheidungen*) e sentenças de aviso; declaração de mera incompatibilidade), sou a dizer que a admiti-las, ainda que houvesse uma resposta dialógica (Legislador-Juiz Constitucional), na lógica de um “constitucionalismo cooperativo”, logo a forma mais fraca de controlo judicial da constitucionalidade (*weak-form judicial review*) redundaria num controlo forte (*strong-form judicial review*) pelo Juiz constitucional (que sendo “juiz constitucional”, encontra os seus limites em termos orgânico-competenciais na Constituição).

### **1.6. O controlo judicial das medidas políticas concretizadoras dos direitos sociais a prestações: o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.**

Com o neoconstitucionalismo deu-se a valorização dos princípios constitucionais. No controlo judicial das medidas políticas concretizadoras dos direitos sociais a prestações, o princípio da proporcionalidade é um importante critério de ponderação. Para a Professora Suzana Tavares da Silva, o princípio da proporcionalidade é “o instrumento jurídico mais relevante e frequente no controlo judicial dos actos do poder público, sejam legislativos ou executivos (...) particularmente quando contendem e, sobretudo, quando restringem ou limitem direitos fundamentais<sup>[35]</sup>”. Este princípio limitará tanto a actuação dos agentes políticos como a actuação do juiz na tomada (e fundamentação) da decisão.

E muito a propósito vêm as palavras da Professora Suzana Tavares da Silva<sup>[36]</sup>:

A proporcionalidade é um parâmetro normativo que permite escrutinar materialmente uma medida concreta ou um acto normativo, mas *quando o órgão de controlo não tem legitimidade para se substituir na decisão* (porque enfrenta limites funcionais), então a sua análise, para ser legítima, tem de limitar-se a um juízo de “clareza”, “evidência”, “percepção racional” da violação dos parâmetros – o mesmo é dizer, *há-de amparar-se num controlo de razoabilidade. (sublinhado nosso)*



Para, já em jeito de resposta às questões levantadas pelo Professor José Carlos Vieira de Andrade, concluirmos pelo seguinte: seja no quadro da autocontenção ou no do diálogo institucionalizado, o controlo judicial há-de ser forte, e umas vezes (mais) fraco pelos limites constitucionalmente definidos, dentro da graduação permitida pelos princípios constitucionais.

### **1.7. Por fim: a necessidade de autocontenção do Juiz perante o poder legislativo...**

Tanto o Juiz como o Legislador têm *responsabilidade* na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Os Juízes iniciam um *processo de diálogo* com o legislador na concretização da Constituição, cabendo a última palavra ao Legislador democraticamente eleito [37] [38], que, nas escolhas que faz, deve ter em atenção a alocação de bens escassos.

[1] Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 887-888.

[2] V. Mark V. Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries* in «Wake Forest Law Review», 38, 2003, pp. 813-814 [online], disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1259&context=facpub>, citado em 07/11/2015.

[3] Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 Harv. L. Rev. 633, 664-87 (2000) apud Mark V. Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights...*, cit., p. 813.

[4] O Professor Gomes Canotilho distingue dentro do modelo de fiscalização judicial dois modelos: *i) o modelo unitário (modelo americano)*, em que cabe a todos os tribunais da ordem jurídica o controlo e fiscalização da constitucionalidade, não existindo uma jurisdição constitucional autonomizada da jurisdição comum, sendo exemplos o modelo americano e o modelo brasileiro, e *o ii) modelo de separação (modelo europeu ou kelseniano)*, em que existe uma ordem jurídica composta por diversas jurisdições, existindo autonomamente uma justiça especializada em questões constitucionais, com tribunal próprio competente, sendo este o modelo português e o angolano também. Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 896.

[5] Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* 29 (2001) apud Mark V. Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights...*, cit., p. 817.

[6] Vide o estudo de Henrique Pandim Barbosa Machado, *Weak Form of Judicial Review: apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no*



*Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra* in «Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás, ISSN-e 2316-1957, N.º 3, 2012, p. 39 [online], disponível em [file:///C:/Users/hp/Downloads/Dialnet-WeakFormOfJudicialReview-4188903%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/hp/Downloads/Dialnet-WeakFormOfJudicialReview-4188903%20(1).pdf), citado em 08/11/2015.

[7] Cfr. Mark V. Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights...*, cit., p. 819; Álvaro Ricardo de Sousa Cruz, *Jurisdição Constitucional Democrática*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 156.

[8] Cfr. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2009, pp. 31-32; James B. Kelly/Matthew A. Hennigar, *The Canadian Charter of Rights and the minister of justice: Weak-form review within a constitutional Charter of Rights* in «International Journal of Constitutional Law», ISSN 1474-2640, Vol. 10, N.º 1, 2012, pp. 35-68 [online], disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915503&info=resumen>, citado em 08/11/2014.

[9] Cfr. James B. Kelly/Matthew A. Hennigar, *The Canadian Charter of Rights and the minister of justice: Weak-form review within a constitutional Charter of Rights*, cit., p. 35.

[10] Cfr. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights...*, cit., p. 25.

[11] *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, §6.

[12] Cfr. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights...*, cit., p. 247.

[13] Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p.139.

[14] *Ibidem*, pp. 384-388.

[15] *Ibidem*, pp. 388-390.

[16] *Ibidem*, p. 389.

[17] Cfr. art. 52.º, n.º 3 CRP e Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

[18] Cfr. art. 283.º da CRP. A propósito, o Professor José Carlos Vieira de Andrade chama a atenção para o Acórdão do TC n.º 474/02 (DR. I S-A, de 18 de Dezembro de 2002, pp. 7912 e ss), que trata de uma situação de omissão parcial a propósito do direito dos trabalhadores da Administração Pública à assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego (art. 59.º, n.º 1, al. e) da CRP), a primeira decisão de inconstitucionalidade por omissão de medidas legislativas relativas a um direito fundamental social.

[19] Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 385-386.

[20] Cfr. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights...*, cit., pp. 155-156.



[21] V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 316-341.

[22] *Ibidem*, p. 341.

[23] Cfr. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights...*, cit., p. 71.

[24] *Ibidem*, pp. 172 e 178.

[25] *Ibidem*, p. 179.

[26] *Ibidem*, p. 180.

[27] *Ibidem*, p. 182.

[28] *Ibidem*, pp. 183 e 184.

[29] *Ibidem*, p. 184.

[30] Cfr. Maria Benedita Urbano, *Sentenças Intermédias: para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação dos poderes* in «Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho», Volume II (Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática), org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 708.

[31] *Ibidem*.

[32] *Ibidem*, pp. 709-715.

[33] Cfr. J. J. Gomes Canotilho, “Um olhar jurídico-constitucional”, cit., p. 89 *apud* Maria Benedita Urbano, *Sentenças Intermédias...*, cit., p. 710.

[34] Cfr. Maria Benedita Urbano, *Sentenças Intermédias...*, cit., pp. 718-719.

[35] Cfr. Suzana Tavares da Silva, *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*, p. 1, [online], disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23213/1/tetralemma%20da%20proporcionalidade.pdf>, consultado em 08/11/2015.

[36] *Ibidem*, pp. 33-34.

[37] A revisão legal/actualização das leis é monopólio do legislador que tem responsabilidade política face aos eleitores, através de eleições regulares e periódicas. Os tribunais não dispõem de legitimidade constitucional para proceder à *adaptação temporal* das leis.

[38] Cfr. João Lemos Esteves, *Sobre a interacção entre o juiz e o legislador democrático no pensamento de GUIDO CALABRESI*, [online], disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/02/calabresi-artigo-revista-julgar-2.pdf>, consultado em 08/11/2015.





Re: Weak Courts, Strong Rights

por [Sergio Paulo de Abreu Martins Teixeira](#) - Tuesday, 10 November 2015, 00:15

### 1. Algumas reflexões acerca do contextualismo no direito constitucional comparado e o caso indiano

Em sua intervenção, o professor José Carlos Vieira de Andrade apresenta o tema que perpassa as diferentes abordagens levadas a efeito por Mark Tushnet em seu *Weak Courts, Strong Rights*, colocado como objeto principal de estudo a esta altura, qual seja, a de uma reflexão (debate) “sobre um velho problema, que assume nos tempos de hoje uma importância primordial: qual o papel dos tribunais na interpretação e aplicação da Constituição, designadamente na garantia (protecção, promoção) dos direitos fundamentais dos cidadãos”

No capítulo primeiro de sua obra, o jurista norte-americano debruça-se sobre as dificuldades imanentes ao emprego do direito constitucional comparado que, como método preferencial, deve voltar-se ao que se convencionou denominar de *contextualismo*. Nas suas versões, como observa Tushnet (p. 5), o método ressalta a necessidade de que as ideias constitucionais somente podem ser adequadamente compreendidas dentro do contexto doutrinário e institucional completo em que se encontram colocadas (*contextualismo simples*), ou de que estas devem revelar-se como expressão de um autoconhecimento particular da nação (*expressivismo*).

Em sua análise comparativa, Tushnet volta-se ao exame do *judicial review* – e suas formas – nos sistemas jurídicos da Austrália, Nova Zelândia e Reino Unido, sem perder de vista jamais as suas diferenças – sobretudo as relacionadas ao contexto em que cada um encontra-se inserido – em relação ao sistema norte-americano e às dificuldades daí advindas para aqueles que desejam proceder a uma operação jurídica de circulação de modelos.

Sem prejuízo de futuras manifestações acerca das questões especificamente propostas pelo professor José Carlos Vieira de Andrade, gostaria de apresentar algumas reflexões que fiz, em outra oportunidade, acerca da complexidade da recepção do federalismo pelo Estado indiano que, em meu modesto entender, podem contribuir para a percepção das agruras que envolvem a aclimação necessária de um instituto de direito, a fim de que este se coloque em condições de ser adequadamente aplicado em contexto diverso daquele em que – e para o qual – foi concebido. Enfim, os institutos são diferentes – federalismo e *judicial review* –, mas as dificuldades de contextualização (aclimação) assemelham-se no seu grau de dificuldade.



Na análise do princípio federativo como modelo de disciplina de distribuição do poder político em função do território na Índia importa destrinchar a complexidade da harmonização do direito religioso hindu com o pragmatismo da *Common Law* inglesa, da qual resulta como síntese o direito indiano. A dificuldade da análise acentua-se pela pluralidade étnica, cultural, religiosa e econômica daquela sociedade, reveladora de uma assimetria eminente. Reclama-se, em tal contexto, uma resposta jurídica por intermédio de institutos capazes de lidar com a diversidade sem exterminá-la, mas também sem permitir que esta extermine o Estado. A solução encontrada, ainda nos tempos da dominação britânica, foi a adoção da forma federal de Estado. O federalismo delineado pela Constituição de 1949 prestigiou o fortalecimento dos poderes da União em prol da construção de uma unidade nacional. Não houve uma importação direta do modelo federal norte-americano. Uma aclimação jurídica foi imprescindível, sobretudo em virtude das particularidades regionais reveladoras da acentuada assimetria deste Estado.

A organização territorial do poder na Índia apresenta-se como resultado de um processo histórico e social plural, como o próprio sistema jurídico desse Estado. No contexto, revela-se a coexistência de um direito indiano e de um direito hindu. O primeiro, secular, oriundo da imposição do sistema da *Common Law* pelos dominadores ingleses e de sua aculturação jurídica, de caráter notadamente flexível. O segundo, produto das tradições e de textos de grande variedade de seitas que, em sua integração, constituem o chamado hinduísmo, predominantemente espiritual, sem grandes pretensões de regulação normativa e pormenorizada das relações intersubjetivas inerentes à vida secular<sup>[i]</sup>.

Como se dá em relação a qualquer instituto jurídico, a recepção da forma federal de Estado reclama aclimação, ou seja, o reconhecimento pressuposto dos diferentes contextos nacionais envolvidos. O seu emprego no delineamento de certo sistema jurídico, portanto, não pode se dar de modo automático, mas deve levar em conta as particularidades da sociedade em que será inserido. O nível de capacidade política das entidades federativas regionais (estados ou províncias) e a manipulação dos três vetores que a definem ocupam posição central nesse processo de aclimação no caso do pacto federativo.

Apontado como elemento intrínseco dos Estados federais, porquanto ordinariamente tal forma é adotada como mecanismo de conciliação da pluralidade interna, a assimetria de fato reclama resposta jurídica, a consubstanciar o chamado federalismo assimétrico. O conceito pode ser entendido, na lição de M. Govinda Rao e Nivikar Singh, “*como um federalismo baseado em uma composição desigual de poderes e relações nos campos político, administrativo e fiscal entre as unidades que constituem uma federação*”<sup>[ii]</sup>.



Diante desse cenário, não seria temerário afirmar que a aclimação que se dá ao ser adotada a forma federal em determinado Estado é mais que uma exigência, é um fenômeno imanente à adoção da federação. Exemplo paradigmático é o caso indiano, no qual são vislumbradas importantes diferenças relativamente ao federalismo norte-americano.

O desenho étnico, cultural, linguístico, religioso, geográfico e histórico do Estado Indiano revela traços sociais e naturais configuradores de acentuada assimetria de fato<sup>[iii]</sup>, circunstância que reclama um tratamento jurídico outrossim desigual, assimétrico, com vistas à busca da constituição de uma igualdade substancial interna, excedendo os estreitos limites de incidência do direito hindu.

De acordo com o que é afirmado por Joshi<sup>[iv]</sup>, a história da dominação inglesa na Índia abarca cinco períodos.

Inicialmente (século XVII até meados do século XVIII), havia apenas a exploração comercial pela Companhia das Índias. Esses poderes e privilégios comerciais, contudo, foram absorvidos pela coroa inglesa ao longo do século XVIII. A situação política permanece relativamente estável até à Primeira Grande Guerra, quando a solidariedade com a Inglaterra nas perdas humanas e econômicas<sup>[v]</sup> faz crescer a conscientização política do povo, avultando no seio da sociedade indiana o desejo de um governo autônomo. Esse desejo é atendido em pequenas doses pelo Império Britânico, estimulado pelo intento de manter sua dominação. Os dominadores passam, assim, a buscar, gradualmente, o desenvolvimento de instituições administrativas autônomas na Índia. Rechaça-se, todavia, *prima facie*, no relatório Montagu-Chelmsford de 1918, a adoção da forma federal de Estado. A orientação foi materializada no *Government of India Act*, de 1919.

Esse longo período, de acordo com René David, pode ser dividido em duas etapas no que diz respeito à evolução da aplicação do direito hindu e à formação do direito indiano<sup>[vi]</sup>.

Na primeira etapa, que vai do século XVIII até 1833 (*lex loci*), nas presidências (Bombaim, Calcutá e Madras) deveria ser aplicado o direito inglês, com duas ressalvas: reserva dos regulamentos e condição de que a aplicação fosse possível no meio particular da Índia. No *mofussil*, por seu turno, aplicava-se o direito hindu e muçulmano limitado a certos domínios específicos. Nos outros campos, os tribunais deveriam encontrar a regra de direito aplicável, procurando a solução que mais atendesse aos princípios da justiça, da equidade e da consciência.

Na segunda fase, a partir de 1833, inicia-se um período de codificação, que teria a função de conferir segurança e unidade ao direito, no interesse da justiça e do desenvolvimento do país, permitindo a recepção de um direito inglês



sistemizado, simplificado, modernizado e adaptado às próprias condições da Índia. Passa-se, assim, a ter vários códigos (penal, processo civil e processo penal) e grandes leis (*Succession Act 1865*, *Evidence Act 1872*, *Contract Act 1872*, entre outras). Não se tratou de mera consolidação, mas de efetiva reforma do Direito, levando-se em conta as particularidades da Índia.

Na década de 30, uma Comissão Mista da Câmara dos Comuns e da Câmara dos Lordes - Comissão Simon - sugere um Estado Indiano organizado sob a forma federal, precedido da consolidação dos governos autônomos. Para a comissão, esse seria o único mecanismo capaz de harmonizar, em um só ente, estruturas díspares como as Províncias e os Estados, mantendo-se as respectivas autonomias. Como resultado do trabalho dessa comissão, a forma federal na Índia é adotada por intermédio do *Government of India Act* de 1935, pelo menos no plano estritamente normativo[vii], [viii].

No ocaso da dominação britânica, em 1937, inicia-se a aplicação da referida lei. O intuito, todavia, naufraga diante da imposição do cenário fático de então. A inviabilidade do novo desenho territorial do poder impõe-se pelas constantes ameaças de invasão do território indiano aquando da proximidade da Segunda Grande Guerra.

A dominação britânica somente chega ao fim em 1947, com o *Indian Independence Act*. Com a independência houve a criação de dois domínios independentes: o primeiro de maioria hindu, a Índia, e o segundo de maioria muçulmana, o Paquistão. A medida foi adotada tomando-se em conta não apenas a questão religiosa, mas também o temor de uma possível vingança hindu pelos mil anos de governo muçulmano, nem sempre benevolente.

Com o advento do novo cenário, o parlamento indiano converte-se em Assembleia Constituinte, aprova a permanência da Índia na *Commonwealth* e, em 1949, promulga uma nova Constituição para o país, a qual iniciou sua vigência em 1950.

Em virtude do quadro histórico e social dinâmico e complexo, configurador de um Estado acentuadamente assimétrico, o sistema jurídico da Índia erige-se, como já referido, como resultado da confluência de dois sistemas: um direito indiano oriundo da imposição da *Common Law* pelos invasores ingleses e de sua aculturação jurídica, caracterizado pela flexibilidade; e de um direito religioso hindu, produto de tradições e de textos de grande variedade de seitas que, em sua integração, constituem o chamado hinduísmo.

Na mesma intensidade da assimetria da federação indiana apresenta-se o desejo de unidade. Para atender a esse objetivo, a aclimação do federalismo ao contexto indiano deu-se manifestamente no sistema de discriminação de competências entre os entes federativos adotado pela Constituição de 1950, que



veio a abolir o sistema de castas. A Carta procedeu à enumeração de três listas: a primeira, que elenca as competências exclusivas da União, sendo constituída de 97 matérias; a segunda, que apresenta as competências exclusivas dos estados, da qual constam 66 matérias; uma terceira, que define o rol das 47 matérias que se inserem no âmbito das competências concorrentes. Os poderes residuais são da União.

A adoção desse modelo de distribuição de competências procura trazer solução ao elevado grau de assimetria que caracteriza a federação indiana. O caminho seguido para a consecução desse resultado foi o do fortalecimento do poder da União, buscando a uniformização do Direito e sua aplicação territorial não adstrita a setores populacionais e religiosos. A ilustrar essa circunstância, deve ser referido que, além das matérias que ordinária e tradicionalmente são inseridas no seu âmbito de competência, a competência da União alcança a regulação e regulamentação do sistema financeiro e bancário, tendo ainda presença marcante na implementação das políticas sociais e papel determinante na orientação e destinação das transferências intergovernamentais. No ponto, a aclimação representou a necessidade de o federalismo indiano afastar-se significativamente do modelo norte-americano que, como é sabido, caracteriza-se pela valorização do autogoverno e da auto-organização dos estados membros.

Outra aclimação ocorrida no caso indiano, a fim de responder à sua já destacada assimetria – de fato e de direito – foi a atribuição de tratamento diferenciado ao estado de *Jammu e Kashmir*, no art. 370 da Constituição. A esta unidade da federação indiana, de maioria muçulmana, é reconhecido o direito a uma identidade autônoma subnacional. Não obstante os representantes do estado de *Jammu e Kashmir* terem participado das deliberações da Assembleia Constituinte, a Conferência Nacional, que forjou o governo interino do estado, o excluiu da organização constitucional ordinária do Estado Indiano, reservando-lhe o direito de convocar uma Assembleia Constituinte para elaboração de sua própria Constituição, o que se consubstanciou em 26 de janeiro de 1957. Assim, o estado de *Jammu e Kashmir* recebe o influxo de duas ordens constitucionais, a da Constituição da Índia e a de sua própria Carta Política. A primeira determina a sua posição na federação indiana. A segunda regula os respectivos instrumentos de governo e de implementação das políticas públicas.

Observa-se a partir desta exposição a importância que deve ser tributada ao método do contextualismo no direito constitucional comparado. Em palavras simples, o instituto de direito pode ser o mesmo, mas sua importação pura e simples por outro sistema jurídico, sem a devida reflexão e aclimação, muito provavelmente importará na produção de resultados distanciados das razões que fundamentaram a iniciativa.



[i] TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O Estado federal numa Visão Comparativa. **Revista de Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas**, n. 2, vol. 24, 1981.

[ii] Tradução livre de: “*is understood to mean federalism based on unequal powers and relationships in political, administrative and fiscal arrangements spheres between the units constituting a federation*”. RAO, M. Govinda Rao; SINGH, Nivikar. Asymmetric Federalism in India. **Santa Cruz Center for International Economics**, University of California, paper 04—8, 2004. Disponível em: <[sciie.ucsc.edu/workingpaper/2004/0408.pdf](http://sciie.ucsc.edu/workingpaper/2004/0408.pdf)>. Acesso em: 5 abr. de 2012.

[iii] BHATTACHARYYA, Harihar. **Federalism in Asia: India, Pakistan and Malaysia**. London: Routledge, 2010, p. 21.

[iv] JOSHI, G. **The Constitution of India**. London: Macmillan, 1952, p. 3-6.

[v] A Índia participou da Primeira Guerra Mundial ao lado da Inglaterra.

[vi] DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[vii] BHATTACHARYYA, op. cit., p. 54.

[viii] MORRIS-JONES, W. H. **The government and politics of India**. Cambridgeshire: The Eothen Press, 1987, p. 19.



Re: Weak Courts, Strong Rights

por [Diogo Pignataro de Oliveira](#) - Sunday, 15 November 2015, 18:11

O controle exercido pelo Judiciário (*judicial review*) frente às decisões políticas e legislativas, comissivas – prática de atos administrativos ou edição de leis *lato sensu* – ou omissivas, oriundas, portanto, dos outros poderes constituídos, o Executivo e o Legislativo, coloca-se como uma temática constitucional de merecida e atenta análise na conjuntura contemporânea dos direitos constitucionais, internamente e observados comparativamente, ainda mais em função da gama de compromissos internacionais assumidos pelos Estados na área dos direitos fundamentais (ou direitos humanos, acepção mais utilizada quando o âmbito de sua previsão é internacional).



As garantias e os direitos fundamentais encontram-se previstos abstratamente nos textos constitucionais de modo bastante genérico e vago, na maioria das vezes, direcionando ao Estado o cumprimento e a satisfação dos mesmos, seja direta ou indiretamente, na qualidade de provedor de partes destes direitos e garantias, por ora, e também, de outro espectro, enquanto garantidor ou fomentador de um ambiente social propício para outros tantos direitos e garantias fundamentais, incluindo-se aí a produção legislativa que integrará a abstração constitucional dos direitos fundamentais à realidade das relações jurídicas concretas.

Pois muito bem. É exatamente neste feixe de competência constitucional voltada aos direitos fundamentais que podem ocorrer ineficiências estatais (comissivas ou omissivas) acarretadoras da “participação” do Judiciário, na qualidade de poder constituído para a aplicação do direito que, diante do caso concreto (ou até mesmo abstrato), efetuará o controle acerca do papel que o Estado desenvolveu para concretizar os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente ou em instrumentos internacionais, que em alguns países podem assumir *status* constitucional, material ou formal, como é o caso do Brasil (art. 5º, §2º: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*; e art. 5º, §3º: *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*).

É exatamente na abstração constitucional dos direitos fundamentais, para os quais Fernando Atria entende que somente se aplicam a um caso concreto se o julgador complementar aquela norma com sua própria concepção acerca de seu significado, aparecendo, então, o conteúdo político da jurisdição constitucional (*El Derecho y la Contingencia de lo Político*, 2003, p. 332), que residirá o surgimento da objeção contramajoritária e da discussão acerca da existência de componentes democráticos a serem inseridos neste “diálogo”, pois na interpretação de disposições abertas de normas constitucionais, notadamente as consagradoras de direitos fundamentais, a posição política e ideológica dos intérpretes é ponto fulcral, a ponto de ser devida a “escolha” constitucional pelo meio que o judiciário – e eventualmente os demais poderes – participarão de toda esta discussão.

Esta convivência entre *rule of law* e democracia, entre o constitucionalismo e a representação da vontade popular, dentro de cada ordenamento jurídico interno, pode ter seu encaminhamento definido pela soberania parlamentar/popular ou pela supremacia judicial, definindo-se usualmente aquele poder que terá a “última palavra” a respeito daquela discussão constitucional, como se um embate nesta dimensão necessitasse de um apontamento peremptório neste sentido, como meio de conferir segurança à efetivação dos direitos fundamentais.



Dita “escolha” constitucional indicará se o controle judicial, que sempre existirá, quaisquer que sejam essas escolhas, haverá de ser “forte” ou mais “brando”; neste caso, será conferida uma relevância diferenciada ao componente democrático, o qual encontra-se presente previamente ao exercício do próprio controle judicial, mas sob outro viés, tanto na produção legislativa daquela norma objeto de discussão de sua compatibilidade constitucional, quanto na execução (ou inexecução, inclusive omissiva) em si de alguma política pública derivada de fundamento constitucional.

Neste aspecto é que é de se questionar: esta antinomia entre os sistemas constitucionais que se norteiam pela soberania parlamentar/popular ou pela supremacia judicial impede a participação dialógica destes atores por completo? O Judiciário é, isoladamente, o protagonista do direito constitucional, sendo autosuficiente e, portanto, detentor do monopólio no campo da hermenêutica constitucional? Esse protagonismo resolve todas as problemáticas de concretude e afirmação dos direitos fundamentais? Existe direito constitucional, afinal, fora dos tribunais? Em resposta a tais perguntas é que se fazem surgir doutrinas de um constitucionalismo democrático ou um constitucionalismo popular; este último é o viés de Mark Tushnet na obra analisada e noutras, as quais comungam do pensamento de que outros atores e agentes participam da arena constitucional.

No Brasil, a sistemática adotada pelo texto constitucional de 1988 é de se ter um controle fortemente exercido pelo poder judiciário, embasado especialmente no princípio da inafastabilidade da jurisdição, cristalizado como garantia fundamental no art. 5, XXXV (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), com a atribuição de guardião supremo da CRFB ao Supremo Tribunal Federal – STF (*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:...*) e, por obviedade, de concretizador dos direitos fundamentais, um reflexo evidente da hierarquia superior normativa conferida às constituições escritas, sem que existam no atual modelo de jurisdição constitucional (ou controle judicial) soluções como as apontadas e amplamente analisadas na obra de TUSHNET, referentes aos modelos do Canadá, da Nova Zelândia e do Reino Unido.

Entretanto, é de ressaltar que a despeito de hoje não haver uma sistemática de jurisdição constitucional com tais soluções, que já houve tempo atrás, em uma Constituição outorgada pelo Presidente da República e que simbolizou um regime autocrático. A Constituição brasileira de 1937 previa em seu artigo 96 que os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República, com a especificidade, em seu parágrafo único, de que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o próprio Presidente da



República submetê-la novamente ao exame do Parlamento, de modo que se este a confirmasse e a legitimasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.

Tratava-se de caso bastante assemelhado à cláusula *notwithstanding* ("não obstante") da carta de Direitos e Liberdades do Canadá, de 1982 (art. 33), em que se permitia uma espécie de "veto parlamentar" ao controle judicial da constitucionalidade, o qual, a bem da verdade, era exercido amplamente pelo Presidente da República, haja vista que durante o período de 1937 a 1945 vigeu no Brasil um regime ditatorial onde o Parlamento encontrava-se fechado e controlado diretamente pelo Executivo.

Portanto, o constitucionalismo democrático ou popular, que aplaude tais iniciativas de retirada do Judiciário o papel de concedente da "última palavra" na seara da interpretação constitucional, permitindo-se a invalidação política de decisões judiciais (controle brando ou *weak form of judicial review*), não encontrou um ambiente propício para se desenvolver no Brasil em 1937, de modo a não poder ser considerado tal dispositivo constitucional como uma cláusula "não obstante", imbuída dos mesmos propósitos da legislação canadense; muito pelo contrário, já que o objetivo era o da concentração dos poderes e não a instituição de uma dialógica institucional na hermenêutica constitucional.

Em 2011 foi apresentada no Congresso Nacional brasileiro uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 03/2011) que, entre outras questões atinentes à jurisdição constitucional, apontaria para uma nova roupagem constitucional, muito além do puro exercício de invalidação da decisão judicial sobre matéria constitucional (*overriding*), uma vez que, pelo seu texto, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF que declarassem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produziriam imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e seriam encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, submeteria a controvérsia à consulta popular.

A dialógica institucional seria, aqui, obrigatória, podando as decisões judiciais de eficácia no seu nascedouro, a qual restaria subjugada a uma análise posterior do parlamento; ao inverso é a sistemática canadense, cuja atitude de fazer tal análise parte da voluntariedade do parlamento, que pode desejar ou não fazer a apreciação devida no âmbito político constitucional. Interessantes os apontamentos constantes do Parecer aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados [ii], respeitantes à análise acerca da constitucionalidade de tal propositura, desconsiderando a existência de ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma das cláusulas pétreas da CRFB:



*A presente PEC homenageia, outrossim, a convivência harmônica dos Poderes da República (art. 2º, CF/88), que se soma à independência. O mecanismo institucional proposto fortalecerá o equilíbrio entre os Poderes e poderá favorecer o chamado diálogo institucional. (...)*

*Embora não seja o escopo da PEC em exame, não podemos nos furtar a observar que o Poder Judiciário – mormente no exercício do controle de constitucionalidade –, tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como vigoroso legislador positivo. Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador.*

*Não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um “arquiteto constitucional” com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, “redesenhar” outras instituições e a própria Constituição.*

Me parece que as decisões judiciais emanadas sobre matéria constitucional buscam colocar fim ao processo litigioso em si, mas a discussão constitucional, por vezes subjacente à disputa envolvendo partes numa demanda (controle difuso de constitucionalidade), por outras vezes o único enfrentamento nos autos (controle concentrado de constitucionalidade), pode sim ter outros embates sociais, fora dos tribunais, com a participação de outros agentes, democratizando a referida discussão constitucional.

Segundo José Guilherme Berman (*Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade*, 2010, p. 199/201), autores como Stephen Griffin, John Hart Ely, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino têm em comum o fato de que, embora questionem a legitimidade da *judicial review*, terminam por aceitar a sua existência, ainda que apenas em situações específicas, como em razão da necessidade de se proteger direitos individuais (Griffin), os mecanismos democráticos (Ely e Nino), ou para proteger ambos, embora com moderação (Habermas), diferentemente do autor da obra estudada, Mark Tushnet, que tenta fazer crer que a tarefa de emitir opiniões constitucionais deve ser amplamente distribuída, apresentando assim uma crítica perceptível à supremacia/monopólio judicial.

Sérgio Fernando Moro (*Jurisdição constitucional como democracia*, 2004, p. 315) defende a adoção de um controle de constitucionalidade com um quadro de autocontenção para a maioria dos casos, mas com critérios de atuação ativa para outros: proteção e promoção de direitos democráticos (liberdade de expressão, direito à informação e à participação), à proteção judicial de direitos titularizados pelos pobres e ao caráter republicano da democracia. Nestes cenários, remanescerá ao próprio Judiciário a manifestação peculiar e concreta acerca da configuração daquele caso como de ativismo ou de autocontenção, sem que haja regras suficientes para, seguidamente a uma decisão de autocontenção, se permitir a efetivação e a proteção daquele direito fundamental, sem



que sirva o Judiciário apenas para negar a pretensão, mas fazendo dele um ente que interagirá com outros agentes, por ser um caso típico em que deve agir com a participação de outrem.

A feitura de escolhas substantivas no julgamento do controle de constitucionalidade finda por consagrar ao Judiciário (ao STF no caso brasileiro) poderes de revisão de leis, e até de estabelecimento de políticas públicas, sempre na proteção a direitos fundamentais, na interpretação de mandamentos e princípios abstratos e incertos. Exemplo clarividente disto está em recente decisão do STF brasileiro, em sede de repercussão geral, fazendo valer a seguinte tese: *“É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”* (Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, publicado em 25.08.2015).

A participação de outros agentes no controle de constitucionalidade, que não o judiciário, resume-se ao âmbito prévio da existência da lei, quando o Congresso Nacional (Senado e Câmara), através de suas Comissões de Constituição e Justiça, exercem tal verificação de compatibilidade, além da hipótese de quando o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional (§1º, art. 66, CRFB), com posterior deliberação pelo Senado Federal acerca do veto presidencial, podendo mantê-lo ou não.

Desta feita, com a sedimentação recente de um controle judicial extremamente forte pela Suprema Corte, em alinhamento a um pensamento uníssono nos tribunais brasileiros, dificilmente soluções de *weak-form judicial review* terão lugar no Brasil por um bom período, haja vista especialmente a configuração democrática ora estabelecida, em um ambiente de clarividente crise de representatividade, sem que seja adequada ou razoável a ocupação pelo Poder Legislativo, por exemplo, de espaços maiores dentro do debate constitucional. Esta é, indubitavelmente, a maior dificuldade.

Todavia, parece-nos que o controle forte de constitucionalidade no Brasil pode ser demasiadamente relativizado ou abrandado em face da permissão de aprovação de emendas constitucionais por meio de um processo legislativo cujo limite de revisão jaz apenas nas cláusulas pétreas consignadas no próprio texto. Assim, o estabelecimento de um diálogo institucional na seara constitucional se garante, não por meios comunicativos que possam influenciar a decisão final tomada pelo STF para validá-la (caso do Reino Unido) ou para afastar sua incidência (caso do Canadá), mas sim diante da execução pelo Legislativo de



sua atividade, fim que promove a reabertura da discussão constitucional, fazendo superar uma decisão do STF por meio de novo dispositivo constitucional, o que já aconteceu no Brasil em algumas situações: caso da “verticalização das coligações eleitorais” e da cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, que originaram as Emendas Constitucionais 52/2006 e 41/2003.

Aquilo que TUSHNET proclama é justamente uma possível mescla de controles (espécie de controle moderado de constitucionalidade), já que ele próprio consigna que a prevalência de um sistema brando de controle tenderá a se degenerar em uma soberania parlamentar ou, posteriormente, em uma supremacia judicial, indicando como campo ideal para um controle mais brando o da proteção aos direitos sociais e econômicos. O Judiciário continuaria exercendo seu papel primário, aplicando provisoriamente a garantia aos direitos socioeconômicos, deixando a cargo do Legislativo o oferecimento da interpretação definitiva. Com isto, as contrariedades ao controle forte se resolveriam neste formato, respeitantes notadamente à incapacidade de determinação dos direitos fundamentais a partir de casos concretos e à carência de legitimidade democrática para determinar tomada de providências que impactam diretamente nos orçamentos e nas escolhas do Estado na consecução de suas políticas públicas.

Outra possibilidade de diálogo institucional em sede de jurisdição constitucional, criando-se um ambiente de permissibilidade do controle brando, é o controle de constitucionalidade por omissão estatal, vislumbrando ineficiências estatais omissivas na aplicação de políticas públicas ou de direitos sociais, previsto na CRFB no §2º do art. 103 (“*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*”). E, ademais, outra prevista constitucional confere prerrogativa ativa ao parlamento de filiar a decisão tomada pelo STF, fazendo com que decisão em controle difuso (caso concreto e particular) que tenha declarado a inconstitucionalidade de norma possa ter seus efeitos abrangidos e alargados pelo Congresso Nacional, suspendendo a execução da lei *erga omnes* (art. 52, X).

Ao final do debatido, é de se constatar que as cláusulas de irreversibilidade constitucional, que impõem limites à revisão do texto, criam naturalmente uma formatação de situações em que o controle judicial deverá ser invariavelmente forte, a fim de proteger aqueles valores e direitos máximos (forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais). Uma eventual disposição dialógica constitucional interna deve se compatibilizar também com o formato protetivo regional e internacional, posto que os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente



também o são em âmbito regional (interamericano e europeu, por exemplo), exigindo-se uma coadunação de proteções para que se garantam os mesmos caminhos solucionadores, incluindo uma eventual diferenciação de tratamento e de controle entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, já que estes últimos poderiam se adaptar a um controle mais brando, seja pelos meios existentes (controle de constitucionalidade por omissão e alteração posterior da lei pelo Congresso), seja por outros. Ihe inovarem a discussão e a participação na arena constitucional. Já na aplicação de princípios jurídicos – cuja abstração é de sua essência, mas que são dotados de plena normatividade – o controle judicial resta deveras dificultado, mas pode seguir os mesmos passos em uma análise dicotômica no tratamento do controle judicial quando envolver no seu conteúdo de discussão, ou seja, quando forem substratos argumentativos, questões de direitos de liberdade ou direitos sociais e políticas públicas.

[i] Parecer acessível em [http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=B74AF66088A9A024A8C083F18266A594.proposicoesWeb2?codteor=915739&filename=Parecer-CCJC-31-08-2011](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B74AF66088A9A024A8C083F18266A594.proposicoesWeb2?codteor=915739&filename=Parecer-CCJC-31-08-2011)



Re: Weak Courts, Strong Rights

por [Sergio Paulo de Abreu Martins Teixeira](#) - Monday, 16 November 2015, 08:04

## 1. Considerações iniciais

Nesta primeira parte da segunda etapa do fórum temático, os debates e investigações têm como ponto de referência a obra de Tushnet (*Weak courts, strong rights*). Como precisamente indicado pelo professor José Carlos Vieira de Andrade, o jurista norte-americano, ao proceder a uma análise sob a óptica anglo-saxônica, perscruta acerca do papel desempenhado pelo Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição, sobretudo no que toca à defesa e promoção dos direitos fundamentais.

A linha seguida por Tushnet, à semelhança daquela adotada por Kramer, é a de um constitucionalismo popular. Com escopo semelhante, no cenário norte-americano, ainda pode ser identificado o constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel (2013). A partir desse quadro geral, as áreas de interesse sobre o tema seguem a da análise do chamado desenho institucional,



em Robert E. Goodin (2003), do processo de deliberação judicial, entre nós brasileiros em Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva - sem olvidar, no quadro latino-americano, o constitucionalismo dialógico de Roberto Gargarella (2014) -, bem como do impacto das decisões, sobretudo as que envolvem prestações sociais, em Cesar Garavito.

Nesta etapa, o professor José Carlos Vieira de Andrade volta a atenção dos participantes do fórum temático para as questões especificamente trabalhadas na leitura-base, as quais gravitam em torno dos sistemas de *judicial review* (controle judicial) de forma fraca e forte, à altura em que importa indagar, nas palavras do dinamizador, “*se a decisão judicial (jurídica) de interpretação e aplicação da Constituição deve ser definitiva e irreversível, ou se deve permitir um diálogo (posterior) com a interpretação (política) da Constituição feita pelos representantes eleitos (o Parlamento e o Governo) ou até pelos cidadãos (the people themselves)*”.

Posta a questão central, o professor José Carlos Vieira de Andrade assenta as premissas relativas ao padrão de controle normativamente aberto das constituições, o qual abre caminho a uma variedade de interpretações razoáveis – que não são monopólio dos tribunais -, e ao problema do delineamento da separação de poderes em países de controle forte (na Europa e no Brasil), especialmente no que concerne à autocontenção do juiz e à modulação dos efeitos das decisões judiciais.

Montado o cenário, o professor dinamizador nos instiga à abordagem específica das questões concernentes à possibilidade das soluções aventadas por Tushnet terem lugar na Europa e no Brasil, à indicação do caminho de um controle judicial misto, ora mais forte, ora mais fraco, assim como aos critérios de graduação desse controle, seja no quadro da autocontenção ou no do diálogo institucionalizado.

Com vistas à análise dessas questões e à contribuição para os debates e investigações em curso, gostaria de, inicialmente, proceder a um cotejo entre os controles judiciais forte e fraco à luz da abordagem de Tushnet. Em sequência, considero relevante a análise do controle forte presente no Brasil e suas características gerais, a indagação acerca de um certo *ativismo judicial* que estaria sendo levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, bem como trazer ao debate alguns institutos do direito nacional e algumas decisões do Guardião da Constituição brasileira

## **2. As formas fraca e forte de *judicial review* na análise de Tushnet**

Ao analisar as formas fraca e forte de *judicial review*, Mark Tushnet afirma que o constitucionalismo contemporâneo exige um Estado comprometido com a



participação popular na determinação das políticas públicas sob alguma forma de governo democrático (p. 18). Esse mesmo constitucionalismo, por outro lado, também exige a imposição de certos limites às escolhas políticas que a população pode fazer no processo democrático, os quais são definidos pela Constituição (p. 18).

A questão que se coloca a partir desse ponto é a da resposta do sistema jurídico à produção, com base nesse processo democrático, de decisões políticas incompatíveis com os limites constitucionais. Como descreve Tushnet (p. 19), dois mecanismos de controle colocam-se no plano histórico: a supremacia do parlamento (França e Reino Unido), que privilegia o autogoverno democrático e na qual os limites são impostos, de fato, pelos derrotados aos que atualmente detêm o poder; e a *judicial review*, de matriz norte-americana, na qual há a criação de uma instituição independente – separada das influências políticas –, formada por juízes igualmente independentes, cuja tarefa é a de garantir que as decisões legislativas mantenham-se dentro dos limites constitucionais.

A supremacia do parlamento sofreu uma deterioração ao longo do século XX, de tal modo que somente a Austrália e a Nova Zelândia permaneceram efetivamente comprometidas com esse sistema (TUSHNET, 2008, p. 19).

O desenvolvimento da política tornou a *judicial review* mais atrativa, passando a prevalecer a compreensão de que esse sistema de controle seria mais efetivo em impedir a adoção de decisões políticas incompatíveis com a constituição.

A opção, todavia, importou em séria ameaça ao processo democrático de tomada de decisões, haja vista outorgar aos juízes significativo poder de limitação advindo, sobretudo, do padrão normativamente aberto das constituições (TUSHNET, p. 19). Configura-se, assim, uma tensão entre o poder de deliberação democrática e o controle judicial. Essa tensão assume coloração mais intensa sobretudo nos sistemas de controle judicial forte (TUSHNET, p. 20). Nos *strong-form systems*, o tribunal com competência em matéria constitucional tem o poder de dar a última palavra acerca da interpretação e aplicação da constituição, afastando e declarando nulas decisões legislativas incompatíveis com tal compreensão. A interpretação judicial da constituição é final e imune à revisão pelas maiorias legislativas ordinárias (TUSHNET, 2008, p. 31). Nesse contexto, a alternativa que resta às forças políticas insatisfeitas com a interpretação judicial é a da mudança do parâmetro de controle, isto é, a reforma constitucional.

O controle judicial fraco surge nesse cenário com a promessa, segundo Tushnet (p. 21-22), de reduzir essa tensão, mesmo reconhecendo que o constitucionalismo não pode prescindir de limites à deliberação democrática. A *judicial review* fraca busca conferir mecanismos mais céleres de participação do povo,



diretamente ou via representantes eleitos, a fim de lhes conferir voz para responder a decisões judiciais nos casos em que há discordância razoável acerca da interpretação de certo dispositivo constitucional e não se concorda com a opção feita pelo tribunal, sem que haja a necessidade de um longo processo de emenda à constituição ou de mudança da composição da Corte constitucional (TUSHNET, p. 23). Em outros termos, nos *weak-form systems* a interpretação judicial de um dispositivo constitucional pode ser revisada pelo Legislador em um período mais curto de tempo. Esses sistemas, portanto, atribuem à interpretação constitucional do Legislador o mesmo peso da procedida pelos tribunais (TUSHNET, 2008, p. 35).

Em síntese, enquanto a adoção de um controle judicial forte permite aos grupos políticos majoritários uma revisão da interpretação judicial de dispositivos constitucionais apenas no longo prazo, um controle fraco possibilita o mesmo resultado em um prazo mais curto.

As duas formas de controle judicial ainda se distinguem pelas diferentes finalidades normativas atribuídas à interpretação judicial da constituição (TUSHNET, 2008, p. 33).

As distinções existentes entre as formas fraca e forte de controle judicial podem, de acordo com a lição de Tushnet (p. 33), ser combinadas com base na ideia de diálogo, em que pessoas, legisladores, administradores e tribunais estabeleceriam uma conversação.

Diferentes modelos descrevem o modo como pode se dar esse diálogo institucional, o que implica períodos de tempo mais ou menos longos de conversação. No modelo padrão da ciência política (TUSHNET, p. 34), o diálogo ocorre em um prazo relativamente maior. Neste caso, há um progressivo alinhamento do tribunal à visão constitucional de uma coalisão política majoritária que se mantém no poder por um longo período. O mecanismo opera pelo processo de nomeação dos juízes, substituindo-se os titulares, quando de sua aposentadoria ou morte, por magistrados ideológica e juridicamente alinhados com a coalisão dominante. No modelo dos movimentos sociais, como proposto por Robert Post e Reva Siegel (2013), a conversação é mantida por um período menor de tempo. Nesta hipótese, os movimentos sociais influenciam o direito constitucional em dois sentidos: ao interferir no processo político eleitoral e, por via de consequência, afetar a composição dos tribunais, o que recairia no modelo padrão; e ao influenciar diretamente os juízes atentos à sua atuação e seus efeitos na visão da sociedade acerca da Constituição (TUSHNET, p. 34). Trata-se de um processo mais rápido na medida em que não depende de uma alteração da composição do tribunal. No modelo proposto por Bruce Ackerman (2006), a conversação seria ainda mais célere, pois desenvolvida no âmbito de um sistema constitucional estabelecido. Neste processo, a inovação legislativa vem de um grupo social mobilizado que consegue a aprovação de seu projeto no Legislativo. Inicialmente,



porém, sofre resistências quanto à sua constitucionalidade no Judiciário. Diante de um movimento político e social para tomar o controle do tribunal, este abandona sua interpretação originária (capitula) e passa a adotar a tese esposada pelo grupo mobilizado. Como observa Tushnet (p. 35), trata-se de uma conversa em tempo real entre tribunal e legislador.

Há de ser registrado que o modelo de Ackerman não se insere em um contexto de controle judicial fraco, na medida em que *switches in time* são raros e marcam uma transição em larga escala da ordem constitucional (TUSHNET, 2008, p. 35).

Feito o cotejo, à luz do livro de referência desta etapa do fórum, entre as formas fraca e forte de *judicial review*, passa-se à análise do controle judicial no Brasil, seu desenvolvimento e identificação de diálogos institucionalizados.

### 3. O Brasil e a forma forte de *judicial review*

O Brasil adota um sistema forte de controle judicial. A existência de um controle concentrado de constitucionalidade por meio de diversas ações, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade (criada pela EC nº 3/93) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao qual se conjuga um controle difuso, ambos tendo no Supremo Tribunal Federal, Guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB), o detentor da prerrogativa de dar a última – no controle concentrado a única – palavra acerca da interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais, não deixa dúvidas sobre a inequívoca opção do constituinte originário.

Ademais, o caminho até então seguido pelo constituinte derivado – e também pelo legislativo – tem sido o de fortalecimento desta opção fundamental. A Emenda Constitucional nº 3/93, além de ter introduzido em nosso sistema a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), também conferiu efeito vinculante às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal (STF), nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (não há vinculação do Plenário do STF, o que impede a fossilização da Constituição) e ao Poder Executivo. Mais tarde, a Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário) estendeu o efeito vinculante - embora assim já o fosse na prática e na jurisprudência - às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §1º, CRFB).

Observa-se que o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica de legislar, não é atingido pelo efeito vinculante das decisões definitivas de mérito do STF. Os chefes do Poder Executivo, nos diferentes níveis federativos outrossim



não o são ao exercerem – de modo atípico – a função legislativa. A ausência de efeito vinculante sobre a atividade legislativa pode ser um caminho - ou uma pequena fresta - constitucionalmente franqueado ao diálogo institucionalizado entre STF e Legislativo.

O caráter vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal ainda res- tou fortalecido por meio da criação de institutos como o da súmula vinculante e da repercussão geral, ambos introduzidos, outrossim, pela EC nº 45/04, bem como pela ampliação do alcance, via atividade interpretativa da Corte, do institu- to da reclamação.

A senda, no meu modesto entender, sugere uma opção, cada vez mais convicta, por um sistema forte de *judicial review*. E até mesmo mais do que isso. Em recente entrevista a um site jurídico, o Ministro Teori Zavascki afirmou que o Brasil caminha, a passos largos, para um sistema de *Common Law*.

A modulação dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade – outro tema cuja abordagem foi suscitada pelo professor José Carlos Vieira de Andrade – tem sido expediente largamente empregue pelo STF. Não obstante adote o entendimento da nulidade dos atos inconstitucionais, o que implica na natureza declaratória das decisões que reconhecem o vício, bem como que seus efeitos sejam *ex tunc*, a Suprema Corte brasileira admite a modulação desses efeitos, tanto no tempo (efeitos *ex nunc* ou para o futuro) quanto em relação à sua extensão. A possibilidade, como observa o Min. Gilmar Mendes, decorre de uma ponderação entre os princípios da nulidade do ato inconstitucional e da segurança jurídica, o que permite sua aplicação tanto em sede de controle difuso como de controle concentrado. Neste último caso, a Lei nº 9.868/99, que disciplina o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, prevê, em seu art. 27, os requisitos a serem observados. A Lei nº 9882/99, que trata do procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, possui dispositivo em sentido idêntico (art. 11).

*Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

Cumprir destacar que a possibilidade de modulação não se restringe aos efeitos temporais da decisão, podendo ser aplicada para adequar sua extensão aos imperativos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

O cenário indicado, revelador de uma nítida opção por um controle judi- cial forte, que vem sendo reforçada ao longo dos anos, deixa pouca margem, em meu modesto entender, para a introdução de mecanismos próprios de um



controle judicial fraco sem violação da cláusula pétrea da separação de poderes, pelo menos levando em conta o alcance que atualmente lhe atribui a jurisprudência do STF. Não obstante Tushnet refira-se a experiências internacionais capazes de abrir outras possibilidades de diálogo institucional, há de se levar em conta que parte de uma óptica própria da *Common Law* e examina casos de países que adotam tal sistema, o que pode trazer significativas dificuldades para uma tentativa de circulação de modelos em países como Brasil e Portugal.

A ilustrar o problema que permeia tal reflexão, deve ser invocada a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, em trâmite no Congresso Nacional, cuja referência neste fórum foi feita pelo colega Luciano Moreira de Oliveira. Como analisa o colega Diogo Pignataro de Oliveira, se aprovada a proposta, "*as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF que declarassem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produziriam imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e seriam encaminhadas à apreciação o Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, submeteria a controvérsia à consulta popular*". Pela nítida limitação aos efeitos das decisões do STF e redução de seu papel de Guardiã da Constituição, cumpre indagar se a proposta resistiria ao teste da compatibilidade com a cláusula pétrea da separação de poderes e com a cláusula de inafastabilidade da jurisdição. Ao que me parece, à luz do entendimento prevalecente hoje, a resposta seria provavelmente negativa.

Campo talvez mais fértil apresenta-se no âmbito da modulação dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade, nos moldes do que se operou no julgamento da ADI 2240, que será analisado adiante.

#### **4. Ativismo judicial no Brasil: uma (mini) reforma política por via da interpretação constitucional**

O quadro delineado permitiu, a partir da Constituição de 1988, um crescimento institucional do STF sem precedentes na História do Brasil. O seu protagonismo cada vez destacado tem sido revelador, a meu juízo, de um verdadeiro ativismo judicial. A ilustrar a assertiva vários precedentes poderiam ser invocados. Os estreitos limites desta manifestação, todavia, impõem uma escolha representativa. Considerando a tensão existente entre um controle forte e o processo de deliberação democrática, opto por indicar duas decisões relativas à reforma política operada no Brasil nos últimos anos, a qual, por mais surpreendente que pareça, foi levada a efeito por via da interpretação constitucional, especialmente por obra do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. A primeira refere-se à fidelidade partidária. A segunda, à proibição de as empresas financiarerem as campanhas eleitorais.



Ao examinar os delineamentos do instituto da fidelidade partidária, o STF, ao julgar, em outubro de 2007, os Mandados de Segurança números 26602, 26603 e 26604 (*Informativo STF n.º 482*), reconheceu a constitucionalidade da resposta afirmativa dada pelo Tribunal Superior Eleitoral à Consulta 1.398/DF, em que se indagou se os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito por um partido para outra legenda. O fundamento principal foi o de que o caráter partidário das vagas é extraído diretamente da norma contida no art. 45 da CRFB que consagra o sistema proporcional, prolongando-se depois da eleição o vínculo entre candidato e partido político. O ato de infidelidade, assim, implicaria, quando não amparado em justa razão, em mais do que um desvio ético-político, e sim uma inadmissível ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder.

Em relação ao financiamento das campanhas eleitorais, o STF decidiu, conforme veiculado no *Informativo n.º 799*, ao julgar o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 23, §1º, I e II; 24; e 81, “caput” e § 1º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), que tratam de doações a campanhas eleitorais por pessoas físicas e jurídicas, no ponto em que cuidam de doações por pessoas jurídicas, formulado na ADI 4650/DF (rel. Min. Luiz Fux), que são inconstitucionais as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Declarou, ainda, a inconstitucionalidade dos artigos 31; 38, III; 39, “caput” e § 5º, da Lei 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que regulam a forma e os limites em que serão efetivadas as doações aos partidos políticos, também exclusivamente no que diz respeito às doações feitas por pessoas jurídicas. Em linhas gerais, o Tribunal reputou que o modelo de autorização de doações em campanhas eleitorais por pessoa jurídica não se mostraria adequado ao regime democrático em geral e à cidadania, em particular. Ressalvou que o exercício de cidadania, em sentido estrito, pressuporia três modalidades de atuação física: o “jus suffragii”, que seria o direito de votar; o “jus honorum”, que seria o direito de ser votado; e o direito de influir na formação da vontade política por meio de instrumentos de democracia direta como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Essas modalidades seriam inerentes às pessoas naturais e, por via de consequência, desarrazoada sua extensão às pessoas jurídicas. A participação de pessoas jurídicas apenas encareceria o processo eleitoral sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate.

## 5. Diálogo institucional

Há alguns institutos presentes no direito brasileiro capazes de possibilitar, usando a expressão de Tushnet, uma conversação entre pessoas, legislativo, administrador e judiciário, para a tomada de decisões de interpretação da constituição. Dentre eles podem ser destacadas as audiências públicas e a figura do *amicus curiae*.



O instituto do *amicus curiae* é conhecido no sistema da *Common Law* e nos tribunais internacionais, mas no Brasil, embora tenha sido introduzido pelo art. 31 da Lei nº 6.385/76, que trata da Comissão de Valores Mobiliários, e fosse referido no art. 89 da Lei nº 8.884/94, que versa sobre o CADE, somente ganhou certa notoriedade no cenário jurídico nacional a partir da norma contida no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, que disciplina o processo das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade. A norma possibilita que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades que possam trazer informações relevantes e dados técnicos capazes de contribuir para a adequada e eficiente prestação jurisdicional. Assim, a figura do *amicus curiae* amplia a pluralidade do debate constitucional, tornando-o mais democrático, e confere maior legitimidade à decisão.

Por outro lado, o exame das decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro permite colher julgados em que é possível, no meu entender, afirmar a abertura de uma conversação institucional dada pelo Tribunal. Gostaria de destacar dois casos: o que adotou a tese da chamada inconstitucionalidade progressiva (apelo ao legislador) e o que julgou inconstitucional a criação de novos municípios na federação brasileira sem a edição de lei complementar federal.

No sistema brasileiro, a assistência judiciária gratuita é de atribuição da Defensoria Pública, conforme dispõe o art. 134 da CRFB. O art. 68 do Código de Processo Penal, anterior à Constituição, prevê, no entanto, que as ações de reparação civil *ex delicti*, para os mais desfavorecidos, poderá ser promovida pelo Ministério Público. Em princípio, o dispositivo não é compatível com a Constituição. Ao apreciar a questão, todavia, o STF entendeu que, como ao tempo do julgamento nem todos os Estados contavam com uma Defensoria Pública instalada, a norma ainda seria constitucional, mas, à medida que os órgãos de assistência jurídica fossem finalmente criados, a norma passaria a ser reputada como inconstitucional. Trata-se do chamado *apelo ao legislador*, expressão encontrada na doutrina e na jurisprudência germânica, embora nem sempre seja o legislador o responsável pela situação de inconstitucionalidade relativa.

O parágrafo 4º do art. 18 da CRFB, com a redação dada pela EC nº 15/96, prevê que a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios deverão ser realizados: por lei estadual; dentro do período fixado em lei complementar federal; após consulta prévia, por plebiscito, às populações dos municípios envolvidos, as quais devem ter tido acesso a Estudos de Viabilidade Municipal (apresentados e publicados na forma da lei). Trata-se de norma de eficácia limitada, cuja aplicabilidade está subordinada à edição da citada lei complementar federal.

Não obstante a alteração trazida pela referida Emenda Constitucional, municípios continuaram a ser criados por lei estadual sem que houvesse a



necessária edição da lei complementar federal. Algumas centenas de municípios foram criados nessa situação. O quadro de inconstitucionalidade foi declarado pelo STF em alguns julgados, como na ADI 2240, que teve por objeto a Lei nº 7.619/00, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Diante do quadro fático estabelecido, o Tribunal adotou solução que, levando em conta a força normativa dos fatos e o princípio da segurança jurídica, resultou da ponderação entre este e o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais. Declarou-se, assim, a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, concedendo-se prazo ao Legislativo para estabelecer uma solução normativa para a questão. A solução veio por intermédio da EC nº 57, que convalidou os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

As decisões, que estabelecem uma conversação entre Judiciário e Executivo – a primeira – e entre Judiciário e Legislativo – a segunda -, com vista à superação de situações incompatíveis com a Constituição, sem que ocorra imediatamente a declaração de nulidade da norma legal questionada, pode ser compreendida, no meu entender, como caracterizadoras de um diálogo institucionalizado, não obstante em um cenário de controle forte. Mostram, ademais, os espaços, conquanto não muito generosos, de que dispõe o instituto no âmbito da separação de poderes tal como compreendida como princípio constitucional na jurisprudência da Suprema Corte.

Por fim, cumpre indagar se o controle judicial não há de ser mais forte, e outras vezes mais fraco, como indicado pelo professor José Carlos Vieira de Andrade, e, nesse caso, haveria de se indagar acerca dos critérios de graduação do controle a serem estabelecidos. Talvez a solução de um controle misto seja recomendável, a fim de reduzir a tensão entre o controle judicial e os processos de deliberação democrática. Mas tão importante quanto a adoção desse caminho é definir o que estaria submetido a um controle forte e o que se situaria no âmbito de um controle fraco. Ao que me parece, o grande papel a ser reservado ao Judiciário nesse cenário seria o de exercer um controle forte sobre as normas que presidem o processo de deliberação democrática e suas condições, a fim de conservar desobstruídos seus canais e garantir a higidez do sistema.

O desenho proposto poderia permitir um controle fraco sobre as normas relativas aos direitos fundamentais, haja vista que sua flexibilização, em certos momentos, evidencia-se necessária. Um caso que ilustra essa necessidade é o da segurança pública, nomeadamente, no cenário europeu e norte-americano, para o combate ao terrorismo. A recente tragédia parisiense nos leva a refletir se a flexibilização das liberdades fundamentais não se impõe para debelar



atrocidades como a ocorrida. Nesse contexto, a desobstrução dos canais democráticos seria mister, com vista a garantir um processo deliberativo justo.

### Referências bibliográficas

Ackerman, Bruce (2006), *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey.

Gargarella Roberto (comp.) (2014), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.

Goodin, Robert E. (comp.) (2003), *Teoría del diseño institucional*, Barcelona, Gedisa.

Post, Robert e Siegel, Reva (2013), *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.

Tushnet, Mark (2008), *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press.



### Weak Courts, Strong Rights (II)

por [José Casalta Nabais](#) - Wednesday, 18 November 2015, 11:21

#### 1. Quem nos guarda dos cães que ladram mas não mordem?

(provocações avulsas sobre o actual papel dos tribunais)

Mais do que uma opção, na tutela dos direitos fundamentais sociais, entre tribunais fracos para direitos fortes || tribunais fortes para direitos fracos, parece-nos ter algum interesse tecermos algumas considerações sobre o papel reservado aos tribunais em geral na referida tutela. Ou seja, se podemos esperar muito do caminho que vem sendo trilhado pela crescente convocação dos tribunais para a realização de tudo e, naturalmente, também dos direitos fundamentais sociais.

Pois bem, a crescente visão quantitativa dos direitos fundamentais, com expressão nos textos constitucionais, que desde os meados do século passado vem suportando dogmaticamente esta temática, haveria, naturalmente, de ter



repercussão nos correspondentes meios de tutela jurisdicional, estendendo-se portanto à crescente convocação dos tribunais para assegurar a tutela dos direitos fundamentais, mesmo daqueles para cuja realização, pela sua natureza, se mostram mais adequados os poderes activos do Estado.

Uma realidade que mais não é senão a continuação que, desde o segundo quartel do século XIX, vem concretizando uma certa “fuga” para ao juiz. A esse respeito, importa sublinhar que a ideia acerca do papel que os tribunais podem (e devem) assumir na defesa e realização efectiva dos direitos fundamentais, de todos os direitos fundamentais, está indissociavelmente ligada à construção do Estado de direito, enquanto Estado efectivamente subordinado à realização dos direitos fundamentais, que foi paulatinamente erguida nos últimos dois séculos, instituindo um cão de guarda que proteja os indivíduos, ou melhor, as pessoas, da afectação dos seus direitos pelos poderes públicos, pelos restantes poderes públicos.

Uma construção, em que são visíveis as duas etapas já percorridas:

- a do cão de guarda face ao Executivo, face à Administração Pública, quando era este/esta que representava o verdadeiro perigo para os cidadãos, que corresponde ao período da luta por uma justiça administrativa, cuja construção mobilizou praticamente todo o século XIX;

- a do cão de guarda face ao legislador (ou, mais em geral, face ao poder político), o qual, no quadro do racionalismo e da consequente compreensão racional da lei própria do século XIX, não era visto como perigoso para os direitos do cidadãos, mas que, com o desmoronar daquele quadro no século XX, passou a ser tão suspeito aos olhos dos cidadãos como o fora o Executivo, a Administração, no século XIX. É o período da afirmação da justiça constitucional, universalizada depois da segunda guerra mundial, e após de ter sido ultrapassada a questão sobre que tipo de cão de guarda devia ser o escolhido: um cão de guarda político (Carl Schmitt) ou um cão de guarda judicial (Hans. Kelsen).

Em qualquer destas etapas, a melhoria do Estado de direito, como Estado que se propõe realizar um elevado grau dos direitos fundamentais, foi sempre no sentido de um crescendo – mais tribunais e mais vias jurisdicionais, no quadro de um percurso todo ele paralelo ao que foi seguido pela referida visão quantitativa dos direitos fundamentais. Por isso, nunca teremos tido tantos tribunais e tantas vias de acesso a estes. Tribunais cuja oferta ainda assim se revela quase sempre insuficiente, o que tem aberto a porta a diversos mercados paralelos, mais ou menos privados, de jurisdição.

O que, naturalmente, põe o problema da necessidade de um novo cão de guarda, agora um cão que guarde o guarda ou os guardas que era suposto protegerem-nos mas que, efectivamente, não protegem o suficiente. Por isso, pergunto-me se no século XXI não vamos assistir à procura de um novo cão de guarda – agora o cão de guarda do cão de guarda, ou melhor dos cães de guarda adquiridos nos séculos XIX e XX.



Mas o problema resolve-se com mais um tipo de cão de guarda? Ou essa lógica está esgotada? Não será necessário antes recuperar um certo equilíbrio do papel dos poderes do Estado na realização dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais? E isto na medida em que essa realização constitua tarefa do Estado, e não seja da responsabilidade da pessoa, da família, da sociedade civil, etc. Pois não podemos esquecer que os direitos sociais, embora em abstracto não possam deixar de ser universais ou categoriais, portanto de todos os cidadãos, como direitos concretos são direitos de apenas *alguns* cuja participação na economia de mercado não assegura um mínimo de existência compatível com a sua dignidade, designadamente tendo em conta o nível de estadalidade social atingido pelo respectivo país<sup>[1]</sup>.

Aliás, deixar o problema da realização dos direitos fundamentais basicamente para os tribunais acaba por ter um sentido idêntico ao de deixar os problemas da saúde inteiramente para os hospitais, quando deviam ficar para estes apenas os que a medicina preventiva de todo não pudesse realizar. Seria bonito considerar realizada num elevado grau a saúde por toda a população ser encaminhada para os hospitais.

Naturalmente que os tribunais não podem deixar de integrar o sistema de realização dos direitos fundamentais sociais, mas julgar que os órgãos jurisdicionais constituem o protagonista maior dessa realização, é mais do que discutível. Com efeito, o cão de guarda desses direitos poderá ladrar muito, mas por certo tem pouca capacidade de morder os que violam os direitos fundamentais sociais, uma vez que a violação destes se concretiza na não realização de prestações positivas a favor das pessoas. Até porque a crescente deslocação do domínio de actuação dos órgãos políticos para o domínio dos órgãos jurídicos e, destes, para o domínio dos órgãos jurisdicionais, objectivamente falando, vem convertendo os tribunais em instâncias cada vez mais técnico-burocráticas e, por conseguinte, menos aptas a desempenhar e mais afastadas da nobre missão que tradicionalmente lhes é apontada.

Por isso, num tal quadro, apesar da importância do dilema tribunais fracos / direitos fortes || tribunais fortes / direitos fracos, como suportes da realização dos direitos sociais, temos de ter bem presente a limitada capacidade à partida dos tribunais para serem os verdadeiros suportes da efectivação dos direitos sociais. De resto, essa capacidade acaba por ser diversificada. Designadamente, não se pode esperar ou exigir que tribunais instituídos para certas funções se convertam facilmente em tribunais dos direitos fundamentais, como é o caso paradigmático do *US Supreme Court*, um tribunal que, mais do que qualquer outro tribunal superior de um Estado composto, foi inteiramente talhado para solucionar as inevitáveis *federal questions*, para resolver os naturais problemas de repartição vertical (e horizontal) do poder político, e não para a tutela dos *fundamental*



*rights*. O que, em um sistema de *common law*, ainda se revela mais visível dado o papel reforçado que os órgãos jurisdicionais têm em geral nesse sistema. Daí que, mais do que o *US Supreme Court*, acabem por ser os supremos tribunais dos Estados os verdadeiros guardiões dos direitos fundamentais.

De resto, trabalhando nós, como juristas, essencialmente para os tribunais, não será fácil aceitarmos o papel de reivindicadores de menos tribunais e menos instrumentos jurisdicionais tão importantes para o exercício da nossa actividade...

[1] V. o nosso estudo «Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais», *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra Editora, 2007, p. 126 e s.



Re: Weak Courts, Strong Rights (II)

por [Carla Sofia Dantas Magalhães](#) - Tuesday, 24 November 2015, 06:19

### **1. E, na realidade, que papel têm os tribunais na garantia dos nossos direitos fundamentais sociais?**

Poderia iniciar a apresentação das minhas reflexões por uma intemporal verdade romântica, numa conhecida passagem de “O Príncipezinho”, de ANTOINE DE SAINT-EXUPÉRY:

“ – Sois belas, mas vazias, disse ele ainda. Não se pode morrer por vós. Minha rosa, sem dúvida, um transeunte qualquer pensaria que se parece convosco. Ela sozinha é, porém, mais importante que vós todas, pois foi a ela que eu reguei. Foi a ela que pus sob a redoma. Foi a ela que abriguei com o pára-vento. Foi dela que eu matei as larvas (excepto duas ou três por causa das borboletas). Foi a ela que eu escutei queixar-se ou gabar-se, ou mesmo calar-se algumas vezes. É a minha rosa.

E voltou, então, à raposa:

– Adeus, disse ele...

– Adeus, disse a raposa... Eis o meu segredo. É muito simples: só se vê bem com o coração. O essencial é invisível para os olhos.

– O essencial é invisível para os olhos, repetiu o príncipezinho, a fim de se lembrar.



- Foi o tempo que perdeste com a tua rosa que fez a tua rosa tão importante.
- Foi o tempo que perdeste com a tua rosa, repetiu o príncipezinho, a fim de se lembrar.
- Os homens esqueceram essa verdade, disse a raposa. Mas tu não a deves esquecer. Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas. Tu és responsável pela rosa...
- Eu sou responsável pela minha rosa, repetiu o príncipezinho, a fim de se lembrar.”

E é que começar assim não seria descontextualizado...

O Professor JOSÉ CASALTA NABAIS, nas suas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais, faz-nos pensar se, de facto, menos direitos fundamentais seria sinónimo de melhores direitos fundamentais – isto no contexto de uma sociedade dominada (talvez, iludida) pela quantidade. Se olharmos um pouco mais de perto, parece *que a actual “moda” dum discurso superlativo dos direitos fundamentais está longe duma adequada eficácia e aderência à realidade*, interroga o Professor[1]. Assim, defende hoje o que denomina por *purificação dos direitos fundamentais*: depois de uma luta pela quantidade, impõe-se agora uma luta pela qualidade jusfundamental dos direitos, *como um maior sentido do concreto e do real, de modo a que os direitos fundamentais se centrem efectivamente na pessoa de carne e osso e não num seu qualquer estereótipo*[2].

Em defesa da necessidade de purificar (o entendimento sobre) os direitos fundamentais, o Professor JOSÉ CASALTA NABAIS define algumas ideias.

A primeira é a de que todos os direitos fundamentais são *função da liberdade*. Mas não só: os direitos fundamentais têm por suporte uma *liberdade responsável*. Logo, não se pode esquecer a permanente ligação entre as liberdades e a responsabilidade comunitária, “pois só no seio duma comunidade pensada e organizada em termos de Estado (moderno) os direitos fundamentais são susceptíveis de ser usufruídos plenamente”[3].

Muito importante, a segunda ideia é a de que os direitos fundamentais sendo expressão da liberdade face ao poder traduzem-se logo em *limites face ao poder*. JORGE REIS NOVAIS faz ver que *a Constituição serve para limitar, controlar e vigiar os governantes e, dessa forma, garantir a liberdade dos governados*[4]. Neste contexto, pergunta-se: o que é uma Constituição? A resposta foi dada institucionalmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pelos Aditamentos de 1798 à Constituição Americana de 1787: a Constituição é *direitos fundamentais e separação de poderes*. E o conceito continua actual: o que vai mudando é mesmo a concepção da separação de poderes quanto à concepção (própria) de direitos fundamentais. E a separação de poderes é



instrumental relativamente ao objecto principal de qualquer Estado de Direito: a garantia dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado e os poderes públicos[5]. Explicando esta ideia, JORGE REIS NOVAIS escreveu:

“Cabe, naturalmente, à escolha democrática de cada país configurar o princípio da separação de poderes como considera mais ajustado e acolher na Constituição os direitos que em cada comunidade se entende deverem ser considerados fundamentais. As escolhas constitucionais não são sempre as mesmas, direitos fundamentais e separação de poderes variam de país para país, mas a ideia de Constituição de Estado de Direito continua a ser exactamente a mesma que nasceu nas revoluções liberais do final do século XVIII e que alastrou, nos séculos seguintes, a todo o Mundo: Constituição de Estado de Direito é sempre direitos fundamentais e separação de poderes.

O elenco dos direitos fundamentais presente na Constituição portuguesa, na alemã ou na dos Estados Unidos da América é muito diferente mas em todas essas ordens constitucionais os direitos fundamentais são o núcleo da Constituição e há um poder judicial independente e uma justiça constitucional que velam pela observância desses direitos por parte dos poderes públicos, seja a orgânica dessa justiça constitucional encimada por um Tribunal Constitucional ou por um Supremo Tribunal”[6].

A democracia constitucional é necessariamente Estado social e democrático de direito: a Constituição é Direito, é norma jurídica vinculativa, é a Lei Fundamental do Estado que vincula o próprio Estado. Como garantir, face ao Estado e aos poderes públicos, a supremacia da Constituição? Através de um *poder judicial independente*[7].

É importante não esquecer ainda: os direitos fundamentais são *propriamente* fundamentais, encontrando-se a ideia de fundamentalidade *puramente* ancorada na dignidade da pessoa humana e não em meros desejos secundários, particulares, fundados em necessidades acessórias[8].

Por fim, o Professor JOSÉ CASALTA NABAIS defende que os direitos fundamentais “hão-de estar ao serviço da *liberdade concreta e real ou efectiva*, isto é, ao serviço do homem concreto e não de um estereótipo qualquer. Ou seja, a consagração constitucional do conteúdo dos direitos fundamentais há-de ter presente as condições da sua efectivação real”[9].

E, assim, em defesa deste *realismo* na consagração dos direitos na Constituição, faz lembrar que esse mesmo realismo deve ter a adequada correspondência na conformação e concretização legal desses direitos[10]. E, então, qual o papel dos tribunais na concretização dos direitos fundamentais?

Para o debate chamo GOODWIN LIU, que, na sua teoria sobre os direitos fundamentais sociais (*in «Rethinking Constitutional Welfare Rights»*)[11], centra o papel dos Tribunais num processo dialéctico contínuo comprometendo o



Legislador e comprometido com os concretos valores próprios de uma dada Sociedade. E, parece-me, aqui a palavra de ordem é também o *realismo*, o contexto *concreto*. GOODWIN LIU traz uma abordagem que coloca os tribunais como intérpretes da identidade cultural e histórica de uma colectividade, com as suas necessidades colectivas *particulares*. E vem reivindicar que a legitimidade judicial no reconhecimento de direitos sociais não se encontra definitivamente em princípios morais abstractos, mas no entendimento que uma dada sociedade tem sobre os seus valores fundamentais: GOODWIN LIU revisita o pensamento de FRANK MICHELMAN, Professor de Harvard, que, em 1973, teorizou o conteúdo e a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais na visão da teoria da justiça como equidade de JOHN RAWLS[12], mas rejeita-a, e, em 2008, GOODWIN LIU constrói a sua teoria na perspectiva teórica desenvolvida por MICHAEL WALZER (in «*Spheres of Justice*»). Onde está a diferença? Enquanto JOHN RAWLS buscou princípios de justiça abstractos e transcendentos para uma sociedade *ideal*, MICHAEL WALZER encontrou os princípios de justiça na história, cultura, práticas sociais e entendimentos partilhados numa sociedade *concreta*. Já que para GOODWIN LIU, *the judicial role is best understood as part of an ongoing dialectical process by which legislative judgements are brought into harmony not with transcendent moral principles, but with the values our society declares its own*) [13].

Pois, se foi o realismo que esteve na base da consagração constitucional dos direitos, do mesmo sentido de realismo deve estar imbuída a criação da lei e a aplicação do direito – e através deste processo dialéctico podemos falar na efectiva concretização dos direitos fundamentais. Mas mesmo dos direitos fundamentais sociais?

O Professor JOSÉ CASALTA NABAIS vem situar a discussão: “o cão de guarda desses direitos poderá ladrar muito, mas por certo tem pouca capacidade de morder os que violam os direitos fundamentais sociais, uma vez que a violação destes se concretiza na não realização de prestações positivas a favor das pessoas.” Mas não olvidando que – naturalmente – “os tribunais não podem deixar de integrar o sistema de realização dos direitos fundamentais sociais, mas julgar que os órgãos jurisdicionais constituem o protagonista maior dessa realização, é mais do que discutível”. Sendo os direitos sociais direitos a bens rivais, a sua efectivação real e concreta dependerá em muito das opções políticas a realizar pelo legislador ordinário e razões de (in)sustentabilidade financeira[14]. Os direitos sociais devem traduzir *um mínimo de igualdade social* que permita o exercício da liberdade daqueles que a vêem bloqueada e não a sua transformação em indivíduos *assistidos* radicalmente *dependentes* do Estado, da colectividade, do social. O Professor JOSÉ CASALTA NABAIS relembra: os bens e serviços são gratuitos para os utentes, mas não para a colectividade[15].



Mais além, a problemática da realização dos direitos sociais faz-se sentir mesmo no seio dos juízes do Tribunal Constitucional, a ponto de JORGE REIS NOVAIS falar mesmo em *puro preconceito contra os direitos sociais*[16]. E traz um excerto do voto de vencida da Conselheira Maria Lúcia Amaral apostado ao Acórdão n.º 353/12 (referente aos cortes do subsídio de férias e subsídio de Natal em 2012)[17]:

“não pode dizer-se que o direito à não diminuição do montante da retribuição do trabalhador que em cada momento se afigura tenha o estatuto de direito fundamental, resistente à lei porque atribuído às pessoas pela Constituição. A razão para tal não está no facto de esse direito não constar, expressamente, do elenco da parte primeira da constituição. Pode haver direitos fundamentais não escritos: nenhuma constituição é um código fechado, ou uma regulamentação exaustiva de todas as relações entre cidadãos e Estado; não o é também, por isso, a CRP. O motivo está na impossibilidade de se atribuir a tal direito o estatuto substancial de fundamentalidade.”

Uma recusa de fundamentalidade a direitos sociais significa a sua *falta de resistência à lei*, numa concepção segundo a qual as leis restritivas de direitos sociais devem ser objecto de um mero controlo de evidência, ou seja, *que o legislador deve dispor livremente desse bem*[18]. Talvez tenha sido neste sentido que o Professor JOSÉ CASALTA NABAIS lançou uma (outra) provocação: “o problema da necessidade de um novo cão de guarda, agora um cão que guarde o guarda ou os guardas que era suposto protegerem-nos mas que, efectivamente, não protegem o suficiente”. É, portanto, momento da defesa da Constituição como lei fundamental que vincula o Estado. E seguindo o jogo de provocações, quero trazer assim as palavras de JORGE REIS NOVAIS: “[t]emos todo o direito a ter opiniões diferentes, a ser preconceituosos, a alimentar preconceitos diferentes, mas não podemos recusar à opção que a Constituição fez um valor constitucional, o valor de uma imposição constitucional que os tribunais devem seguir independentemente dos preconceitos pessoais dos respectivos juízes”[19].

De tudo o que foi dito, podemos colher uma lição de *realismo* centrado na pessoa humana concreta; no fim, trata-se da necessidade de adequada e eficaz *aderência* dos direitos fundamentais à *realidade*, seguindo os pensamentos aqui trazidos. Pois nem só de direito(s) vive o homem... E GOODWIN LIU bem alertou: *[i]n this area, as in many others, we cannot hope to change our law without first doing the hard work of changing our politics*[20]. O papel que os tribunais devem desempenhar no contexto concreto de efectivação dos direitos sociais é o que lhe compete num dado Estado de Direito social e democrático, pela Constituição. A relação do Estado com a sociedade deve atender à dimensão real-humana da pessoa, da sua dignidade, da sua esfera de liberdade e identidade própria. E a Constituição de um país não deixa esquecer esta relação... “Ela sozinha é, porém, mais importante que vós todas, pois foi a ela que eu reguei. Foi a ela que pus sob a redoma. Foi a ela que abriguei com o pára-vento.



Foi dela que eu matei as larvas (excepto duas ou três por causa das borboletas)”. Constituição que é separação de poderes e direitos fundamentais... “– Eu sou responsável pela minha rosa, repetiu o príncipezinho, a fim de se lembrar.”

Quem nos protege dos cães que ladram mas não mordem? Nós mesmos. E a nossa Constituição lembra-nos disso. Não pela quantidade de direitos que consagre, porque é muito simples: o essencial é invisível para os olhos.

[1] V. José Casalta Nabais, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, in «Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais», Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 87, 88 e 89.

[2] *Ibidem*, p. 119.

[3] *Ibidem*, p. 120.

[4] Cfr. Jorge Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 25.

[5] *Ibidem*, pp. 22-23.

[6] *Ibidem*, pp. 23-24.

[7] *Ibidem*, pp. 26-27.

[8] V. José Casalta Nabais, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, cit., p. 121.

[9] *Ibidem*, p. 122.

[10] *Ibidem*, p. 123.

[11] V. Goodwin Liu, *Rethinking Constitutional Welfare Rights* in «Stanford Law Review», Vol. 61, N.º 2, Leland Stanford Junior University, 2008, pp. 206-268, [online], disponível em <http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/articles/Liu.pdf>, citado em 22/11/2015.

[12] V. Frank I. Michelman, *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View os Rawls' Theory of Justice* in «University of Pennsylvania Law Review», Vol. 121, 1973, pp. 962-1019, [online], disponível em [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5240&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5240&context=penn_law_review), citado em 22/11/2015. Vide também Frank I. Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy* in «Washington University Law Review», Vol. 1979, N.º 3 (Symposium: *The Quest for Equality – Part III*), 1979, pp. 659-693, [online], disponível em [http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2534&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2534&context=law_lawreview), citado em 22/11/2015.

[13] V. Goodwin Liu, *Rethinking Constitutional Welfare Rights*, cit., p. 211.

[14] V. José Casalta Nabais, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, cit., pp. 124-127.



[15] *Ibidem*, pp. 120 e 127.

[16] Cfr. Jorge Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional...*, cit., p. 153.

[17] *Ibidem*, p. 143.

[18] *Ibidem*, pp. 144-145.

[19] *Ibidem*, p. 153.

[20] V. Goodwin Liu, *Rethinking Constitutional Welfare Rights*, cit., p. 212.



Re: Weak Courts, Strong Rights (II)

por [Diogo Pignataro de Oliveira](#) - Sunday, 29 November 2015, 21:56

As “provocações avulsas sobre o atual papel dos tribunais” do Professor Doutor José Casalta Nabais conduzem a relevantes reflexões sobre as quais gostaria de ponderar alguns aspectos.

Primeiramente porque revelam a formatação atual de um modelo em que os tribunais são convocados para, cada vez mais, realizarem tudo, ainda que a oferta a diversos meios de acesso seja ainda quase sempre insuficiente, abrindo-se caminhos para “mercados paralelos de jurisdição”.

A jurisdição, que até há pouco tempo era privilégio e monopólio exclusivo do Estado, passou a poder ser exercida por mecanismos alternativos que as próprias partes litigantes tenham escolhido, por razões atinentes a uma maior celeridade, efetividade, especialidade e/ou tecnicidade das decisões e dos procedimentos, investindo-se num terceiro privado a mesma função capitaneada pelo Estado-Juiz, inclusive para, no caso brasileiro, resolver contendas que envolvam a administração pública (desde que sobre direitos patrimoniais disponíveis).

A arbitragem, exemplo deste novo “mercado paralelo de jurisdição”, que não se restringe às questões patrimoniais disponíveis ocorridas internamente nos Estados, cada vez mais se propõe a se tornar o melhor meio de solução de controvérsias privadas internacionais, sobrepujando-se aos métodos tradicionais de resolução jurisdicional de litígios sobre relações jurídicas privadas internacionais.

Tem-se, ainda, a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a auto-composição de conflitos no âmbito da administração



pública, sedimentada legalmente no Brasil pela Lei 13.140, que entrará em vigor no próximo dia 29.12.2015 e que institui que um terceiro imparcial sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, as auxiliem e estimulem a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, de modo que, embora não disponha de jurisdição, legitima uma opção de solução afora da judicial.

Parece-me que o “cão de guarda” está um pouco cansado e atarefado demais diante das suas missões cada vez mais numerosas que são a ele conferidas, a ponto de o Estado buscar novos formatos de resolução das lides, até mesmo quando ele é o litigante.

Todavia, tais novos formatos jurisdicionais não se adequam bem à proteção e ao controle judicial quanto aos direitos fundamentais, já que se restringem a contendas patrimoniais (economicamente avaliáveis) disponíveis (de que as partes podem transacionar), revolvendo-se a problemática do atual papel dos tribunais, ainda mais considerando a crescente visão quantitativa dos direitos fundamentais expressados nos textos constitucionais desde meados do século passado. Eu até diria que não apenas “nos textos constitucionais”, que realmente incorporaram, na história recente dos últimos cinquenta anos, diversos direitos fundamentais que até então não eram consagrados nos regimes de exceção existentes no Brasil, em países sul-americanos e em Portugal, mas também nas normativas internacionais, que justamente neste mesmo período histórico passou a reconhecer que o tratamento concedido pelo Estado a seus próprios cidadãos passava a se tornar objeto do interesse internacional, ocorrendo um processo de internacionalização tanto da proteção dos direitos humanos, com início em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que passaram a ser estabelecidas previsões materiais de direitos fundamentais, como também proteções concedidas por jurisdições internacionais concebidas para atuarem complementarmente às esferas nacionais.

Sendo assim, as dificuldades e as soluções estariam (1) na quantidade de coisas que colocamos para esse cão guardar (os direitos fundamentais)? (2) numa repartição de mais cães com a mesma função de guarda (repartição do monopólio da jurisdição estatal)? (3) na instituição de um novo cão de guarda, um cão que guarde o guarda? Ou (4) na definição ideal daquilo que deve ser guardado pelo cão, criando-se outros mecanismos de guarda que interajam com este “mais tradicional”?

Indico a última opção como a mais ideal, filiando-me ao Professor Doutor José Casalta Nabais quando este, em suas provocações, aduz que é um problema deixar a realização dos direitos fundamentais basicamente para os tribunais – estes não podem deixar de integrar o sistema de fiscalização (tais como os cães de guarda num sistema de segurança), mas sem entender que são os protagonistas maiores dessa realização.





Re: Weak Courts, Strong Rights (II)

por [Sergio Paulo de Abreu Martins Teixeira](#) - Monday, 30 November 2015, 02:07

## 1. Algumas reflexões sobre o papel dos tribunais na aplicação dos direitos sociais

O professor José Casalta Nabais - em sua provocação avulsa sobre o atual papel dos tribunais intitulada *Quem nos guarda dos cães que ladram mas não mordem?* – instiga-nos, com suas argutas considerações, à análise acerca do papel reservado aos tribunais na tutela dos direitos fundamentais sociais, especialmente quanto às expectativas que podemos nutrir diante do caminho que vem sendo trilhado, o da crescente convocação dos órgãos jurisdicionais para realização de tudo.

O professor realça a crescente visão quantitativa dos direitos fundamentais, o que tem se dado em um cenário de *melhoria* do Estado de direito, “*como Estado que se propõe realizar um elevado grau dos direitos fundamentais*”, processo que tem se desenvolvido no sentido de mais tribunais e mais vias jurisdicionais para a consecução desse desiderato. Cogita-se, no quadro apresentado, até mesmo a necessidade de um novo cão de guarda para suprir a proteção insuficiente do guardião originário. A esta altura cabe rememorar as indagações do douto dinamizador: “*Mas o problema resolve-se com mais um tipo de cão de guarda? Ou essa lógica está esgotada? Não será necessário antes recuperar um certo equilíbrio do papel dos poderes do Estado na realização dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais?*”

Se é certo que os tribunais não podem ser alijados do sistema amplo de defesa e aplicação dos direitos sociais, a mesma certeza não se põe ao colocar-se o Judiciário como protagonista desse processo de realização. A questão justifica-se na medida em que os tribunais não foram forjados para desempenhar esse papel, sobretudo por envolver a implementação de políticas públicas – às vezes sequer esboçadas para além de uma previsão constitucional ampla -, a alocação de recursos públicos e o desempenho de prestações positivas e continuadas. Vale dizer, atividades afetas aos poderes Legislativo e Executivo, destacadamente a este último. O professor Casalta Nabais cita o caso paradigmático do *US Supreme Court* e sua vocação para dirimir as *federal questions* relacionadas à distribuição do poder político em suas duas dimensões, o que importa em uma dificuldade natural para lidar com a implementação de direitos, nomeadamente os sociais e econômicos.



Diante de tais considerações, que talvez se coloquem mais apropriadamente como verdadeiras perplexidades do Estado social de direito, gostaria de destacar alguns pontos de reflexão.

O primeiro refere-se à especialização da defesa dos direitos humanos no plano internacional e regional. Se no âmbito interno deparamo-nos com casos de supremos tribunais que não foram talhados para a defesa dos direitos fundamentais – como o norte-americano -, a situação tem merecido tratamento diferente no âmbito internacional – e supranacional – com a criação de órgãos especialmente vocacionados à tutela dos direitos do homem. A circunstância talvez configure o que o professor Nabais designou como o *cão que guarda o guarda*, sobretudo se considerarmos o quadro europeu.

Como é consabido, o sistema europeu de proteção dos direitos tem como diploma básico a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. O tratado constituiu a Comissão e a Corte Europeias de Direitos Humanos. Inicialmente voltada apenas à promoção dos direitos civis e políticos, a referida Convenção foi complementada, em 1961, pela Carta Social Europeia, a fim de tratar dos direitos sociais e econômicos. O Protocolo nº 11 de 1998 estabeleceu a fusão entre a Comissão e a Corte Europeia e franqueou a qualquer pessoa – ou mesmo a uma ONG – a submissão ao referido Tribunal de pleitos fundamentados na violação dos direitos estabelecidos na Convenção. O fato ensejou substancial aumento na quantidade de demandas apresentadas à Corte. Nos casos que envolvem a responsabilidade de um Estado, as decisões do Tribunal são submetidas ao Conselho de Ministros da União Europeia que, ostentando a natureza de órgão executivo, acompanha a implementação das medidas impostas. A experiência tem se mostrado exitosa com o cumprimento por parte dos Estados membros das determinações da Corte, inclusive com a modificação de instituições e procedimentos nacionais, como no caso do sistema de detenção alemão.

A transposição do referido modelo do âmbito supranacional para o interno rende ensejo a alguns questionamentos sobretudo relacionados a: se essa especialização, efetivamente, implicaria em semelhante êxito no plano nacional; como se daria a compatibilização de um Tribunal de defesa de direitos fundamentais com os órgãos judiciários de cúpula hoje existentes nos Estados, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil. Especificamente no que concerne à tutela dos direitos sociais e econômicos não me parece, em meu modesto entender, que tal solução apresente-se eficaz, porquanto a simples criação de um novo órgão não se mostra capaz de afastar os problemas relacionados à intervenção judicial na matéria. A solução passaria, em princípio, por um sistema de proteção que promovesse, nos moldes de um constitucionalismo democrático (Post e Siegel, 2013:51), um intercâmbio entre agentes e órgãos públicos dos diferentes poderes e cidadãos e entidades da sociedade civil organizada.

O segundo diz respeito à forma heterogênea mediante a qual os direitos fundamentais sociais são tratados nos diferentes ordenamentos jurídicos. Como



bem analisado pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto no julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, decisão já mencionada pelo colega Luciano Moreira, o quadro global apresenta casos de questionamento da própria existência dos direitos fundamentais sociais em Estados cuja Constituição não os prevê expressamente ou não lhes atribui eficácia plena, como é a hipótese da Alemanha, em que a Lei Fundamental de 1949 é extremamente econômica ao enunciar expressamente direitos fundamentais (Alexy, 2008:500), bem como casos, como o português, em que há diferenciação entre os regimes constitucionais das liberdades e garantias e o dos direitos sociais (Andrade, 2004:385). No Brasil, em que a Constituição detalha significativo rol de direitos sociais, as questões relativas à sua eficácia social (sobretudo dos direitos à educação e à saúde), como destaca Gilmar Mendes, encontram-se mais ligadas à implementação e à conservação de políticas públicas que já existem, inclusive no que toca à composição dos orçamentos dos entes federativos – até porque em relação à saúde e à educação existe um percentual mínimo de alocação de recursos prévia e normativamente definido -, do que à ausência de uma legislação específica. Em outras palavras, trata-se não de um problema de inexistência, e sim de execução, de ordem administrativa, portanto, das políticas públicas por Municípios, Estados e União. Com efeito, a intervenção jurisdicional tem lugar não na definição de políticas públicas, mas na determinação do cumprimento de políticas existentes, pelo menos na maioria dos casos. Nesse quadro, ao que me parece, a participação do Judiciário na promoção dos direitos sociais pode se mostrar relevante, porquanto ocorre de modo pontual, concreto e específico.

O terceiro ponto concerne à relação entre o estágio de desenvolvimento democrático de um Estado e o grau de intensidade demandado de um controle judicial (fraco ou forte) quanto à realização dos direitos. Ao que me parece, em democracias jovens a atribuição de um papel mais decisivo aos tribunais na promoção dos direitos fundamentais – supremacia judicial na concepção de Kramer (2001) - pode significar um atalho a diminuir a distância entre as previsões constitucionais e a realidade fática. No caso brasileiro, sem o desenvolvimento de teorias jurídicas voltadas à normatização dos princípios (Silva, 2007; Barroso, 2008; 2000) e de um certo ativismo judicial – como destaquei em outra manifestação – talvez não houvéssimos chegado ao grau de concretização dos direitos constitucionais atingido, conquanto este ainda se apresente insatisfatório diante das necessidades da sociedade.

O quarto aspecto refere-se à verdadeira crise de legitimidade vivida pelas democracias representativas. No Brasil, os órgãos legislativos (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais) figuram, em pesquisas recentes, entre as instituições que gozam de menor respeitabilidade social. De outro lado, o Judiciário e sobretudo o Ministério Público são depositários da confiança da população. A demonstrar que os dados estatísticos não se encontram divorciados da realidade, basta que sejam lembradas as manifestações



populares de 2013 que levaram milhões de brasileiros às ruas. A pauta, acentuadamente difusa, trazia como um dos pontos centrais o pleito de arquivamento da chamada PEC 37, uma iniciativa do Congresso Nacional para subtrair os poderes de investigação do Ministério Público. A pressão popular foi tamanha que, apesar de mais de 80% dos deputados terem se manifestado a favor da proposta originalmente, esta acabou sendo arquivada.

O cenário é desafiador. O papel do Judiciário na promoção e defesa dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais e econômicos, deve ser pontual – no âmbito do direito à saúde, *v.g.*, situações de risco de vida e de comprometimento irreversível da integridade física e psíquica da pessoa -, mas os tribunais, pelo vácuo deixado pelos poderes políticos, têm assumido na questão um protagonismo que não lhes deveria caber. As soluções que, no âmbito de uma teoria jurídico-institucional – como o constitucionalismo popular de Tushnet e Kramer -, passariam por um fortalecimento do processo democrático de decisão pelos órgãos de representação popular, esbarram, por mais paradoxal que pareça, em um ceticismo da população – pelo menos no caso do Brasil – com relação à *dimensão republicana de seus próprios mandatários*. O cidadão não se sente representado por seus deputados. A superação dessa dificuldade e a implementação desses direitos no âmbito de uma política pública social parece ser, em meu modesto entender, o objetivo, o que, porém, não é suficiente para calar a pergunta: qual o caminho?

### Referências bibliográficas

Alexy, Robert (2008), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Virgílio Afonso da Silva (trad.), São Paulo, Malheiros.

Andrade, José Carlos Vieira de (2004), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 3ª ed.

Barroso, Luís Roberto (2000), *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 4ª ed.

- (2008), *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 6ª ed.

Kramer, Larry (2001), "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court", *Harvard Law Review*, 115:4.

Post, Robert C. e Siegel, Reva B. (2013), *Constitucionalismo democrático: por uma reconciliación entre Constitución y Pueblo*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.

Silva, José A. (2007), *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 7ª ed.

Tushnet, Mark (2008), *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press.





### Weak Courts, Strong Rights (III)

por [Ana Raquel Moniz](#) - Monday, 9 November 2015, 13:50

As reflexões de Tushnet desenvolvidas nesta obra recuperam muitas das temáticas que perpassam o pensamento do Autor. Em concreto, são agora tratadas as questões relativas ao relevo da comparação jurídico-constitucional, à responsabilidade para a realização (*enforcement*) da Constituição (em particular, no que tange aos direitos fundamentais) e, correlativamente, ao sentido e alcance conferido à *judicial review* no âmbito do direito constitucional. Dedicaremos alguma atenção a este ponto.

Importa, desde já, enfatizar que o reconhecimento de outras formas de realização da Constituição (para além da sua realização jurisdicional) permite ultrapassar o tradicional problema de evitar que um determinado órgão do Estado, concebido inicialmente como «guardião da Constituição» (*Hüter der Verfassung*), se arvore em «senhor da Constituição» (*Herr der Verfassung*) – perigo para o qual já alertava Carl Schmitt.

Esta ideia encontra uma tradução radical na designada teoria do «constitucionalismo popular» (*popular constitutionalism*) ou do «direito constitucional populista» (*populist constitutional law*), de acordo com a qual a supremacia judicial – que substituiu a soberania popular – deve agora ceder lugar (pelo menos, em parte) ao povo, que recupera a autoridade na construção e na defesa da Constituição. Da leitura de Tushnet decorre a pressuposição de uma realidade muito específica (própria do direito norte-americano), nem sempre transponível para outros ordenamentos. Com efeito, toda a construção teórica em que assenta esta perspectiva baseia-se, em termos algo paradoxais, quer na ausência de reflexão crítica sobre as interpretações da Constituição efetuadas pelos tribunais, em especial, pela *Supreme Court* (à qual acaba por pertencer o poder de “*dizer a Constituição*”), quer no facto de as (mais relevantes) decisões judiciais proferidas em sede de *judicial review* espelharem, em regra, as posições político-sociais dominantes da época.

Levado ao seu extremo, o *popular constitutionalism* encerra uma falácia, uma vez que imediatamente descobre não só a impossibilidade de que *todos* e *quaisquer* cidadãos assumam a interpretação e realização das normas constitucionais, mas também a inexistência de *mecanismos institucionais* que



viabilizem uma aproximação entre o povo e a Lei Fundamental, no momento da vigência desta última.

Sem que se defendam os resultados práticos a que o *popular constitutionalism* tende (desde a reação inusitadamente feroz contra a “supremacia judicial”, passando pela eliminação ou, pelo menos, a atenuação da *judicial review*, pela recusa do valor reconstitutivo da jurisprudência, até à eleição dos juízes), a ideia de transparência e alargamento das entidades responsáveis pela defesa da Constituição revela-se prestável para viabilizar a interação entre os cidadãos e os poderes públicos, acentuando a articulação com o princípio da participação, no cumprimento da tarefa que a estes cabe de realizar e concretizar opções constitucionais.

Por outro lado, o legislador constitui, naturalmente, um dos atores privilegiados de realização (político-estratégica) da Constituição, a qual orienta e limita a respetiva ação, designadamente no plano da delineação das políticas públicas. Além disso, e na senda de Tushnet, pode advogar-se que ao poder legislativo cabe também uma *weak-form constitutional review*, possuindo “acesso direto à Constituição” – o que lhe conferirá também o poder-dever de, mesmo independentemente de uma decisão judicial nesse sentido, eliminar as normas inconstitucionais que emanou.

E com esta posição não se pretende negar a ineliminável tarefa que cabe aos tribunais no quadro da interpretação da Lei Fundamental, em especial das normas atinentes aos direitos. O que este reconhecimento não pode nunca significar é sufrágio do monopólio no acesso ao direito, em geral, e ao direito constitucional, em especial, por parte de quaisquer órgãos do Estado (em especial, pelos tribunais), mas, pelo contrário, a defesa, com Häberle, de uma «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição», que pressupõe, neste campo, uma partilha de tarefas com os outros poderes públicos e uma publicidade pluralista – “um *pluralismo* de intérpretes, *aberto* e *racionalmente* crítico” que assoma com uma essencialidade premente no cenário atual da interconstitucionalidade. Também aqui tem pleno cabimento a ideia de que “quem «vive» a norma também a cointerpreta (*mitinterpretiert*)”. Tal não significa, porém, subscrever um relativismo de opiniões ou perspectivas, verdadeiramente instrumentalizador da Constituição para o alcance de determinados fins ou interesses.





## Re: Weak Courts, Strong Rights (III)

por [Luciano Moreira de Oliveira](#) - Sunday, 15 November 2015, 15:13

### 1. Rigidez constitucional e judicial review

Prosseguindo nas reflexões sobre a obra de Mark Tushnet, a professora Ana Raquel Moniz se detém sobre “o sentido e o alcance da *judicial review* no âmbito do direito constitucional”. Ao final de sua manifestação, conclui:

(...) não se pretende negar a ineliminável tarefa que cabe aos tribunais no quadro da interpretação da Lei Fundamental, em especial das normas atinentes aos direitos. O que este reconhecimento não pode nunca significar é sufrágio do monopólio no acesso ao direito, em geral, e ao direito constitucional, em especial, por parte de quaisquer órgãos do Estado (em especial, pelos tribunais), mas, pelo contrário, a defesa, com Häberle, de uma «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição», que pressupõe, neste campo, uma partilha de tarefas com os outros poderes públicos e uma publicidade pluralista – “um *pluralismo* de intérpretes, *aberto e racionalmente crítico*” que assoma com uma essencialidade premente no cenário atual da interconstitucionalidade. Também aqui tem pleno cabimento a ideia de que “quem «vive» a norma também a cointerpreta (*mitinterpretiert*)”.

A oportuna manifestação da professora Ana Raquel Moniz leva-nos a refletir sobre o constitucionalismo, a rigidez constitucional e os mecanismos de manutenção da autoridade da constituição, dentre os quais se inclui o controle, em seus variados contextos institucionais.

Como destaca Mark Tushnet, duas formas de controle de constitucionalidade se desenvolveram nos países democráticos do ocidente entre os séculos XIX e XX: supremacia parlamentar e controle judicial (p. 19). Ainda que investigue o que chama de sistemas fortes e fracos, a obra se detém, no entanto, sobre o controle judicial.

De todo modo, essa primeira definição do campo de debate deixa claro, sobretudo àqueles acostumados ao controle judicial, que a supremacia da constituição pode conviver com outros modelos de controle, como destaca JJ Gomes Canotilho:

Ao aludir-se no texto à “tendencial rigidez” das leis constitucionais conexas com a superlegalidade formal da constituição e com a existência de controle, isso não significa que haja uma correlação necessária entre rigidez e fiscalização jurisdicional. Por um lado, pode haver rigidez sem controle jurisdicional: é o caso da Constituição francesa de 1875, que, sendo rígida, excluía qualquer controle



judicial. Além disso, é óbvio que qualquer constituição (mesmo as flexíveis) tem inerente uma certa *rigidez substancial* baseada na proibição implícita de modificações ou alterações dos princípios fundamentais nela consagrada. (GOMES CANOTILHO, JJ. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 890/891)

Afirmada essa premissa (possibilidade de controle não jurisdicional de constitucionalidade mesmo considerada uma constituição rígida), o debate proposto pela professora Ana Raquel Moniz reconduz ao dilema de conciliar constitucionalismo e governo democrático, como pontua Mark Tushnet:

Today, constitutionalism requires that a nation be committed to the proposition that a nation's people should determine the policies under which they will live, by some form of democratic governance. Yet, constitutionalism also requires that there be some limits on the policy choices the people can make democratically. Those limits are set out in the nation's constitution. (p. 19)

Esse desafio de compatibilizar constitucionalismo e democracia confere destacado relevo à afirmação da professora Ana Raquel Moniz quanto a ser inoportuno o monopólio do acesso ao direito constitucional a um só órgão do Estado, sobretudo aos tribunais.

Não obstante, como já afirmamos no fórum de debates, acreditamos que essa análise deve ocorrer sob a orientação do contextualismo e do expressivismo. No caso, parece-nos que a forma como o controle de constitucionalidade é institucionalizado em cada país reflete sua história, instituições e conjuntura política. Ademais, constitui a própria definição do país no que se refere à forma como compreende a realização dos valores democráticos e, entre estes, o princípio da separação de poderes.

Nesse sentido, pode-se comparar, por exemplo, a limitação de poderes firmada sobre os juízes franceses pós-revolução com o prestígio conferido aos juízes americanos desde a independência. No primeiro caso, os juízes eram representantes da manutenção do *ancien régime*, seja pela forma como seus cargos eram providos e sucedidos, seja pela classe a que pertenciam ou à sua predisposição a frear os avanços revolucionários. De seu turno, no contexto estadunidense, os juízes eram vistos como uma força progressista, alinhada aos ideais revolucionários. Essas divergências históricas levaram a modelos e realizações do princípio da separação de poderes bastante diversas nesses países. (cf. SARLET, I.W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012. p. 717/724)

Dessa forma, estamos de acordo com a professora Ana Raquel Moniz quanto à necessidade de se permitir o acesso ao direito constitucional por variados intérpretes, com vistas a melhor implementar o ideal democrático, sobretudo quando se concorda com Mark Tushnet no que se refere à existência, por vezes, de variadas interpretações razoáveis de um dispositivo constitucional.



Contudo, há importantes limitações para identificar em abstrato o modelo que melhor possa compatibilizar controle de constitucionalidade e democracia. Longe de identificarmos um modelo ideal, parece que a definição da maneira como a supremacia da constituição é assegurada em cada país está a depender de sua história e de como cada um compreende a realização dos valores democráticos e seus instrumentos/instituições, como o princípio da separação de poderes e os poderes/limites do Poder Judiciário.



### Re: Weak Courts, Strong Rights (III)

por [André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca](#) - Friday, 27 November 2015, 02:03

No presente item, a Professora Ana Raquel Moniz tece relevantes comentários acerca do chamado constitucionalismo popular, asseverando que, analisado sob um prisma de equilíbrio, pode vir a figurar como instrumento prestável para viabilizar uma aproximação entre o povo e a Constituição Federal.

Assevera que o reconhecimento de outras formas de realização da Constituição, diferentes do sistema da Supremacia Judicial, permite ultrapassar o problema pelo qual um órgão do Estado, inicialmente criado para figurar como “Guardião da Constituição”, passe a ser um “Senhor da Constituição”.

Desse modo, sustenta que a referida ideia encontra-se lastreada na chamada Teoria do Constitucionalismo Popular ou do Direito Constitucional Populista, em clara oposição à Teoria da Supremacia Judicial. Assim, para os adeptos da Teoria do Constitucionalismo Popular, deve o Judiciário ceder lugar ao povo para que este possa exercer, ao menos parcialmente, autoridade interpretativa da Carta Política.

Afirma que essa teoria, uma vez levada ao extremo, constitui-se uma verdadeira falácia, ante a clara impossibilidade, física e institucional, de que todos os cidadãos possam vir a interpretar a Constituição. Contudo, aduz que a ideia de transparência e alargamento das entidades responsáveis pela defesa da Constituição demonstra-se viável para promover a interação entre os cidadãos e os poderes públicos.

Por fim, aduz que esse posicionamento não pretende negar o papel do Poder Judiciário em interpretar a Constituição Federal. Porém, tal papel não poderia conferir a este Poder a exclusividade da interpretação das normas constitucionais,



mas sim propiciar uma partilha de tarefas com outros poderes públicos e uma publicidade pluralista, havendo, pois, uma pluralidade de intérpretes, aberta e racionalmente crítica.

Pois bem.

É importante consignar que, de fato, em diversos ordenamentos jurídicos, o Poder Judiciário tem exercido, com exclusividade, o papel de realizar a interpretação da Constituição Federal, afirmando, em última análise, qual seria o sentido da Carta Política.

Esse monopólio do Poder Judiciário acaba por incomodar demasiadamente alguns estudiosos, os quais apresentam como premissa para seus questionamentos o fato de que existe vida constitucional também fora das Cortes de Justiça, asseverando que esse papel de intérprete da Constituição não poderia ser exclusividade dos Tribunais, sendo necessária a integração de outros entes para contribuir e também desempenhar esse papel.

Portanto, enquanto há estudiosos que afirmam que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário seja necessário pelo fato de que os direitos constitucionais não se sujeitam aos interesses da maioria, os que criticam a supremacia judicial alegam que o judiciário não pode intervir na vontade do povo, manifestada pelas Leis, criadas por pessoas legitimamente eleitas pelo povo, motivo por que rotulam de não democráticas as decisões judiciais que as declaram em desconformidade com a Constituição.

É certo que o constitucionalismo popular, como bem esclarece a Professora Ana Raquel Moniz, se levado ao extremo, constitui uma verdadeira falácia, na medida em que fática e juridicamente é inviável. Porém, é importante que se analise a viabilidade de serem encontradas soluções médias para permitir que outros setores da sociedade também possam influenciar na interpretação constitucional.

Nesses termos, entendo ser possível a participação de outros entes na interpretação da Constituição Federal, devendo, contudo, ser objeto de análise as peculiaridades de cada país a fim de que sejam estabelecidos limites no exercício dessa atuação buscando-se sempre cumprir os reais sentidos das respectivas Cartas Políticas.

Exemplificando, observa-se que no Brasil, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, admite-se a figura do chamado *amicus curiae*, prevista no art. 7º, da Lei nº 9.868/99, *in verbis*:

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.



Neste caso, instituiu-se no âmbito do processo de controle de constitucionalidade a figura do *amicus curiae*, que, indubitavelmente, em face de sua representatividade quanto à matéria discutida, comparece em juízo apresentando dados e informações fundamentais ao deslinde da causa. Exemplo disso, foi o ingresso da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB como *amicus curiae* em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4836, que questionava a Resolução nº 135 do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se, pois, de nítida participação popular no processo de interpretação constitucional.

Ademais, o próprio Poder Legislativo, quando promulga emenda constitucional com idêntico teor de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal está a exercer, como Poder legitimamente eleito pelo povo, clara interpretação da Constituição Federal, pois insere na Carta Política norma que ali não se encontrava e que fora da Lei Maior, não guardava compatibilidade com ela. Exemplos nesse sentido foram os casos no direito brasileiro das chamadas verticalizações das coligações eleitorais e a questão da contribuição dos inativos.

Portanto, ratificando o posicionamento já apresentado anteriormente, por ocasião de manifestação no texto do eminente Professor José Carlos Vieira de Andrade, entendo que cada país, de acordo com sua realidade, deve, por intermédio de suas normas e peculiaridades locais, avaliar a possibilidade e os limites à participação de outros entes na interpretação das normas Constitucionais, devendo sempre haver critérios previamente definidos, a fim de que sejam evitados arbítrios seja por parte do Poder Judiciário, seja por parte dos outros entes eventualmente envolvidos na interpretação constitucional, buscando-se sempre alcançar os reais significados da Constituição.



Re: Weak Courts, Strong Rights (III)

por [Carla Sofia Dantas Magalhães](#) - Monday, 16 November 2015, 00:26

### 1. “Agora, o *popular constitutionalism* e a *judicial supremacy*: como relação dialógica num Estado de Direito (I)”

*“We regard the tension between popular constitutionalism and judicial supremacy as generative; the fundamental constitutional beliefs of the American people are informed and sustained by the constitutional law announced by courts, just as that law is informed and sustained by fundamental constitutional beliefs of Americans.”*

Robert C. Post e Reva B. Siegel in “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, p. 1038.



### 1.1. A relação dialéctica entre a Constituição e o direito constitucional

O Povo está para a Constituição como os Tribunais estão para o direito constitucional; a relação de tensão é necessária; a relação de interdependência é lógica: se a vontade soberana do povo muda, a tensão trará o equilíbrio pela mudança do direito constitucional, pela Constituição, e nas decisões dos tribunais. E o que pode levar à *mudança*?

A obra *The People Themselves* de Larry Kramer é reconhecida como um importante contributo na teoria constitucional por fazer *repensar* o papel dos tribunais na interpretação e realização da Constituição, levando o constitucionalismo popular (*popular constitutionalism*) até aos seus limites[1]. Kramer entende o constitucionalismo popular como um sistema no qual os cidadãos assumem um “controlo activo e contínuo sobre a interpretação e realização do direito constitucional” (*active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law*)[2]. Como entender o constitucionalismo popular “na prática”? Na crítica à obra *The People Themselves*, Larry Alexander e Lawrence B. Solum[3]retiram a seguinte moral: os próprios cidadãos têm um inimigo e esse inimigo é a “supremacia judicial” (*judicial supremacy*), “serva constitucional” do elitismo político; “supremacia constitucional” entendida neste contexto como um modo de interpretação da Constituição, no sentido de que os Tribunais têm a autoridade na interpretação (final e vinculativa) da Constituição, e não numa acepção de ditadura judicial (*judicial dictatorship*)[4]. E porque será que Kramer acredita que a *judicial supremacy* ameaça o *popular constitutionalism*? Qual a razão desta separação total? Robert C. Post e Reva B. Siegel têm como possível resposta o facto de Kramer compreender que a *judicial supremacy* só vem minar a autoridade dos representantes do povo em determinar o conteúdo da Constituição[5]. Posto isto, na doutrina de Kramer, a *judicial supremacy* e o *popular constitutionalism* são formas distintas e antagónicas, que num mesmo ordenamento constitucional jamais poderão conviver e, portanto, institucionalizar uma delas significará excluir necessariamente a outra.

A Professora Ana Raquel Moniz centra sabiamente a problemática: “o reconhecimento de outras formas de realização da Constituição (para além a sua realização jurisdicional) permite ultrapassar o tradicional problema de evitar que um determinado órgão do Estado, concebido inicialmente como «guardião da Constituição» (*Hüter der Verfassung*), se arvore em «senhor da Constituição» (*Herr der Verfassung*)”. Esta ideia encontra aqui tradução radical no constitucionalismo popular de Kramer, pela reacção feroz contra a “supremacia judicial”. Contudo, não se pode negar o papel que cabe aos tribunais na aplicação da Constituição.

Porque se, certamente, pode identificar-se com Kramer uma tensão entre a *judicial supremacy* e o *popular constitutionalism*, por outro lado, os críticos



apontam em Kramer a ausência (ou a negação?) da *relação de interdependência* entre a *judicial supremacy* e o *popular constitutionalism*. É assim que Robert C. Post e Reva B. Siegel surgem em defesa de uma *relação dialógica* entre a *judicial supremacy* e o *popular constitutionalism*:[\[6\]](#)

In contrast to Kramer, we do not understand judicial supremacy and popular constitutionalism to be mutually exclusive systems of constitutionalism ordering. Kramer defines judicial supremacy as resting on the concept of judicial finality. Yet some forms of judicial finality are essential to the rule of law, which is necessary for a functioning democracy. *For this reason both judicial supremacy and popular constitutionalism* each contribute indispensable benefits to the American constitutional polity. *They are in fact dialectically interconnected and have long coexisted.* (sublinhado nosso)

*Agora, a questão que se coloca é a seguinte:*

Como é que um Estado consegue encontrar o *equilíbrio* entre o “Estado de Direito” e “autoridade do povo” para intervir em matéria de interpretação constitucional?

*O que equivale a perguntar:*

Como achar a *fronteira-equilíbrio* entre o direito constitucional (*constitutional law*) e a Constituição (*the Constitution*)?

Manter este equilíbrio implica um jogo de diferentes papéis quer para os tribunais (*courts*) quer para os demais actores não-judiciais (*nonjudicial actors*), como observam Robert C. Post e Reva B. Siegel:[\[7\]](#)

Because courts are authorized to speak only as “instruments of the law”, judges can ground constitutional law in the Constitution only by incorporating the political convictions of the nation into the substance of constitutional law. (...)

Nonjudicial actors, in contrast to courts, are not required to act only according to law.

E estes Autores explicam que a tensão entre o direito constitucional e a Constituição é indissolúvel: se o direito constitucional for definido muito estritamente, poderão ficar desancorados os valores e princípios constitucionais; se for definido muito amplamente, o fundamento técnico-jurídico de direito constitucional certamente ameaçará sufocar a dimensão política da Constituição. Pergunta-se, então: *Quem traçará e como a “fronteira de equilíbrio”?* É que são os actores não-judiciais que delimitam “de fora e na prática” as fronteiras do direito constitucional (ou, nos dizeres de Robert C. Post e Reva B. Siegel: “[a]s nonjudicial actors strike the balance between these conflicting values, so they mark the boundaries of constitutional law. The practice of our constitutional order reflects continuing dissensus about the nature of this boundaries”[\[8\]](#)).



Já, no fórum de discussão passado, o Professor José Carlos Vieira de Andrade sugeriu: "É pergunta-se, nesse contexto, sabendo que o direito constitucional é um direito político, se a decisão judicial (jurídica) de interpretação e aplicação da Constituição deve ser definitiva e irreversível, ou se deve permitir um diálogo (posterior) com a interpretação (política) da Constituição feita pelos representantes eleitos (o Parlamento e o Governo) ou até pelos cidadãos (*the people themselves*)".

Com Robert C. Post e Reva B. Siegel somos então levados a interpretar o constitucionalismo popular de Kramer mais na esfera política do que na jurídico-constitucional. É, portanto, essencial manter participação política do povo na formação da sua Constituição; mas é necessário manter a tensão (própria e dialéctica) entre direitos constitucionais e o *popular constitutionalism*. Porque as crenças fundamentais constitucionalmente consagradas (*the fundamental constitutional beliefs in the Constitution*) aliadas numa supremacia judicial (*judicial supremacy in a constitutional law*) podem dar corpo a um conjunto de reivindicações e o envolvimento da opinião pública nas questões constitucionais e na realização de direitos fundamentais, e Robert C. Post e Reva B. Siegel apresentam dois exemplos: quando cidadãos reclamam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo visando estabelecer direitos judicialmente (porque constitucionalmente) concretizáveis ou quando cidadãos se mobilizam no sentido de alterar ou rever decisões judiciais envolvendo o aborto.

Se estabelecermos uma comparação entre Kramer e Tushnet em ambos notamos a crítica à *judicial review*. Mas se Kramer não rejeita a Constituição, mas a "supremacia judicial" na sua interpretação, Tushnet é apelidado de "anti-constitucionalista" (*a real anti-constitutionalist*), que defende uma "*thin Constitution*" (uma Constituição com um mínimo de previsões) em oposição a uma "*thick Constitution*" (com um extenso leque de previsões quanto à organização do poder político e um extenso leque de direitos fundamentais)<sup>[9]</sup>. E com o Colega Luciano Moreira de Oliveira, podemos apoiar-nos nos ensinamentos do Professor Gomes Canotilho: pois mesmo as Constituições mais flexíveis (diríamos com Tushnet, as *thin Constitutions*) têm nos seus princípios fundamentais uma dose inerente de rigidez. E, se me é tamanha honra permitida, com as palavras do nosso Professor Gomes Canotilho<sup>[10]</sup> lanço o ponto que desenvolverei de seguida em contribuição para este debate:

A constitucionalização dos direitos revela a *fundamentalidade* dos direitos e reafirma a sua *positividade* no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para *legitimar* a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça. Uma outra dimensão deve, porém, ser revelada: não basta a consagração de direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas eram pobres na garantia dos mesmos. As «constituições de fachada», as



«constituições simbólicas», as «constituições álibi», as «constituições semânticas», gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de Direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direcção: a dos *princípios, bens e valores* informadores e conformadores da juridicidade estatal.

[1] Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University, 2004.

[2] V. Larry D. Kramer, *Popular Constitutionalism, Circa 2004* in «California Law Review», Volume 92, Issue 4, July 2004, p. 959, [online], disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1326&context=californialawreview>, citado em 15/11/2015.

[3] V. Larry Alexander e Lawrence B. Solum, *Popular? Constitutionalism?* in «Harvard Law Review», p. 1608, [online], disponível em <http://C:/Users/hp/Downloads/SSRN-id692224.pdf>, citado em 15/11/2015.

[4] *Ibidem*, p. 1609.

[5] *Ibidem*, p. 1031.

[6] Robert C. Post e Reva B. Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, Paper 178, 2004, p. 1029, [online], disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss_papers), citado em 15/11/2015.

[7] *Ibidem*, p. 1039.

[8] *Ibidem*, p. 1041.

[9] V. Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999 apud Larry Alexander, *Constitutionalism and Democracy: Understanding the Relation* in «The Idea of Constitutionalism», Steven Kautz, Arthur Melzer, Jerry Weinberger and M. Richard Zinman, eds., University of Pennsylvania Press, Forthcoming, San Diego Legal Studies Paper N.º 07-121, [online], disponível em file:///C:/Users/hp/Downloads/SSRN-id1019631.pdf, citado em 15/11/2015.

[10] Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, [online], disponível em <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>, citado em 15/11/2015.





## Re: Weak Courts, Strong Rights (III)

por [Diogo Pignataro de Oliveira](#) - Sunday, 29 November 2015, 18:20

O texto lançado pela Professora Doutora Ana Raquel Moniz aponta importantes extratos aprofundados daquilo que é discutido na obra de Tushnet, como também daquilo que foi objeto de enfoques e abertura de pensamento reflexivo pelo Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade. Em especial eu me debruçarei em torno de cinco pilares daquela propositura, a saber:

1. Especificidade da realidade para transposição do “constitucionalismo popular” de Tushnet, exemplificado em países da *common law*, a outros ordenamentos que não adotem tal modelo de direito;
2. As mais relevantes decisões judiciais proferidas em sede de *judicial review* espelharem, em regra, as posições político-sociais dominantes da época;
3. A interação entre os cidadãos e os poderes públicos como forma relevante atual de concretização constitucional;
4. O “acesso direto à Constituição” pelo Legislativo como característica de uma *weak-form constitutional review*; e
5. A competência deferida ao Judiciário não pode importar em um monopólio da interpretação constitucional, mas antes em uma “partilha de tarefas com os outros poderes públicos”

*Primeiro.* As manifestações do constitucionalismo popular (ou constitucionalismo democrático, para outros, embora seja de difícil entendimento que um modelo de controle forte de *judicial review* não possa ser democrático), perpassadas analiticamente na obra de Tushnet, apontam para um caminho de concretização constitucional onde o Judiciário deixa de ser, isoladamente, o protagonista do direito constitucional, por não ser autossuficiente e, portanto, detentor do monopólio no campo da hermenêutica constitucional, incentivando-se a participação dialógica de atores da cena constitucional, em maior ou menor medida, a depender dos mecanismos criados e existentes.

De fato, sistemas jurídicos baseado no modelo romano-germânico (base da Europa, Brasil e países da América Latina), com a predominância de constituições rígidas e deveras descritivas em termos da positivação dos papéis estatais,



da repartição de competências e dos próprios direitos fundamentais (individuais, sociais e os difusos/coletivos), criadores naturalmente de um aparato constitucional de controle judicial forte para buscar dar concretude e efetividade, não possuem suas essências adaptáveis, em regra, a uma espécie de “constitucionalismo popular”, mas sim e ao máximo, a uma atenuação da *judicial review*.

No caso da CFRB, a teoria norte-americana dos *checks and balances*, se faz presente quando busca conceder uma espécie de controle de interdependência entre os poderes constituídos, inaugurando uma espécie (acho que assim podemos dizer) de dialógica constitucional e institucional, ainda que de maneira branda e discreta. São exemplos o veto por inconstitucionalidade do Presidente a projetos do Legislativo; a extensão de efeitos gerais pelo Legislativo à declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto pela Suprema Corte; a declaração pelo STF de omissão constitucional dos demais poderes; a deliberação posterior pelo Legislativo sobre a manutenção de prisão de congressista decretada pelo STF, etc.

Acerca deste último exemplo, por ser um considerável fato para a história brasileira, não apenas a constitucional, nesta última semana que passou ocorreu a primeira prisão de um senador da república, decretada pelo STF. A despeito das críticas que permeiam este caso, notadamente quanto à existência ou não de “flagrante”, aquilo que nos toca no presente contexto reside na comunicação institucional entre os poderes quanto à interpretação constitucional de um dos mais indissociáveis direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito: a liberdade. O §2º do art. 53 da CFRB reza que *desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável*, apontando que em tais casos *os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão*. O Senado da República manteve a prisão do Senador, legitimando a interpretação conferida pelo STF, com contornos de uma decisão política e que poderia ter revisado a interpretação “técnica”, assim como pode sustar o andamento de uma ação penal contra congressistas (§3º do art. 53 da CFRB).

*Segundo*. A expressão das posições político-sociais dominantes da época na interpretação constitucional não pode ser considerada como algo maléfico e/ou prejudicial, mesmo porque isto ocorre verdadeiramente em quaisquer esferas de poder, mas não apenas no (ou pelo) Judiciário. O Executivo e o Legislativo assim também o fazem ao exercerem suas funções básicas de promovedor das políticas públicas e de criador das normas escritas gerais, além de fiscalizador da vontade popular no cumprimento dos deveres estatais. Todavia, eles detêm meios naturais de controle popular acerca da expressão de suas visões político-sociais na execução de suas atividades, inexistente no âmbito do Judiciário: as eleições e as formatações de participações populares.



Este sim é o cerne da problemática, visto que confere um caráter de imutabilidade ao pensamento que contemple as posições político-sociais dominantes de uma época, por exemplo, somente revisto de difícil modo judicialmente ou quando há uma mudança na composição ideológica da Corte Suprema. Tal assunto ganha contorno de maiores preocupações com a sistemática de processo constitucional recém-implantada no Brasil de sobrelevar a importância dos precedentes jurisprudenciais, com a concessão ao STF de editar súmulas vinculantes que, como o próprio nome diz, vincularão todos os juízos nacionais, algo que somente existia em sede de controle abstrato de constitucionalidade (*Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei*).

*Terceiro.* A interação entre os cidadãos e os poderes públicos como forma relevante atual de concretização constitucional é, sem dúvidas, uma formação que não apenas concederia maior legitimidade às decisões envolvendo direitos fundamentais, mas institucionalizaria mecanismos de controle sobre tais decisões, fugindo um pouco da imutabilidade judicial em decisões de cunho vinculante.

O “outro lado da moeda” aqui seria a segurança jurídica e a legítima confiança que poderia restar abalada e, conseqüentemente, prejudicar sob outros pontos de vista o equilíbrio constitucional e o balanço adequado. Encontrar esses exatos formatos e mecanismos de interação e ter o desenvolvimento prático de modo a não confrontar com a estabilidade das relações jurídicas é um considerável desafio da contemporaneidade em sistemas constitucionalmente rígidos e com controles judiciais essencialmente fortes.

*Quarto.* O “acesso direto à Constituição” pelo Legislativo como característica de uma *weak-form constitutional review* foi algo pensado no Brasil com a Constituição de 1937, embora com a ideia malversada por ser praticada no seio de um regime ditatorial, posto que existia o controle legislativo das decisões da Suprema Corte, mas o Congresso estava dissolvido e sob o controle do então Presidente da República. Algo mais próximo disto está cristalizado em uma iniciativa de emenda à constituição brasileira, já anteriormente por mim comentada, que faz permitir a apreciação pelo Legislativo de decisão judicial da suprema corte que entenda pela inconstitucionalidade material abstrata da norma.

Este acesso direito à Constituição pelo Legislativo é, evidentemente, exercido primariamente na sua função de constituinte derivado, mas pode surgir



também em um formato de controle judicial frente ao texto constitucional que ele concebeu e/ou sobre o qual tem o poder reformador (embora limitado às cláusulas rígidas e pétreas), sem que venha tal hipótese de diálogo entre as instituições a ser considerada afronta ao princípio da separação dos poderes, haja vista que se buscará por meio dela não a intervenção do legislativo no judiciário, mas sim a repressão da atuação da Suprema Corte como legislador positivo, influenciando nas escolhas do Legislativo e do Executivo.

*Quinto.* Ao fim, ao Judiciário não cabe ter a última (muito menos a única) palavra sobre a interpretação constitucional, mas sim ser uma das grandes vozes neste diálogo, com interação necessária do povo, cuja representatividade democrática não é deferida ao Judiciário. Essa “partilha de tarefas com os outros poderes públicos” é indispensável na atual conjuntura, como forma de garantir soluções constitucionais adequadas não apenas ao caso específico, mas a todo um contexto geral, permitindo-se que visões político-sociais dominantes da Suprema Corte, sem caráter de controle de mutabilidade popular, não sejam perpetuadas por longo período, a despeito de entendimentos populares diversos.



Re: Weak Courts, Strong Rights (III)

por [Sergio Paulo de Abreu Martins Teixeira](#) - Thursday, 31 December 2015, 18:20

### **1. A *judicial review* em uma perspectiva institucional: constitucionalismo popular e constitucionalismo democrático**

A professora Doutora Ana Raquel Moniz apresenta provocação de destacada perspicácia acerca do sentido e do alcance da *judicial review* no direito constitucional.

Ao proceder à análise do chamado constitucionalismo popular que, por reconhecer formas extrajudiciais para concretização das normas da Constituição, possibilita a superação do problema da transmutação do “guardião da constituição” em seu “senhor”, a professora sintetiza o cerne dessa teoria, qual seja, o da suplantação da supremacia judicial pelo povo como autoridade maior da construção e da defesa da Constituição.

A base teórica em que assenta essa perspectiva, todavia, como adverte a dinamizadora, não se apresenta imune a “termos algo paradoxais”, seja por ignorar uma reflexão crítica acerca da interpretação jurisdicional da Constituição, seja pelo fato de as decisões proferidas em sede de *judicial*



*review* refletirem, frequentemente, a realidade político-social prevalecente no tempo em que são emitidas.

Na análise da professora Ana Raquel Moniz, o constitucionalismo popular encerra, ademais, uma verdadeira falácia, haja vista a "impossibilidade de que *todos e quaisquer* cidadãos assumam a interpretação e realização das normas constitucionais" e a inexistência de avanços institucionais que promovam a aproximação entre o povo e a Constituição. Como outro lado da moeda, a maior transparência e profusão de instituições voltadas à defesa da Constituição contribuem para a integração entre cidadãos e poderes públicos e, competindo ao Legislativo uma *weak-form judicial review*, no sentido defendido por Tushnet (2008), potencializa-se o papel do legislador como ator privilegiado na defesa e concretização da Constituição.

Postas, em síntese, as precisas reflexões da professora Ana Raquel Moniz, passo à abordagem de alguns pontos a estas atinentes que, em meu modesto entender, podem contribuir para os objetivos desejados neste fórum.

O desenvolvimento da teoria do constitucionalismo popular teve nas obras de Larry Kramer (2001) e Mark Tushnet (2000) importantes contribuições. O trabalho desses autores, porém, buscou justificar sua coerência, como era de se esperar, no cenário político, social e jurídico norte-americano.

Por longo período, como destaca Griffin (2000: 683), a Teoria da Constituição dos Estados Unidos teve como seu cerne a interpretação constitucional, deixando à margem do debate central as questões institucionais e políticas concernentes à *judicial review*. Nos últimos anos, porém, o núcleo da discussão mudou. A antiga questão da legitimidade do instituto da *judicial review* associada à querela de sua natureza contramajoritária (ou não) cedeu lugar, já não sem tempo, ao debate acerca do tipo de controle judicial que pode ser justificado em uma democracia deliberativa. Essa superação mostra-se positiva ao corroer os alicerces da tese que esposa a crença de que, *a fortiori*, o constitucionalismo e a garantia dos direitos fundamentais avançam contra a responsabilidade democrática (Griffin, 2000: 684).

Desse modo, o debate atual acerca da *judicial review* volta-se a questões institucionais e políticas, o que relega a construção de teorias da interpretação constitucional - tema que vinha dominando as discussões no âmbito da teoria da constituição norte-americana - a um papel de certo modo secundário. Trata-se de focar o tema sob uma perspectiva institucional, uma crítica interna à Suprema Corte e à *judicial review*.

Cumpra, no entanto, indagar o porquê de tal debate ter tomado forma no contexto norte-americano.

*Primeiro*, devem ser reconhecidas as dificuldades impostas pelo processo legislativo de mudança da Constituição previsto em seu artigo V. O rigor do texto ao selecionar os legitimados à apresentação de eventual proposta de alteração



constitucional e ao prever a necessidade de sua aprovação pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles impedem que tal instrumento seja suficiente para prover à manutenção da legitimidade democrática do ordenamento constitucional norte-americano (Post e Siegel, 2013: 52). Como advertido por Bruce Ackerman, as alterações constitucionais promovidas com fundamento na mencionada norma são tão raras que se mostram absolutamente incapazes de conciliar o direito constitucional com os anseios e necessidades populares (1997).

*Segundo*, há de se recorrer, mais uma vez, à análise de Griffin (2000) para concluir que a Suprema Corte perdeu sua vantagem comparativa em relação aos demais poderes públicos no que concerne à defesa e promoção dos direitos fundamentais. O cenário não é mais o de um Congresso majoritário violador de direitos e de um Tribunal minoritário que procura defendê-los. A partir do momento em que as forças políticas tomaram consciência do relevante papel da Suprema Corte – e do Judiciário como um todo - na determinação da agenda política nacional, o processo de seleção dos juízes passou a ser submetido a um escrutínio mais criterioso do Executivo (Griffin, 2000) - fato que se tornou mais nítido no segundo governo Reagan - o que elevou seu caráter político e o fez conviver com uma participação popular mais intensa (Silverstein, 1996; Yalof, 1999). Como resultado, a Suprema Corte tornou-se um outro campo em que batalhas de ordem nitidamente política acerca da promoção e defesa dos direitos fundamentais e dos limites ao poder do governo são travadas (Griffin, 2000). O tribunal passou a espelhar, assim, os embates parlamentares e executivos entre democratas e republicanos. Diante dessa circunstância, denunciadora da perda da vantagem comparativa da *Supreme Court*, a questão de qual instituição deveria dar a última palavra quanto aos objetivos e significados dos direitos fundamentais ganhou, progressivamente, a atenção dos doutrinadores.

No cenário de questionamento institucional da *judicial review* surgiram teorias como a do minimalismo judicial de Cass R. Sunstein (1999), do constitucionalismo popular de Kramer (2001; 2004) e Tushnet (2000; 2008) e do constitucionalismo democrático de Post e Siegel (2013).

Sunstein apresentou a teoria do minimalismo judicial em *One Case at a Time* e, recentemente, detalhou melhor o papel desempenhado por um juiz minimalista em *Constitutional Personae* (2015), obra em que descreve de modo bastante minucioso os perfis básicos assumidos pelos juízes da Suprema Corte ao longo da história, quais sejam: heróis, soldados, minimalistas e mudos.

O minimalismo judicial preconiza que os juízes devem assumir uma postura cautelosa em nome de um dever de prudência. Sendo assim, a Corte deve abster-se de promover intervenções intensas ou abrangentes ao declarar princípios, privilegiando as práticas e tradições socialmente sedimentadas, e preferir uma atuação mais voltada aos casos sob julgamento, evitando aplicar tudo a todos (Sunstein, 1999; 2015; Griffin, 2000). Com isso, evita-se a produção de repercussões capazes de perturbar o contexto sócio-político existente. O juiz



minimalista deixa muitas questões sem decisão, o que abre espaço para o debate político e a discussão, promovendo, de certo modo, a deliberação democrática (Sunstein, 1999: 4).

O constitucionalismo popular, em linhas gerais, como bem ilustra o título da obra publicada em 2000 de Tushnet, procura retirar do Judiciário o monopólio da última palavra quanto à definição do significado da Constituição e à interpretação constitucional (Post e Siegel, 2013: 119). Para Kramer, supremacia judicial e constitucionalismo popular são formas distintas e divergentes de ordenação constitucional, de tal modo que a nação deve decidir qual dos dois há de institucionalizar (Kramer, 2001; 2004; Post e Siegel, 2013: 121).

Essas teorias, não obstante apresentarem inquestionáveis virtudes, geram, no entanto, certos questionamentos que devem ser destacados. O propósito do minimalismo judicial, como advertem Post e Siegel (2013: 41), é o de colocar juízes e tribunais contra a mudança. Nesse sentido, a referida teoria seria incapaz de fornecer aos julgadores instrumentos eficazes para promoção de rupturas com premissas arraigadas cuja mudança impõe-se em determinados contextos político-sociais. Quanto ao constitucionalismo popular, a professora Ana Raquel Moniz, como já referido alhures, denuncia a falácia da impossibilidade de um ativismo interpretativo de *todos e quaisquer* cidadãos, bem como o não oferecimento, por essa teoria, de mecanismos institucionais efetivamente vocacionados a aproximar *povo e Constituição*.

O constitucionalismo democrático, em meu modesto entender, pode, conquanto parcialmente, mitigar tais inquietações.

Para essa teoria (Post e Siegel, 2013: 34), a manutenção da autoridade da constituição depende tanto de sua sensibilidade democrática como de sua legitimidade como direito. Na visão de Post e Siegel, os cidadãos norte-americanos entendem e concordam com a premissa de que o direito é diferente da política, devendo o Estado de Direito estar arraigado em práticas técnico-jurídicas distintas das políticas partidárias e eleitorais. Mas há de se manter uma sensibilidade democrática, o que se obtém franqueando-se aos cidadãos a oportunidade de persuadir uns aos outros (mutuamente), adotando formas alternativas de compreensão da constituição. Justamente por isso é que, conquanto pareça paradoxal, a possibilidade de desacordos acerca da interpretação da constituição preserva sua autoridade, ao permitir que pessoas com convicções diferentes considerem que a constituição expressa seus compromissos mais fundamentais e que se constitui na norma angular (Post e Siegel, 2013: 34). As divergências interpretativas seriam assim condições normais para o desenvolvimento do Direito Constitucional.

A sensibilidade a ser preservada no constitucionalismo democrático não exclui os tribunais, mas lhes reserva um papel especial nesse processo. Como preconizado por Post e Siegel (2013: 45), o Judiciário exerce uma forma característica de autoridade para reconhecer e garantir direitos que decorrem da



constituição e dos postulados da razão jurídica que empregam. Espera-se dos tribunais que protejam os valores sociais mais importantes e que imponham limitações ao governo sempre que desafie as restrições estabelecidas pela constituição. Não importa, nesse contexto, se as interpretações judiciais estão ou não de acordo com as convicções populares, desde que o povo tenha formas efetivas e eficazes de veicular suas objeções e opor-se às decisões judiciais.

A apresentação das referidas teorias que, por mais uma vez registre-se, foram concebidas do e para o contexto norte-americano, não exaure os questionamentos possíveis, longe disso. Permite-nos, concluir, todavia, deixando em aberto indagações acerca da viabilidade da transposição das mesmas para o contexto português ou brasileiro, haja vista a ausência de identidade das premissas fáticas que as justificaram nos Estados Unidos, bem como, uma vez superada esta questão, sobre como se operaria uma eventual aclimação.

### Referências bibliográficas

Ackerman, Bruce (1997), "A Generation of Betrayal?", *Fordham Law Review*, 65: 1519.

Griffin, Stephen M. (2000), "Has the Hour of Democracy Come Round at Last? The New Critique of Judicial Review", *Constitutional Commentary*, 17:683

Kramer, Larry (2001), "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court", *Harvard Law Review*, 115:4.

- (2004), "Popular Constitutionalism, circa", *California Law Review*, 92: 959.

Post, Robert C. e Siegel, Reva B. (2013), *Constitucionalismo democrático: por uma reconciliación entre Constitución y Pueblo*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.

Sunstein, Cass R. (1999), *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press.

- (2015), *Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists and Mutes*, Oxford University Press.

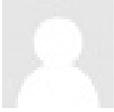
Silverstein, Mark (1996), *Judicious choices: The new politics of Supreme Court confirmations*, New York, W. W. Norton & Company.

Tushnet, Mark (2008), *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press.

- (2000), *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press.

Yalof, David A. (1999), *Pursuit of Justices: Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago, The University of Chicago Press.





## Weak Courts, Strong Rights (IV)

por [Ana Margarida Simões Gaudêncio](#) - Friday, 27 November 2015, 21:35

Depois de discutidas as questões nucleares da obra de Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights*, proponho apenas duas perguntas, numa reflexão acerca da perspetivação do direito nela pressuposta:

1. Em que medida a discussão inicial em torno das perspetivações de uma análise *comparativa* do Direito Constitucional, tal como TUSHNET a enquadra[1], entre uma perspectiva-*método universalizante geral* – e dentro desta especificamente num *universalismo normativo* e num *funcionalismo* –, e, por outro lado, uma perspectiva-*método* assumido como *contextualismo* – e este especificamente sob a forma de *contextualismo simples* ou de *expressivismo*, e nomeadamente enveredando por uma efectivação deste último –, se projectará nos plurais contextos sócio-político-jurídicos do nosso tempo, ao nível do problema da *fundamentação* e da *interpretação* da Constituição, enquanto institucionalização normativa não apenas de *direitos* mas de *sentidos* jurídico-políticos?

2. Admitir a Constituição, enquanto Lei Fundamental, como referente de sentido da *juridicidade* poderá implicar uma redução do sentido de *juridicidade* a *constitucionalidade*, como se de sinónimos se tratasse, e, assim, assumir a Constituição quer enquanto *projecto* e *programa* («Zweckprogramm»), quer enquanto *horizonte de referência* da *juridicidade* dos *valores, princípios, direitos, fins* e *objectivos* a atingir pela ordem jurídica[2]. Convocando a leitura de CASTANHEIRA NEVES, tal orientação redundaria numa *funcionalização material* do direito, num *funcionalismo político* (ainda que *mitigado*): «O que significaria não só a passagem do “Estado-de-direito”, como “Estado-de-legislação”, para o “Estado-de-constituição” ou o “Estado constitucional”, como ainda a identificação em último termo da *juridicidade* com a *constitucionalidade*, e a dizer-nos, portanto, que o sentido político, enquanto em último termo o sentido decisivo desta, seria igualmente o sentido decisivo daquela» [3]. Distinguindo-se *constitucionalidade* de *juridicidade*, que significações se atribuirão, por um lado, à perspetivação *funcionalista* criticamente enunciada por TUSHNET – enquanto perspetivação da análise *comparativa* do Direito Constitucional... –, em contraponto com o *funcionalismo político* referido à Constituição, tal como criticamente referenciado por CASTANHEIRA NEVES – enquanto perspetivação do sentido do direito face à constituição... –, e em que sentido(s) se atenderá, por outro lado, à *juridicidade* e à *validade* da *normatividade jurídica* manifestada pela própria Constituição enquanto *norma jurídica*[4]?



[1] MARK TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008, p. 5 ss. (1. «Why Comparative Constitutional Law?». P. 3-17).

[2] «À *Constituição* caberia hoje definir o projecto político-social-jurídico das sociedades independentes (politicamente independentes) e o direito não seria mais do que o global sistema normativo em que esse projecto se assumiria e se haveria de realizar. E segundo o processo de determinação e de realização que vimos próprio do funcionalismo em geral: a *Constituição* definiria em termos fundamentais o *Zweckprogramm*, programa político-social que o legislador, as instâncias prescritivo-legislativas, determinariam subordinadamente através da *lei*, das prescrições legislativas, e que os juízes realizariam, com fundamento imediato na lei mas em último termo e decisivamente segundo a teleologia constitucional, nas suas decisões concretas». – António CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito. Teoria do Direito*, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/99, policop., Coimbra, 1998, p. 217-218 (p. 120 na versão A4).

[3] *Idem*, p. 218-219 (p. 121 na versão A4).

[4] «Pois se é de todo inaceitável excluir da *Constituição* ou pôr como que entre parênteses os seus compromissos e objectivos materiais, também será em vão que se tentará ignorar nessa sua dimensão material a verdadeira natureza política, o projecto e o programa políticos que lhe correspondem e que por isso, sobretudo por isso, admitirá que nela se veja uma “constituição dirigente” (v. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador, Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 1982), uma política “constituição-programa” (F. LUCAS PIRES, ob. cit., (...)). E se assim, nem apenas “constituição política”, nem só “constituição jurídica”, cremo-nos justificados a dizer como temos dito, a *Constituição* o *estatuto jurídico do político*». – *Idem*, p. 222 (p. 123 na versão A4). *Vide ibidem*, p. 220-224 (p. 121-124 na versão A4). *Vide* ainda António CASTANHEIRA NEVES, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico (*Breves notas críticas sobre o seu sentido*)” (1993), in *Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, 1984, vol. II (1993), p. 393-447, e também in *Digesta...*, vol. II, *cit.*, p. 379-421 (versão citada), especialmente p. 407 ss.; e, mais recentemente, António CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *cit.*, p. 51-56, especialmente p. 53-54, e António CASTANHEIRA NEVES, “Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, *cit.*, p. 21-26, e, sobretudo, em síntese, a seguinte afirmação: «(...) a constituição não é afinal necessariamente o direito, a juridicidade que criticamente ansiamos não no-la dá sem mais a constitucionalidade». – *Idem*, p. 26.





## Re: Weak Courts, Strong Rights (IV)

por [Luciano Moreira de Oliveira](#) - Sunday, 13 December 2015, 23:44

A professora Ana Margarida Simões Gaudêncio retoma a discussão sobre a obra de Mark Tushnet a partir do debate inicial por este fomentado sobre as diversas possibilidades metodológicas do estudo do direito constitucional comparado. Propõe-se a reflexão a partir de leitura cruzada de textos do professor António Castanheira Neves.

António Castanheira Neves afirma a autonomia do direito em relação aos direitos do homem e à Constituição. No primeiro caso, o autor questiona afirmações como “o direito é os direitos do homem”. Tendo como pressuposto a compreensão do direito como validade normativa e reconhecendo o seu sentido por meio de sua realização comunitária, conclui:

E então pensar o direito exclusivamente nessa perspectiva – na perspectiva dos direitos do homem que não renuncie a esse seu originário e fundante sentido – é realmente truncá-lo da dimensão axiológico-normativa, dele essencial e irrenunciavelmente constitutiva, pela exclusão justamente da dimensão da integração e da, nesta implícita, responsabilidade comunitária. Seria esquecer o outro e os outros nas consequências do exercício desses direitos – e que a apenas universalidade da sua imputação de todo não recupera, assim como a actual “ética da alteralidade”, o que é mais grave ainda, também nem sempre considera e tem na devida conta.[1]

Por outro lado, António Castanheira Neves afirma que “(...) a constituição não é senão o estatuto jurídico do político”. Em outro momento, ressalta que a constituição manifesta a forma como a comunidade se organiza em Estado, em passagem na qual se aproxima da perspectiva expressivista aponta por Mark Tushnet[2]:

Assim, repetindo o lugar comum, podemos afirmar que a constituição é o pacto político-social fundamental e o estatuto político-jurídico da comunidade que através dela se define como comunidade política e se organiza em Estado – que tanto é dizer que pela constituição a comunidade se define a si mesma, seja em termos fundadores, refundadores ou revolucionários, na estrutura do poder político, nas instituições e valores político-jurídico fundamentais e ainda no reconhecimento de direitos que tem também por fundamentais.[3]

Para António Castanheira Neves, a constituição não apenas não limita o fenômeno jurídico, como também constitui a expressão do político. Dessa forma, identificar constituição e direito seria, a seu ver, limitar o jurídico a uma expressão da política.



Partindo dessas premissas – autonomia do direito e sua abrangência para além da constituição – percebe-se que a interpretação da constituição e o recurso ao direito comparado deve ter a cautela de se examinar o contexto institucional, político e jurídico, principalmente, em que o dispositivo ou os institutos em exame foram empregues ou acomodados. Uma interpretação constitucional orientada pelo universalismo ou pelo funcionalismo pode conduzir a uma conclusão sobre institutos ou normas constitucionais baseada em referências excessivamente abstratas e distante da sua realização prática, assim como alienada dos fatores que condicionaram a aclimatação – palavra esta utilizada pelo colega Sergio Paulo de Abreu Martins Teixeira – em diferentes países.

O estudo do funcionamento das instituições e procedimentos previstos nas constituições de diversos ordenamentos jurídicos deve levar em conta que a constituição não esgota o fenômeno jurídico, razão pela qual a utilização de um enfoque funcionalista pode conduzir à ignorância sobre a realização concreta dos dispositivos e normas em estudo, o que muitas vezes se realiza por meio de normas infraconstitucionais.

No entanto, acredita-se que, mesmo reconhecendo a constituição como veículo de realização de opções políticas e organização institucional da comunidade, não se pode afastar sua inequívoca manifestação jurídica como validade normativa, ou seja, como conjunto de normas vinculantes dos poderes do Estado e de particulares, fundante da ordem jurídica. O fato de seus dispositivos serem (re)significados na sua realização concreta, normalmente por meio da aplicação de normas legais e infralegais, não invalida a conclusão de que a constituição é vinculante, tem normas cuja exigibilidade está assegurada por diversos meios postos à disposição do Estado, como a jurisdição, e é fundamento e limite de validade de outras normas do ordenamento jurídico.

[1] CASTANHEIRA NEVES, António. Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. [on line]. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965/2227>> Acesso em 12/12/2015, p. (p. 21)

[2] “For an expressivist scholar, constitutional law – doctrines and institutional arrangements – are ways in which a nation goes about defining itself”. TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton University Press, 2008, p. 12.

[3] CASTANHEIRA NEVES, António. Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. [on line]. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965/2227>> Acesso em 12/12/2015, p. (p. 22)





## Re: Weak Courts, Strong Rights (IV)

por [André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca](#) - Thursday, 31 December 2015, 21:55

A Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio apresenta neste tópico relevantes questões acerca dos temas já tratados, proporcionando-nos a realização de significativas reflexões.

Inicialmente, deve ficar consignado que cada Estado possui suas peculiaridades no que diz respeito ao seu processo de formação, havendo, pois, multiplicidade de fatores culturais, sociais e políticos, os quais, indubitavelmente, acarretarão as devidas consequências no que concerne ao ordenamento jurídico daquele Estado.

Partindo dessa premissa, observa-se que a Constituição de cada Estado deve se prestar para declarar aqueles direitos previamente consagrados por aquela comunidade, ou seja, não se pode cogitar da hipótese da Constituição ser considerada um fim em si mesma, mas sim um instrumento que vem a materializar os mais relevantes direitos consagrados por aquela sociedade, motivo pelo qual esta Norma, com o passar do tempo, poderia vir a ser objeto de emendas a fim de que possa acompanhar a evolução social, podendo ainda ser complementado por outras normas infraconstitucionais.

Assim, sendo a Constituição a declaração dos mais relevantes direitos consagrados por uma determinada sociedade politicamente organizada, a utilização do direito comparado, apesar de muitas vezes ser oportuna, deve ser realizada com a cautela adequada no sentido de ser aferida a semelhança entre os contextos fáticos dos Estados cujos ordenamentos jurídicos sejam comparados, evitando-se, desse modo, possíveis distorções, pois, sendo distintos os fatos sociais observados, corre-se o risco de certos institutos jurídicos, bem aceitos em um determinado Estado, em outro se transformarem num mero pedaço de papel escrito, sem a eficácia esperada.

Concluindo, entendo que não se pode esperar que a Constituição Federal figure como o ponto de início e fim dos direitos existentes em sociedade, mas, ao contrário, deve a Carta Política funcionar como o ponto de partida desses direitos, sendo, ela, pois, o alicerce, a base desses direitos, os quais devem ser implementados e estar em conformidade com os ditames constitucionais.





## Re: Weak Courts, Strong Rights (IV)

por [Carla Sofia Dantas Magalhães](#) - Wednesday, 30 December 2015, 08:54

### 1. A mensagem de Castanheira Neves: o perigo do *juridicismo*...

A Professora Ana Margarida Simões Gaudêncio atira-nos uma essencial pergunta de remate: em que sentido(s) se atenderá à juridicidade e validade da normatividade jurídica manifestada pela própria Constituição enquanto norma jurídica?

Regressemos, pois, à questão da realização da Constituição e dos direitos fundamentais: do próprio Direito no *continuum* do tempo e dos contextos de uma particular colectividade. Das várias leituras sugeridas ao longo do Fórum, a reflexão tem percorrido o triângulo *Direito-Constituição-Colectividade*, resultando inevitável o (re)pensar o papel do Estado. Há que demarcar um Direito que se realiza numa sociedade concreta, *na pessoa de carne e osso e não num seu qualquer estereótipo*, como já nos alertou o Professor José Casalta Nabais – em defesa da *purificação dos direitos fundamentais*[1]. Na mesma dinâmica, Castanheira Neves alerta para o “perigo do *juridicismo*”, até porque o direito não é tudo, nem pode ser tudo... Pois com esse perigo do *juridicismo* virá sub-repticiamente o perigo do *politicismo* “e com este o poder sobrelevará e subjugará a validade e a sua normativa, e capital, distância crítica”[2]. Com Castanheira Neves, a mensagem de Casalta Nabais parte do plano da constitucionalidade para as reais dimensões da juridicidade: numa defesa, diria agora talvez, da *purificação* do próprio sentido *do direito*.

Muito temos debatido, no contexto do nosso Fórum, acerca do papel dos tribunais na realização dos direitos fundamentais; porque, na perspectiva da separação de poderes remontada a Montesquieu, os tribunais têm esse poder de administrar a justiça em nome do povo: e tal como acolhido pela nossa Constituição[3]. Se com Castanheira Neves posso perguntar: Quando é que estamos perante um *problema de direito*? Quer dizer, quando é que estamos perante um problema a exigir uma solução de direito?

Também com Castanheira Neves ousou responder:

“No que temos afinal um determinado *objecto* (as relações mundano-sociais) num particular *contexto prático* (o contexto da convivência pessoal-comunitária) de que emergem *controvérsias ou problemas normativo-práticos* a convocarem para a sua solução judicativa um *fundamento de validade normativa* (a validade axiológico-normativa implicada na axiologia da pessoa, na axiologia do reconhecimento da sua autonomia e da sua responsabilidade numa comunidade ética de pessoas)”[4].



Daqui retiramos o seguinte: o Direito é realizado num *contexto prático* – o da convivência pessoal-comunitária – por *alguém* que nessa comunidade ética de pessoas “administra” a justiça – em nome (ou em representação ou em interpretação da vontade) do povo – e traz para a sua solução judicativa um determinado *fundamento de validade normativa*. O juiz assume assim uma *responsabilidade ética de projecção comunitária*; ao juiz (*pessoa de carne e osso*) cabe um indispensável papel que não é o de um “servidor passivo de qualquer legislador”[5].

Na obra de Mark Tushnet em debate – *Weak Courts, Strong Rights* –, a última nota de rodapé do capítulo primeiro da Parte I – «*Why Comparative Constitutional Law?*» – encerra o testemunho de um juiz inglês, Konrad Schiemann, que passo a citar:

“Where I felt that the traditional approach led to a result which appeared to me unsatisfactory, I would turn to foreign law to see whether my hesitations found any echo elsewhere and whether some stimulus to my own thinking could be found”[6].

O estudo comparativo do Direito Constitucional pode assim ajudar à melhor aplicação do Direito Constitucional nacional, vem defender Mark Tushnet[7]. Uma questão fundamental quando se fala dos perigos do juridicismo... Até porque, nas palavras de Tushnet, [*c*]omparative constitutional law involves doing law[8]. Logo, perante esta perspetivação, concluímos que o Direito está para além da Constituição escrita; a juridicidade não se limita à constitucionalidade. Ora, esta relação entre *Constituição* e *Direito* numa dada *Colectividade* vem a ser um capital ponto de debate no estudo e pensamento do Direito nos plurais contextos sócio-político-jurídicos do nosso tempo. Se a Constituição não é só Direito, também o Direito não é só Constituição. Porque há na Constituição o sentido jurídico e o sentido político, melhor: conforme o contexto particular de uma sociedade numa dada época o requeira, haverá na Constituição o concreto sentido jurídico-político. Por isso, são rejeitados por Tushnet os métodos de uma *perspectiva universalizante geral* de análise comparativa do Direito Constitucional devido ao elevado grau de abstracção[9]: quer o *método universalista normativo*, que procura a compreensão de certos princípios constitucionais na ordem interna pelo estudo dos direitos do homem – contudo, há certos princípios universais que num dado ordenamento jurídico assumem uma complexidade própria em face das circunstâncias trazidas pelas situações concretas; quer o *método funcionalista*, que tenta identificar as diferentes soluções adoptadas em outras nações democráticas e que possam ajudar a determinar quais os melhores e piores processos a implementar na ordem interna perante uma situação semelhante – todavia, o próprio princípio da separação de poderes assume



especificidades próprias em diferentes países democráticos e certos processos podem não “funcionar” no Direito interno. Para Tushnet, adequada então será a *perspectiva-método assumida como contextualismo* de análise comparativa do Direito Constitucional[10]: o direito constitucional, profundamente incorporado nos contextos institucional, doutrinal, social e cultural de cada nação, tem de ser interpretado atendendo a esses particulares contextos e o estudo comparativo mostra-nos que certas soluções poderão ser ponderadas até porque poderá haver noutras ordens jurídicas soluções mais apropriadas para uma outra ordem jurídica que sempre se habituou limitada a uma determinada experiência – e, aqui, o verdadeiro objecto de estudo será a forma como essas soluções serão absorvidas e adaptadas ao contexto concreto. Para Tushnet, o contextualismo é o método eleito de análise comparativa do Direito Constitucional, em respeito ao *Direito e à Constituição* de uma *Colectividade*: “We have discovered that we can tinker with a wide range of doctrines and institutions without transforming in the short run what we regard as constitutional fundamentals. And, as times goes on, our understanding of what those fundamentals are can itself change, sometimes in response to prior tinkering”[11]. As doutrinas e as instituições podem mudar sem que a curto-prazo os fundamentos constitucionais mudem necessariamente, e foi nesta base que Tushnet apresentou as diferentes formas de *judicial review*. Veja-se que se a legislação (intrinsecamente comprometida politicamente em dado tempo e em dado lugar) pode mudar, ao poder judicial caberá o controlo do direito (para além da lei). O *controlo jurídico* dos poderes político e executivo vai efectuar-se naturalmente pelo *poder judicial*, na lógica do princípio constitucional da separação de poderes. Pois se cabe ao juiz decidir sobre a validade ou invalidade jurídico-constitucional das leis, pode afirmar-se a passagem do “Estado-de-legislação” (*Gesetzgebungsstaat*) para um “Estado-de-Constituição” (*Verfassungsstaat*). A lei não é só em si o Direito, nem a Constituição é só em si o Direito. Há que distinguir “lei” e “Direito”; há que distinguir “Constituição” e “Direito”. Portanto, a intencionalidade jurídica deixa de ser a de uma *jurisdicção formal* ou *legal* para ser uma *jurisdicção material* do *princípio de justiça* (ou *normatividade jurídica geral*) que a Constituição assume nos princípios normativos e nos direitos fundamentais, mas cujo fundamento é *trans-constitucional*, nesta lógica defendida pelo Professor Castanheira Neves[12]. E desta forma a interpretação da lei se ajusta ao direito e este evolui pelo papel exigido ao juiz dentro de um verdadeiro Estado-de-Direito.

Em vista disto, no sentido proposto pela Professora Ana Margarida Simões Gaudêncio, é consequentemente incontornável a distinção entre “constitucionalidade” e “juridicidade” – já que perigoso é admitir a redução do Direito à Constituição...



### Sobre a Constituição escrita esclarece Castanheira Neves:

“[O] próprio pensamento constitucionalista nos dá conta de uma normatividade político-social mais exigente e noutra plano do que aquela que se defina a estrito nível constitucional positivo – é, bem se sabe, o que significam as distinções, e não são as únicas, entre a constituição formal e a constituição material, entre a constituição escrita e a constituição não escrita, entre a constituição jurídica e a constituição real, etc. –, além de que, e principlamente, o estatuto constitucional o que traduz, na sua intencionalidade matricial, é a assimilação jurídica de certos valores políticos, a instituição do projecto político-jurídico e político institucional que ideológico-politicamente e por qualquer forma que seja – em assembleia, revolucionariamente, plebiscitariamente, etc. – logram impor-se no momento constituinte. Daí que o estatuto constitucional não só esteja longe de esgotar o universo jurídico – o que se confirma com o reconhecimento do carácter fragmentário da constituição nesse plano –, exprime apenas o jurídico que se tem por politicamente mais relevante (...)”[13].

A Constituição não esgota o universo jurídico, nem a substância do jurídico na Constituição se resume a uma “positivação normativa do político”. Uma tal perspectivação redutora traria o já falado perigo de um juridicismo acobertando o politicismo, perdendo o Direito (ou negando-se ao Direito) a sua autonomia e validade normativa crítica perante o *poder*. A separação de poderes não mais seria um princípio fundamental de um Estado de Direito, mas um mecanismo somente ao serviço da dimensão política da Constituição... Eis aqui o perigo do juridicismo quando se confunde juridicidade com constitucionalidade! Uma confusão que Tushnet afastou ao rejeitar a perspectivação funcionalista da análise comparativa do Direito Constitucional: a separação de poderes não se reduz a um mero mecanismo standard dos Estados de Direito democrático. Há o Direito que está para além de cada Constituição.

Retomando por fim a questão: Em que sentido(s) se atenderá à juridicidade e à validade da normatividade jurídica manifestada pela própria Constituição enquanto norma jurídica? Definida como o “*estatuto jurídico do político*”[14], a Constituição, nos seus momentos especificamente jurídicos, deverá ser interpretada conforme o *direito* e não apenas por estritos critérios políticos. O fundamento e a normatividade dos direitos fundamentais, dos princípios jurídicos constitucionais e de outras referências jurídicas, embora cobertos e garantidos constitucionalmente, não estão na Constituição, mas fora e para além dela. À Constituição reconhecer-se-á uma função tão-só *declarativa* e constitucionalmente positiva (e assim *não-constitutiva*) dos direitos fundamentais, dos princípios jurídicos constitucionais e de outras referências jurídicas. Há direitos e princípios jurídicos civilizacional-culturalmente irrenunciáveis porque adquiridos como dimensões do próprio sentido e sentido autónomo do *direito*. Foram sábias as palavras trazidas pelo Professor Castanheira Neves! [15]. O Direito é-o para além da Constituição.



É certo que o Estado social ergueu os direitos sociais a dimensão estruturante da juridicidade, explica o Professor Gomes Canotilho. E entre o *princípio da juridicidade* e o *princípio da socialidade* surge a compreensão constitucional do Estado como um *Estado de direito social*. Escreve o Professor: “[t]em sido reiteradamente salientado que o Estado Social só adquire positividade e substancialidade própria através da garantia de dimensões prestacionais nuclearmente indispensáveis à efectivação dos direitos sociais fundamentais (saúde, ensino, segurança social). Mas os direitos sociais custam muito dinheiro. Não há Estado Social em «Estado falhado» ou com os cofres vazios”[16]. Em crise está actualmente o conceito de *direcção* ou *comando estatal* e a o próprio sentido do direito... Também o Professor Gomes Canotilho tem a dizer sobre os perigos da perda de autonomia do direito e seu sentido na Constituição: pois “quando um direito – como é o direito constitucional – se proclama a ele próprio como direito do político, sobre o político e para o político, isso significa que ele corre o risco da perda de credibilidade como direito de direcção da política estatal”[17].

De resto, a problemática dos direitos fundamentais sociais (que muito temos debatido) não é uma problemática tão-só *constitucional* mas tão-certo uma problemática *jurídica*. E, no meu modesto entender, foi para estes “perigos de perspectivação” que a Professora Ana Margarida Simões Gaudêncio quis marcar o alerta: no estudo orientado para o ordenamento jurídico português ou angolano ou brasileiro, conforme o caso.

[1] V. José Casalta Nabais, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais* in «Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais», Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 119.

[2] Cfr. António Castanheira Neves, *Uma Reconstituição do Sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas*, p. 29, [online], disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965/2227>, consultado em 19/12/2015.

[3] Artigo 102.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa: «[o]s tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a *justiça em nome do povo*» (realce nosso); artigo 174.º, n.º 1, da Constituição da República de Angola: «[o]s tribunais são o órgão de soberania com competência de administrar a *justiça em nome do povo*» (realce nosso).

[4] Cfr. António Castanheira Neves, *Uma Reconstituição do Sentido do Direito...*, cit., pp. 28-29,



[5] Cfr. António Castanheira Neves, *Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – Modelos Actualmente Alternativos da Realização do Direito* in «Estudos Jurídicos de Coimbra», coord. Luciano Nascimento Silva, Curitiba, Juruá Editora, 2007, pp. 267-268.

[6] Konrad Schiemann, “A Response to The Judge as Comparatist,” 80 *Tulane L. Rev.* 281, 283-84 (2005) *apud* Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2009, p. 17.

[7] Enquanto instrumento de (re)interpretação da Constituição no contexto global, o *constitucionalismo comparado* de Mark Tushnet assume-se como uma marcada proposta de refundação do princípio da separação dos poderes em resposta à crise do constitucionalismo que caracteriza o direito pós-moderno. V. Suzana Tavares da Silva, *Sustentabilidade Política e Pós-democracia – Roteiro, Estado Social, Constituição e Pobreza/Programa de Doutoramento em Direito Público*, 2015, pp. 9 e 10.

[8] Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights...*, cit., p. 4.

[9] *Ibidem*, pp. 6-9.

[10] *Ibidem*, pp. 10-15.

[11] *Ibidem*, p. 14.

[12] Cfr. António Castanheira Neves, *Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – Modelos Actualmente Alternativos da Realização do Direito*, cit., pp. 238-239.

[13] Cfr. António Castanheira Neves, *Uma Reconstituição do Sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas*, p. 22, [online], disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965/2227>, consultado em 19/12/2015.

[14] *Ibidem*, p. 23.

[15] *Ibidem*, pp. 23-26.

[16] Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *A Governança do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social* in «Entre Discursos e Culturas Jurídicas», *Studia Iuridica* 89, coord. José Joaquim Gomes Canotilho e Lenio Luiz Streck, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 146-147.

[17] *Ibidem*, p. 152.





## Re: Weak Courts, Strong Rights (IV)

por [Diogo Pignataro de Oliveira](#) - Wednesday, 30 December 2015, 21:36

A Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio nos apresenta duas reflexões finais ao texto de Tushnet, em um rumo diferenciado das discussões e intervenções anteriores, embora interligadas com as mesmas. Na primeira das perguntas surge a questão da *fundamentação* e da *interpretação* da Constituição nos plurais contextos sócio-político-jurídicos do nosso tempo, ao passo que na segunda põe em relevo os conceitos de *constitucionalidade* e de *juridicidade*, abordados e dissecados por Castanheira Neves.

De acordo com o que leciona Tushnet, o universalismo normativo e o funcionalismo buscam analisar o relacionamento das questões constitucionais entre os diversos sistemas constitucionais, sendo influenciados severamente pela teoria política. Já o contextualismo simples se fecha em uma análise constitucional interna, no contexto institucional e doutrinário que se situa, enquanto que o método do expressivismo considera que o pensamento constitucional de uma nação é expressão do seu ponto de vista e de entendimento, ou seja, como ela se define, institucionalmente, assim como a maneira que este Estado específico desejar se organizar internamente e garantir o cumprimento de seus propósitos e finalidades.

Com ênfase consagrada ao expressivismo, Tushnet revela que os preâmbulos constitucionais são valiosos caminhos de identificação dos propósitos e finalidades perseguidos e que findam por apresentar, por consequência, a essência axiológica de uma determinada constituição, aspecto deveras relevante no contexto da sua interpretação. Como ilustração exemplificativa, o preâmbulo da CRFB proclama o intento instituidor *de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*.

Por outro lado, o direito constitucional – o problema da *fundamentação* e da *interpretação* da Constituição – é um direito de conflito e compromisso, sendo evidente que são perseguidos objetivos diversos e antagônicos no processo constitucional (Peter Häberle, *Hermeneutica Constitucional*, p. 51/52), desenvolvendo, assim, os chamados “*plurais contextos sócio-político-jurídicos do nosso tempo*”.



Esses pressupostos do expressivismo acima posicionados se projetam nesses plurais contextos, então, como ferramenta de hermenêutica constitucional para se efetivarem os reais *sentidos* jurídico-políticos concebidos e vislumbrados de uma certa sociedade, institucionalizando normativamente, com isso, os desígnios constitucionais.

Para responder à segunda parte de indagações, é imperioso destacar que Castanheira Neves aponta que o funcionalismo político (*Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz*, p. 26) compreende o direito como um instrumento político, orientando-se por uma intenção expressa de politicização da juridicidade. Todavia, os objetivos jurídicos traçados normativamente carecem de uma determinação concretizadora de que se desempenhará a função judicial. Segundo ele, tudo converge no problema da autonomia do direito e da possibilidade institucional da sua afirmação. Assim, atende-se à *juridicidade* e à *validade* da *normatividade jurídica* manifestada pela própria Constituição enquanto *norma jurídica* através do contraponto de índole jurídica ao ditado politicamente pelo Poder Legislativo: a função jurisdicional (lições do “jurisprudencialismo”).

Acerca do jurisprudencialismo, importante leitura se perfaz da obra disponível eletronicamente e que se intitula “Teoria do Direito - Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves”, com capítulo do próprio Castanheira Neves (O “Jurisprudencialismo” — Proposta De Uma Reconstituição Crítica Do Sentido Do Direito), quanto dos Professores Doutores José Manuel Aroso Linhares (*Jurisprudencialismo: Uma Resposta Possível Em Tempo(S) De Pluralidade E De Diferença?*) e Ana Margarida Simões Gaudêncio (*Justiça Transcendente E Autotranscendentalidade Axiológica: Um Contraponto Entre Jack Balkin E Castanheira Neves*).



Re: Weak Courts, Strong Rights (IV)

por [Sergio Paulo de Abreu Martins Teixeira](#) - Thursday, 31 December 2015, 14:53

## 1. Contextualismo, expressivismo, constitucionalidade e juridicidade

A professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio, de forma igualmente perspicaz e objetiva, propõe duas perguntas concernentes às reflexões sobre a perspectivação do direito encontradas na obra de Tushnet em discussão neste fórum, as quais poderiam ser sintetizadas da seguinte forma: (1) como as



perspectivas de uma análise comparativa do Direito Constitucional trabalhadas por Tushnet (universalismo, funcionalismo e contextualismo, simples e expressivista) podem projetar-se nos ambientes sócio-político-jurídicos hodiernos no que toca à fundamentação e interpretação da constituição como institucionalização de sentidos jurídico-políticos (e não apenas de direitos)? (2) ao se distinguir constitucionalidade e juridicidade que significações devem ser atribuídas à perspectiva funcionalista criticamente indicada por Tushnet e em que sentido se atenderá à juridicidade e à validade da normatividade jurídica manifestada pela própria constituição na condição de norma jurídica?

Passa-se, então, à análise de cada uma das indagações formuladas, embora não se tenha a pretensão, nos estreitos limites desta manifestação, de esgotar a complexidade e profundidade dos temas propostos.

De acordo com a abordagem empreendida por Tushnet (2008: 5-6), o universalismo normativo surge originalmente do diálogo entre aqueles que estudam o direito constitucional comparado e os que se debruçam sobre os direitos humanos internacionais. O universalismo liga o constitucionalismo a determinados princípios fundamentais, que podem envolver a proteção dos direitos humanos e as estruturas de governo (elenco mais restrito). Os universalistas voltam-se ao direito constitucional comparado para identificar como as constituições de cada Estado incorporam (fundamentam ou justificam) esses princípios universais. A partir do cotejo das diferentes versões nacionais seria possível, na óptica universalista, uma melhor compreensão de tais princípios e o aperfeiçoamento de sua visão doméstica.

Para Tushnet (2008: 7-8), há uma similaridade entre a abordagem universalista e a funcionalista no âmbito do direito constitucional comparado, na medida em que, em ambos, a busca é a de identificar o que acontece em outros sistemas constitucionais e que se refira ao objeto de estudo. Os funcionalistas acreditam que o exame das diferentes formas pelas quais as nações democráticas disciplinam determinados mecanismos pode auxiliar na definição do que é bom ou ruim em certo processo decisório, já que os objetivos dos diferentes governos são os mesmos. Por suas próprias características, a abordagem funcionalista normalmente enfoca questões relacionadas às estruturas de governo, como o federalismo e os sistemas de governo.

Na visão de Tushnet (2008: 8), porém, ambos – funcionalismo e universalismo - são falhos. Em termos amplos, os dois operariam em um nível de abstração por demasiado elevado. Como ilustra o autor, é possível assumir que existem princípios universais de liberdade e justiça, mas deve-se admitir que tais princípios não são completamente capturados em seus termos gerais como princípios de liberdade de expressão e de igualdade. Isso ocorre porque há tantas variáveis relacionadas à estrutura desses últimos que é bem possível que os casos



surgidos na história do próprio Estado sejam mais esclarecedores de sua substância do que a experiência de outras nações (TUSHNET, 2008: 8). No que toca às questões relacionadas às estruturas de governo, as peculiaridades das relações de poder de cada Estado (separação de poderes, *v.g.*) serão, na visão de Tushnet (2008: 9), determinantes para o delineamento adequado de certo instituto.

Como perspectiva de análise do direito constitucional comparado, o contextualismo enfoca o fato de o direito constitucional ser fortemente ligado ao contexto institucional, doutrinário, social e cultural de cada Estado. De acordo com essa óptica, há uma grande propensão ao erro quando se almeja aplicar uma doutrina ou instituição do direito estrangeiro sem verificar todas as suas vinculações (conexões) ao contexto em que existe e é aplicado (TUSHNET, 2008: 9).

O contextualismo possui duas variações: o contextualismo simples e o expressivismo. Naquele, as ideias constitucionais somente podem ser compreendidas dentro do contexto completo - doutrinário e institucional - em que se encontram colocadas. Um dos exemplos dados por Tushnet (2008: 11-12) é o da solução judicial a ser dada, nos distintos contextos nacionais, em casos de difamação, haja vista a nítida concorrência entre a liberdade de expressão e a tutela da reputação da pessoa. No caso americano, apenas o interesse no discurso (liberdade de expressão) tem magnitude constitucional, o que impõe-lhe seja atribuído um peso maior se comparado ao interesse na reputação. Na Austrália e na Grã-Bretanha, nenhum dos dois interesses tem previsão constitucional. Já na Alemanha, ambos, como aspectos da dignidade da pessoa humana, têm estatura constitucional. Como as disposições constitucionais subjacentes distinguem-se nos diferentes contextos constitucionais, o resultado do balanço de interesses não poderá ser o mesmo.

No expressivismo, que talvez seja a versão mais abrangente do contextualismo, o entendimento é o de que as disposições constitucionais são expressão de um autoconhecimento (autodefinição) particular da nação. Para o expressivista, o direito constitucional – doutrina e arranjos institucionais – é o meio pelo qual uma nação forja a definição de si mesma (TUSHNET, 2008: 11). A compreensão da existência de uma autocompreensão singular da nação expressa por sua constituição, no entanto, não obsta, na visão do autor em estudo (2008: 13), a possibilidade de trabalho com uma grande variedade de doutrinas e instituições, sem que seja necessário transformar, no curto prazo, o que é considerado como fundamento constitucional. Mesmo a singularidade dessa autodefinição é criticada por Tushnet, haja vista não ser razoável restringir o entendimento da nação a uma única visão diante da própria complexidade interna. Tais conclusões abrem caminho, na visão do jurista norte-americano, para o emprego do expressivismo como método do direito constitucional comparado.



A projeção de tais perspectivas-métodos do direito constitucional comparado nos complexos contextos sócio-político-jurídicos do nosso tempo não acontece sem a necessidade de superação de obstáculos e de uma análise de adequação metodológica.

A preocupação externada por Tushnet (2008: 3) com questões atinentes ao *self-government*, em meu modesto entender, destacam-se em relevância, sobretudo em cenários nacionais em que se observa nítida opção normativa constitucional em delinear certos institutos, como é o caso da *judicial review*. Não se pode olvidar que Tushnet, ao desenvolver argumentos sobre uma forma fraca ou forte do referido instituto, teve como base o quadro normativo norte-americano em que, como ele próprio destaca, não há opção constitucional explícita por um ou outro caminho. A solução tem sido construída por via estritamente hermenêutica. Por outro lado, ao analisar os exemplos de *weak-form* no capítulo 2, Tushnet invoca os casos da Nova Zelândia, da Grã-Bretanha e do Canadá. Em todos, os contornos da forma fraca de controle judicial foram dados por decisões político-normativas, advindas do legislador. Não é possível, assim, afastar-se da indagação já proposta pelo professor Vieira de Andrade, ao questionar a viabilidade da adoção da referida forma de *judicial review* em contextos como o português e o brasileiro, onde o delineamento da *strong-form* é constitucional, explícito e inequívoco.

A circulação de modelos institucionais entre diferentes Estados não pode se dar de modo automático, sem a necessária aclimação, especialmente no caso de se comungar da visão de que a constituição é influenciada por um direito pressuposto (voltarei ao tema mais adiante). Os métodos do contextualismo simples e do expressivismo deixam isso muito claro. Antes, no entanto, que tal questão seja colocada, há de se indagar acerca da viabilidade da adoção de certo instituto – ou de certos contornos de dado instituto – em determinado contexto – social, político e jurídico-nacional.

A abordagem da segunda questão formulada não pode prescindir da lição de Castanheira Neves (2012), especialmente aquela constante de artigo mencionado pela professora doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio (nota de rodapé 4) e referido pelos colegas Carla Sofia Dantas Magalhães e Diogo Pignataro Oliveira, ao analisar a relação entre constitucionalidade e juridicidade. Para o autor, há dois caminhos: o de reconhecer que o estatuto constitucional encontra-se distante de esgotar todo o universo jurídico, encerrando no seu projeto político-jurídico apenas o politicamente mais relevante, de tal modo que seria possível encontrar direito fora da constituição; ou o de refutar esse entendimento e afirmar a identidade entre juridicidade e constitucionalidade e, sendo a constituição apenas o estatuto jurídico do político, o direito teria anulada sua autonomia normativa material e sua condição de instância de validade e crítica perante o poder político. Nas palavras do destacado jurista (NEVES, 2012: 23):



“por ser a constituição apenas o estatuto jurídico do político, a substância do jurídico estará no político e o jurídico não será mais do que a forma que normaliza esse político – o jurídico apenas positivará normativamente, numa legalidade constitucional, as livres opções políticas.”

Como corolário da distinção entre juridicidade e constitucionalidade, assim como prevalece o postulado hermenêutico da “interpretação conforme a constituição” relativamente à lei, será o direito, analogamente, a última instância perante a constituição jurídica, já que esta não mais deteria juridicamente a última palavra. Há, portanto, de se interpretar a constituição, na sua validade jurídica, conforme o direito (NEVES, 2012: 25).

A adotar-se a premissa preconizada por Castanheira Neves, os direitos fundamentais, os princípios jurídicos e as outras referências jurídicas terão na constituição apenas uma particular tutela e garantia, de estatura ou hierarquia constitucional. A constituição, destarte, não é deles constitutiva, mas apenas declaratória, porquanto têm fora dela seu fundamento e normatividade e, ademais, sua problemática não será materialmente constitucional, senão especificamente jurídica (NEVES, 2012: 24).

A aceitação de tais conclusões, embora preserve a autonomia normativa do direito e possua inegáveis virtudes, não pode se dar, porém, sem a oposição de críticas relevantes que, de certo modo, voltam-se até mesmo aos seus objetivos, nomeadamente o de afastar os direitos fundamentais e os princípios de justiça de uma dimensão estritamente política, de uma mera opção ideológica.

A compreensão de um direito pressuposto intestinamente ligado à sociedade antes mesmo de sua organização político-jurídica - pressuposto interior à sociedade civil -, integrante do modo de produção social, a servir de fundamento a um direito que prescindir de posituação, de modo tal que o legislador não seria livre para criar *qualquer direito* (GRAU, 2006: 147-148), depara-se com questões ligadas à dificuldade de encontrar *direitos* que não sejam, de modo efetivo, histórica e geograficamente situados. Não é possível olvidar que, no mundo atual, bilhões de pessoas vivem em sociedades não democráticas e que ignoram os direitos mais básicos, por nós compreendidos como imprescindíveis e inalienáveis, como o da igualdade entre homens e mulheres, da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, entre outros. Ademais, mesmo em *democracias de direitos*, alguns deles têm de ser, em certa medida, mitigados ou sacrificados em nome da segurança pública e do combate a este ou àquele problema social. Essas circunstâncias levam alguns a indagar se a pretensão de sua universalidade e atemporalidade não se reveste ela própria de um caráter político-ideológico.



O aprofundamento de tais questões, todavia, transborda em muito os limites do debate proposto, embora sirva, na condição de contraponto a premissas largamente compartilhadas na teoria do direito, à construção de teorias jurídicas cada vez mais consistentes para a tutela dos direitos fundamentais. Por outro lado, tais indagações trazem à tona novamente questões ligadas – ou que, ao menos, perpassam - ao funcionalismo político da constituição, ao *self-government*, à perspectiva funcionalista de análise comparativa do Direito Constitucional e, mesmo, à suposta vantagem comparativa dos tribunais para promoção e tutela dos direitos fundamentais.

No âmbito do debate apresentado, voltando-nos especificamente às perspectivas-métodos de análise comparativa do Direito Constitucional abordadas por Tushnet (2008: 7), nomeadamente a universalista e a funcionalista observamos, como visto alhures, que, em ambas, busca-se identificar o que acontece em outros sistemas constitucionais e que seja objeto de análise, a fim de obter elementos que propiciem um aperfeiçoamento do sistema jurídico doméstico (TUSHNET, 2008: 7). No funcionalismo, normalmente empregue em questões relacionadas à estrutura do governo, isso se dá com base em uma suposta identidade de tarefas a serem desempenhadas pelos diferentes governos nacionais.

Ao se assumir a distinção entre juridicidade e constitucionalidade, tal como preconizado por Castanheira Neves, a perspectiva funcionalista passa a se deparar com a dificuldade de uma referência ao direito de cada Estado e não meramente à sua Constituição. A circunstância acaba, em meu modesto entender, a ligar esta perspectiva à expressivista, na medida em que, ao se buscar no direito pressuposto a estrutura de governo que a sociedade entende razoável e adequada, está a se perscrutar acerca do que essa sociedade entende acerca de si mesma, de seu próprio papel e o que almeja atingir como organização político-social juridicamente delineada.

### Referências bibliográficas

Castanheira Neves, António (2012), “Uma Reconstituição do Sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, *Revista da Faculdade de Direito Lusófona do Porto*, disponível em: <<http://revistas.ulusofo-na.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965/2227>>, acesso em: 28/12/2015.

Grau, Eros R. (2006), *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, São Paulo, Malheiros.

Tushnet, Mark (2008), *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press.





## Weak courts, strong rights (IV- a)

por [José Manuel Aroso Linhares](#) - Wednesday, 18 November 2015, 16:46

Entrando no diálogo numa fase já avançada (num momento em que os temas nucleares da obra de Tushnet já foram significativamente convocados), permito-me intervir sugerindo algumas leituras cruzadas e chamando brevemente a atenção para os problemas a que estas nos expõem. Regresso assim também às questões decisivas introduzidas pelo Senhor Doutor Vieira de Andrade.

O primeiro *cruzamento* que proponho é com o próprio Tushnet e com o seu *Taking the Constitution Away from The Courts* (Princeton University Press, 1999), bem como com o seu brilhante percurso enquanto *critical scholar* [Na impossibilidade de ler a monografia citada, sugiro o ensaio «Popular Constitutionalism as Political Law», disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=facpub>]. Como é que neste contexto deveremos entender a aparente concessão de *Weak Courts, Strong Rights*, a introduzir a sedutora *conjecture* de que a institucionalização eficiente de um *controlo judicial fraco* favorece o *fortalecimento* dos direitos económicos e sociais? [« [W]riting strong social welfare rights into the constitution but enforcing them only through weak remedies seems particularly attractive...» (*Weak Courts, Strong Rights*, p. 252)] Será esta conjugação de razões de legitimidade política e de eficiência pragmática a *chave* para reconhecermos o tipo de institucionalização que se pode esperar do *Popular Constitutionalism* de Tushnet? Ou mais do que isso, constituirá tal conjugação (relativamente surpreendente) a marca de água que nos autoriza a distinguir o seu apelo às *comunidades (interpretativas)* dos *cidadãos* de outros apelos *afins*?

No que diz respeito a estes apelos *afins*, para além do contraponto com Peter Häberle, já convocado para o nosso diálogo pela Senhora Doutora Ana Raquel Moniz, parece-me indispensável na verdade também estabelecer aqui um confronto com a proposta de Sanford Levinson e com a sua defesa de um protestantismo hermenêutico (*which view each citizen as having the duty to interpret the Constitution for herself*) [«A protestant view of Court's authority (...) assuming the legitimacy of individualized (or at least non hierarchical communal) interpretation» (*Constitutional Faith*, 1988, p. 29)], defesa entretanto substancialmente compreendida na 2ª ed. desta obra (Princeton University Press, with a New Afterword by the Author, 2011) [Na impossibilidade de ler *Constitutional Faith*, ver Balkin, «Idolatry and Faith», disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/idolatryandfaith1.pdf> e ainda (num comentário às transformações introduzidas pela 2ª ed.) «Sanford Levinson's Second Thoughts About Constitution



Faith», disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5613&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5613&context=fss_papers)]. Como me parece também importante «ouvir» Robin West, a preocupar-se com as comunidades interpretativas dos legisladores ordinários e a estabelecer a distinção relevante entre *adjudicated Constitution* e *legislated Constitution* [ver «[The Missing Jurisprudence of the Legislated Constitution](#)», disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1636&context=facpub>]....

A propósito do contraponto entre *direitos de liberdade* e *direitos sociais a prestações* (uma das pistas sugeridas pelo Senhor Doutor Vieira de Andrade), proponho um último cruzamento: agora com Dworkin... e com a sua distinção entre *legislative rights* e *legal rights* [Aqui é preciso mesmo ler o breve capítulo 19 (intitulado «Law») de *Justice for Hedgehogs*, Cambridge Mass./ London, the Belknap Press of Harvard University Press, 2011]. Poderá esta distinção ajudar-nos a resolver o problema? Ou será que na verdade o agrava? Lembro apenas que se trata de distinguir duas «classes inconfundíveis de direitos e de deveres políticos» (direitos e deveres da *moralidade política*) e os territórios correspondentes: (a) os direitos e deveres que, por estarem associados ao plano de determinação das *policies* e dos programas de fins colectivos que estas traduzem (por poderem ser integralmente determinados a partir dos *arguments of policy*), se nos impõem como direitos e deveres estritamente políticos, ou mais rigorosamente, *direitos e deveres legislativos*, que, para se tornarem vigentes e eficazes, dependem da intervenção prévia do *statutory law* e das escolhas que esta faça, ou que normativamente prescreva, com maior ou menor colaboração de outras experiência constitutivas (*lawmaking powers*) — direitos e deveres assim cuja *consagração/não consagração* (dependendo dos «caprichos da democracia») será criticamente reflectida no quadro de uma *filosofia política geral*; (b) os direitos e deveres que, por aparecerem vinculados às exigências dos *princípios* (e à *integridade* da sua *community* ou aos argumentos que a constituem), se nos impõem como direitos e deveres genuinamente jurídicos (*legal rights*), ou mais rigorosamente, *direitos e deveres* que os seus titulares podem tornar eficazes recorrendo directamente às instâncias judiciais (*without further legislative intervention*) — cuja *consagração/não consagração* será criticamente reflectida no quadro de uma *teoria do direito* e desta precisamente enquanto procura uma *resposta normativa* para uma *questão política* («sob que condições» se adquirem «direitos e deveres da moralidade política» que se possam dizer «especificamente jurídicos»?)<sup>[1]</sup>.

[1] A exemplificação proposta, fazendo pairar sobre o contraponto *direitos jurídicos/ direitos legislativos* um argumento de contingência (*legislative rights, even when acknowledged, are of no immediate force, legal rights, once acknowledged, are immediately enforceable*<sup>[1]</sup>), está longe de se nos impor com a



inequívocidade esperada: se se compreende que um dos núcleos de consagração de *direitos genuinamente jurídicos* seja encontrado por Dworkin no universo do direito privado (associado a uma especificação negocial do princípio da participação e à correlativa especificação comutativa do princípio da responsabilidade), compreende-se menos que a exploração dos outros *direitos*, daqueles que têm como correlato *deveres da societas* (tanto mais que se trata de invocar como perspectiva-prius a distinção entre *direitos directamente accionáveis* e *direitos que exigem uma intervenção legislativa*) não reproduza o equilíbrio dogmaticamente consagrado entre *direitos, liberdades e garantias* por um lado e *direitos a prestações sociais* por outro lado (ou o núcleo duro em que tal contraponto, assimilando o legado das várias gerações de direitos, se nos impõe hoje menos controvertido). Se é certo que a faculdade de exigir à *societas* a institucionalização lograda de um princípio de separação de poderes nos aparece claramente entendida como um *direito genuinamente jurídico* (como serão jurídicos os direitos e deveres «descritos» pelos princípios da obediência à lei, da vinculação aos precedentes, do acesso à justiça, da independência dos tribunais ou do contraditório e aqueles que traduzem a preservação da universalidade constitutiva do princípio da igualdade), é já como um *direito legislativo* (num horizonte de moralidade política ainda não especificamente jurídico) que em contrapartida se nos oferecem algumas especificações concretizadoras do direito à liberdade de expressão (ou pelo menos a faculdade de exigir que os *community's lawmaking powers* garantam um discurso político sem censura)... — o que aproxima claramente este direito daqueles em que estão em causa reivindicações imediatas a prestações (relativas a *políticas públicas* legislativamente prescritas)! Em relação a estes últimos, podemos de resto acrescentar que a possibilidade de estabelecer fronteiras de relevância entre o plano *global* da moralidade política e o plano especificamente jurídico passa sempre pela distinção entre o *direito (legislativo) à prestação* enquanto tal (assegurado pela *policy* prescrita e antecipado pelas suas escolhas) e o direito jurídico a um tratamento igual (que a execução do respectivo programa de fins deverá assegurar, mas à qual a própria escolha do círculo dos cidadãos sacrificados e beneficiários, tematizável no plano dos recursos-meios ou da antecipação de alternativas, não poderá decerto escapar!). Com uma conclusão inevitável: a de reconhecer que as distinções em causa perdem importância (ou vêm pelo menos o significado da sua contingência diminuído) — corrigindo-se e compensando-se como que numa teia de vasos comunicantes — se levarmos a sério as exigências de um *integrated account of law* (e se superarmos a *two-systems picture*). O que, numa palavra — e também garantindo um plano de inteligibilidade universal (liberto de um exercício de argumentação historicamente condicionado) —, nos autoriza a exigir que os juristas e muito especialmente os juízes levem a sério a sua responsabilidade, assumindo-se como autênticos *working political philosophers of a democratic state*.





Re: Weak Courts, Strong Rights (IV- a)

por [Luciano Moreira de Oliveira](#) - Friday, 27 November 2015, 02:31

## 1. Efetividade dos direitos sociais e judicial review

Os debates apresentados no fórum temático, neste momento a partir das contribuições dos professores José Manuel Aroso Linhares e José Casalta Nabais, aprofundam a análise sobre o papel dos tribunais e da *judicial review*, tema inaugurado pelo professor José Carlos Vieira de Andrade. Essas contribuições voltam-se, ademais, para a compreensão dos impactos das decisões na efetivação dos direitos sociais.

As leituras cruzadas sugeridas por José Manuel Aroso Linhares somam argumentos às críticas à centralização da interpretação constitucional nos tribunais.

Em *Popular constitutionalism as political law*, Mark Tushnet realça o caráter político do direito e da interpretação constitucional. Como fenômeno jurídico, o direito constitucional induz os tomadores de decisões a adaptarem suas propostas e seus interesses para conformá-los à constituição, de maneira que as decisões tomadas possivelmente diferem daquelas que seriam adotadas na ausência do texto constitucional.

De outro lado, o aspecto político do direito constitucional decorre da determinação de seu conteúdo a partir da interação entre agências de governo e atores sociais:

The fact that constitutional law as political law can be performed through interactions among the branches of government contributes to the inherent fuzziness of the category popular constitutionalism.<sup>[1]</sup>

Jack M. Balkin, em *Idolatry and Faith: the jurisprudence of Sanford Levinson*<sup>[2]</sup>, trata do pensamento de Sanford Levinson, das influências deste sobre suas ideias e desenvolve uma crítica ao direito, articulando os temas da religião, religiosidade e fé.

Sobre o constitucionalismo, levando em conta o contexto estadunidense, o autor esclarece que o dissenso e a divergência sobre o conteúdo e significado da constituição são comuns, não obstante os pronunciamentos da Suprema Corte. Assim, realça a importância de um “constitucionalismo protestante”, que exalta a existência de consciências individuais sobre a constituição. O autor lembra, ademais, que os grupos com particulares visões sobre a constituição buscam influenciar os legisladores e tomadores de decisão, bem como ainda propor mudanças que possam se alinhar à sua orientação constitucional.



Em *The missing jurisprudence of the legislated constitution*,<sup>[3]</sup> Robin West analisa a interpretação conferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a cláusula de igual proteção que advém da 14<sup>a</sup> emenda à constituição daquele país. Para a Suprema Corte, a 14<sup>a</sup> emenda assegura tão somente a vedação de tratamento discriminatório, não justificável, pelo legislador.

Para Robin West, essa interpretação inibe o legislador e as possibilidades de sua atuação em favor dos direitos sociais, posto que sua garantia exige ação estatal, inclusive no que se refere à produção legislativa como promotora de mudanças sociais.

Assim, o autor ressalta que, ao contrário dos tribunais, que têm uma função de garantia e limitação dos excessos dos demais poderes, o legislador tem um dever de agir visando à concretização de compromissos constitucionais, em especial no que se refere à realização de direitos sociais.

As duas primeiras leituras cruzadas retomam a premissa de Mark Tushnet em *Weak courts, strong rights* de que o texto constitucional não tem sentido unívoco e que mais de uma leitura razoável é possível, o que ele exemplifica ao destacar que, não raro, o dissenso ocorre mesmo na Suprema Corte dos Estados Unidos.

De fato, a abertura das disposições constitucionais permite o dissenso sobre seu conteúdo, assim como, não raramente, mais de uma leitura razoável. Nesse contexto, tendo como parâmetro o uso da *judicial review* no mundo ocidental, seja pela adoção de formas fracas ou pela autocontenção dos tribunais, é preciso reconhecer o espaço de conformação conferido aos demais poderes, evitando-se o monopólio do direito constitucional pelos tribunais, como alertou a professora Ana Moniz.

É certo que a acomodação da *judicial review* nos ordenamentos jurídicos dos países sofre as influências, entre outras circunstâncias, dos contextos histórico, institucional e político internos, sendo as opções de mudanças constrangidas pelo direito positivo vigente. No caso brasileiro, a nosso aviso, maior relevância deve ser dada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5<sup>o</sup>, XXXV).<sup>[4]</sup>

A contribuição do professor José Casalta Nabais e o texto de Robin West conduzem, por sua vez, à reflexão sobre os limites e a efetividade das decisões dos tribunais na garantia dos direitos sociais.

A leitura desses textos nos fez recordar duas importantes contribuições para o tema. Primeiramente, Robert Alexy, em artigo publicado no Brasil, chama atenção para as dificuldades na implementação dos direitos humanos, oportunidade em que afirma que “vale a tese de que os direitos do homem são tão mais difíceis de concretizar quanto mais eles prometem”.<sup>[5]</sup> A segunda contribuição,



de Luís Roberto Barroso, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, trata-se de uma advertência sobre a necessidade de se reconhecer os limites próprios do direito e que *“não [se] deve ter a pretensão de normatizar o inalcançável”*. Destaca ainda que *“este otimismo juridicizante se alimenta da crença desenganada de que é possível salvar o mundo com papel e tinta”*.<sup>[6]</sup>

Em se tratando de direitos fundamentais sociais, a necessidade de concepção de políticas públicas, organização de instituições, mobilização de recursos materiais e humanos põe em relevo os limites da judicialização para sua efetividade. Essas dificuldades são realçadas pelo professor José Casalta Nabais.

Do ponto de vista normativo, em vários países, como Portugal, os direitos sociais encontram ainda outras dificuldades relacionadas à sua submissão a um regime jurídico diverso daquele aplicado aos direitos, liberdades e garantias, sendo-lhes negada a aplicabilidade imediata<sup>[7]</sup>. Em outros casos, carecem até mesmo de previsão expressa, e são identificados como imanentes do sistema normativo.

Analisando o tema do direito à saúde em voto no agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – STA – nº 175-AgR<sup>[8]</sup>, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que os desafios normativos existentes em outros países à aplicabilidade dos direitos sociais não existem no Brasil. Quanto ao direito à saúde, reconheceu o ministro sua dimensão prestacional como direito subjetivo público, negando-lhe, no entanto, um caráter absoluto, com isso realçando a prioridade, *prima facie*, das políticas públicas existentes. A esse respeito, aliás, o ministro afirmou que, no Brasil, o problema não seja tanto de falta de políticas públicas, mas sim seu descumprimento, situação em que se revela perfeitamente cabível o reconhecimento de um direito a uma prestação, individual ou coletiva.

A nosso ver, a efetividade dos direitos sociais é particularmente difícil no contexto de países em desenvolvimento, sobretudo naqueles em que houve uma tardia transição democrática, como o Brasil. A tarefa de implementá-los, de fato, deve ser primordialmente acometida ao poder legislativo, no que concerne à sua normatização, e ao poder executivo no que se relaciona ao planejamento e execução das políticas públicas.

Contudo, a busca de caminhos para a efetivação dos direitos sociais é necessária. Essa efetivação passa não só pelo direito, mas também pela política e pela economia. Na sua dimensão jurídica, de normas constitucionais, mesmo admitindo a pluralidade de leituras razoáveis sobre as constituições e ciente das limitações dos tribunais, é necessário reconhecer a importância de seu papel, seja na dimensão defensiva, como também, excepcionalmente<sup>[9]</sup>, para assegurar o acesso a prestações, o que no Brasil encontra amparo no princípio da inafastabilidade da jurisdição, já mencionado.



[1] TUSHNET, Mark V. Popular constitutionalism as political law. Georgetown University Law Center, 2006, p. 996.

[2] BALKIN, Jack M. Idolatry and faith: the jurisprudence of Sanford Levinson.

[3] WEST, Robin. The missing jurisprudence of the legislated constitution. Georgetown University Law Center, 2009.

[4] Art. 5º, XXXV – A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

[5] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, nº 217, p. 55-66, jul./set. 1.999.

[6] BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8.ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 289/290.

[7] José Carlos Vieira de Andrade é taxativo sobre a questão. Vide VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 382.

[8] O inteiro teor do voto encontra-se em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em 26/11/2015.

[9] Têm-se em mente prestações necessárias para o acesso ao mínimo existencial, com olhos na primazia da dignidade humana, sob pena de, dada a interdependências entre os direitos fundamentais, aniquilarem-se também outros direitos.



Re: Weak courts, strong rights (IV- a)

por [André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca](#) - Saturday, 28 November 2015, 23:40

Neste tópico, o Senhor Professor José Manuel Aroso Linhares apresenta sugestões de excelentes leituras, por intermédio das quais propõe a realização de cruzamentos a fim de que seja possível analisar se, de fato, a institucionalização de um controle judicial fraco de constitucionalidade propicia o favorecimento de direitos econômicos e sociais, bem como se as razões de legitimidade política e de eficiência pragmática poderiam figurar como chave para o reconhecimento do tipo de institucionalização que se pode esperar do constitucionalismo popular de Tushnet.



Além disso, no que concerne à questão referente a direitos de liberdade e direitos sociais a prestação, propõe o Senhor Professor José Manuel Aroso Lihares um cruzamento com Dworkin e sua distinção entre *legislative rights* e *legal rights*, indagando se essa distinção pode ajudar a resolver esse problema ou se, na verdade, o agrava.

Inicialmente, destaco que no artigo denominado *Popular Constitutionalism As Political Law*, Tushnet destaca que existem normas constitucionais especiais, diferenciadas, as quais chama de leis políticas ou *political law*. Esclarece ainda que em algumas oportunidades, certas decisões são proferidas tendo supostamente por base a Constituição, mas acabam, na realidade, sendo tomadas de maneira inconsistente aos reais fins da Carta Política, sendo, pois, uma crítica dirigida ao fato de o Poder Judiciário, ao interpretar a Constituição, ter o poder de afirmar, em última análise, qual seria seu significado.

Isto porque, em seu entendimento, em situações dessa natureza, acabaria o Poder Judiciário decidindo isoladamente questões que poderiam ser analisadas não somente por este Poder, mas que teriam também a possibilidade de passar pela análise de outros Poderes do Estado e, principalmente, pelo real proprietário do Poder, qual seja, o povo, motivo pelo qual apresenta o autor o chamado Constitucionalismo Popular como uma forma de Constitucionalismo Dialógico, por meio do qual haveria salutar oportunidade de diálogo entre o Executivo, Legislativo, Judiciário e o Povo.

Devemos destacar, ao tratar do Constitucionalismo Popular, que este tem maior espaço para se desenvolver em países nos quais a garantia dos direitos fundamentais do cidadão seja oferecida por meio do legislador comum e não do legislador constitucional. A partir desta premissa inicial, podemos observar algumas restrições existentes quanto às condutas (ou ausência delas) perpetradas pelo legislador comum, haja vista que este, muitas vezes, em países como o Brasil, não cumpre adequadamente suas funções. Prova disso é a existência de inúmeras normas constitucionais de eficácia limitada que desde 1988 aguardam a regulamentação pelo Congresso Nacional, ficando, nesses casos, o cidadão privado de direitos que lhe são inerentes.

Além disso, em países que adotam o sistema parlamentarista, o Poder Legislativo possui atuação muito mais destacada do que o Poder Executivo, fato que propicia que ocorra uma tendência maior na defesa dos grupos existentes no Parlamento, o que não vem a ocorrer em países que, como o Brasil, adotam o sistema Presidencialista, no qual o Poder Executivo possui papel de destaque, pelo que a figura do Poder Judiciário, nesses casos, surge como instrumento de defesa dos direitos das minorias ante o possível arbítrio ou mesmo omissão estatal.



Desse modo, refletindo sobre o tema, penso que a institucionalização de um controle judicial fraco de constitucionalidade pode sim vir a propiciar de alguma forma o favorecimento de direitos econômicos e sociais, desde que seja aplicada de forma a respeitar as peculiaridades jurídicas e locais de cada país, não podendo haver uma aplicação pura da teoria do constitucionalismo popular em locais onde essa forma de controle se demonstre incompatível com a realidade fática.

Exemplificando, observo que no Brasil, a previsão do *amicus curiae*, que comparece em juízo para apresentar relevantes informações sobre o tema em discussão, a realização de audiências públicas em sede de processos referentes ao Controle Concentrado de Constitucionalidade, como ocorreu no caso das pesquisas com células tronco (ADI nº 3.510/DF), na situação acerca da possibilidade de interrupção da gravidez no caso de feto com anencefalia (ADPF 54) são claras demonstrações da plena possibilidade de aplicação razoável do Constitucionalismo Popular, trazendo outros entes, que não apenas o Poder Judiciário, para realizarem análise acerca da interpretação constitucional.

Portanto, é claro que o Poder Judiciário deve ter respeitosa deferência pelas interpretações constitucionais realizadas fora do âmbito de sua atuação, analisando esses posicionamentos e procurando extrair dos mesmos o alcance mais próximo dos interesses sociais e da chamada *vontade da Constituição*, utilizando sempre a fundamentação como instrumento de legitimação de suas decisões, demonstrando claramente suas razões fáticas e jurídicas, sob pena de agir com arbítrio e na contramão da democracia.

Desse modo, procurando responder ao questionamento formulado pelo distinto Professor José Manuel Aroso Linhares, quando indagou se o controle judicial fraco de constitucionalidade propicia o favorecimento de direitos econômicos e sociais, penso que poderá fazê-lo desde que seja adotado em cada país de acordo com sua realidade, devendo haver critérios previamente definidos a fim de que sejam evitados arbítrios seja por parte do Poder Judiciário, seja por parte dos outros poderes eventualmente envolvidos na análise da conformidade das normas à Constituição Federal.

Continuando na análise do tópico, observo que Jack M. Balkin, quando se manifesta em seu artigo *Idolatry and Faith: the jurisprudence of Sanford*, mostra que a fé é o tema central do pensamento de Sanford Levinson e que para Sanford, ela é algo que possui valor e é desejável, sendo, ao mesmo tempo, algo complicado que não pode ser analisado de forma simplificada. Ao concluir sua manifestação indaga o que vem a ser a fé, sustentando que ela pode ser a fé em si mesmo, mas também em algo fora de si, em um texto. Porém sustenta que, verdadeiramente, a fé é definida por meio das relações com outros seres



humanos, de modo que é possível que tendo fé apenas na lei, corra-se o risco de incidir em idolatria, na medida em que a lei é feita por seres humanos falíveis, o que seria indesejado.

Nesse particular, destaca que até mesmo a adesão às leis de Deus é difícil, ante a dificuldade decorrente de nossa condição de pecadores, de não sabermos em muitas oportunidades qual o caminho certo a trilhar, havendo a possibilidade ainda de que seres humanos, usando o falso argumento de que atuam em nome de Deus, criem normas que atendam, na verdade a seus interesses pessoais.

No texto denominado *The missing jurisprudence of legal constitution*, discute-se se a Décima Quarta Emenda à Constituição Norte Americana que trata da chamada Cláusula de Igual Proteção. Destaca o autor que espera que haja evolução no tratamento constitucional norte americano a fim de que se desenvolva uma jurisprudência que exija atuação ativa do legislador, podendo, assim, fazer sentido a alegação de que a Cláusula de Proteção Iguatária possa vir a exigir resposta do Parlamento, a fim de que este atue no sentido de implementar os direitos dos cidadãos.

Parece-nos claro, pois, ser pertinente e razoável a existência de outros atores no papel de interpretação constitucional, respeitando-se sempre a peculiaridade de cada país e as condições para a implementação dessa interpretação dialógica.

Por fim, é importante que se destaque que muitos direitos sociais previstos, por exemplo, na Constituição Federal Brasileira e em outros países em desenvolvimento, como a saúde, educação e moradia digna não são implementados adequadamente, surgindo, neste particular, como argumento do Estado para não executar, na íntegra, os preceitos que a Constituição firmou, a chamada Teoria de Reserva do Possível, pela qual, a efetivação dos direitos fundamentais encontraria limitação na existência de disponibilidade financeira do Estado para tal.

É certo que as limitações orçamentárias obstam à implementação de alguns direitos fundamentais. Todavia, aqueles que se encontrem previstos no texto constitucional não podem ser evitados pela administração pública, de modo que, comprovada a omissão do Poder Público torna-se possível que o Poder Judiciário, uma vez provocado, evite que pereçam direitos individuais ou coletivos lastreados em expressa previsão constitucional, como os direitos à vida e à saúde, haja vista que nestes casos, tais direitos encontram-se consagrados na Carta Política, não sendo permitido ao Estado se escusar do cumprimento das obrigações que se comprometeu a cumprir.





Re: Weak courts, strong rights (IV- a)

por [Diogo Pignataro de Oliveira](#) - Saturday, 5 December 2015, 16:35

O Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares propõe o cruzamento das discussões que são foco da obra de Tushnet com três outras leituras, as quais nos trazem novas e aprofundadas reflexões, tomando por base parte do que já está em jogo, com visões e enlaces diferenciados: 1. *Taking the Constitution Away from the Courts* – Tushnet; 2. *Constitutional Faith* – Sanford Levinson; 3. *The Missing Jurisprudence of the Legislated Constitution* – Robin West; e 4. *Justice for Hedgehogs* – Dworkin.

A primeira leitura cruzada, de Tushnet também, aponta que o constitucionalismo popular é um processo dialógico onde todos – sociedade civil organizada, representantes políticos eleitos e cortes – promovem e trabalham para uma interpretação das questões constitucionais, cuja conversação institucionalizada por mecanismos postos faz produzir o direito constitucional em si, não havendo prioridade ou supremacia da interpretação concedida pelo judiciário. A “conversação constitucional” poderia findar com a palavra do legislativo, do executivo ou do próprio povo em si, diretamente, com formatos de aceitação, para certas causas e matérias, daquilo que foi primariamente interpretado e decidido pelas cortes.

É exatamente aí que reside a interligação deste modelo como favorecedor do fortalecimento dos direitos econômicos e sociais, uma vez que, em minha opinião, tais direitos constitucionais preservam um mínimo existencial, do qual o Estado não pode deixar de fornecer e garantir ao seu povo, estando este mínimo sujeito a um controle judicial forte, visando impedir omissões estatais ou escolhas errôneas que desprivilegiam o básico dos direitos econômicos e sociais que devem ser garantidos, tanto no que diz respeito a “quais”, quanto a “em que medida quantitativa”.

Dando seguimento, aqueles direitos econômicos e sociais que continuam integrando o rol dos direitos fundamentais, mas que não compõem o mínimo existencial para garantia da dignidade da pessoa humana (às vezes não o direito em si, mas a quantidade de sua proteção), estariam sob a escolha de sua efetivação via políticas públicas a partir de definições dotadas de legitimidade democrática, ou seja, capitaneadas pelo povo, direta ou indiretamente, não olvidando



a imperiosidade de verificação das questões orçamentárias que promoveriam a devida sustentabilidade financeira por que escolhas políticas em direitos econômicos e sociais devem se pautar, sob pena de repercussões prejudiciais em âmbito intergeracional.

Neste sentido e a meu ver, a institucionalização coesa e eficiente de um controle judicial fraco poderia sim favorecer o fortalecimento dos direitos econômicos e sociais, pressupondo-se um amadurecimento das instituições democráticas em um alto nível para se garantir uma “conversação constitucional” neste patamar.

O tipo de institucionalização que se pode esperar do constitucionalismo popular de Tushnet, que servirá de engrenagem para a execução devida e adequada deste modelo de “conversação constitucional”, se baseia em uma conjugação de política e direito que deve apontar para o futuro da sociedade em questão, suas escolhas e seus anseios, sem pautar-se de modo essencial por práticas ou eventos anteriores (“tomada de decisões prospectiva”). Eis, então, a eficiência pragmática visualizada por Tushnet. Em continuidade, o autor afirma que é intrínseca na interpretação do direito constitucional a sua consideração como “*political law*”, de modo que o povo influencia (e deve) o direito constitucional através de mobilizações ordinárias criadas pelo próprio sistema representativo: via partidos políticos e seus líderes, ou seja, com a intitulada “legitimidade política”. Em comentário à obra de Larry Kramer sobre constitucionalismo popular, Larry Alexander e Lawrence Solum são citados por Tushnet com trechos interessantes para fechamento do tipo de institucionalização que se espera deste modelo: “*An authoritative interpretation that binds government officials... requires an institutional mechanism by which the multiple voices of popular opinion can be translated into a single voice of interpretative authority*”. Nota-se aí, a clara conjugação da legitimidade política e da eficiência pragmática.

Num cenário de contraposição à prevalência da supremacia judicial, o constitucionalismo popular surge com a ideia de formatar diferentes protagonistas na função interpretativa e formadora do direito constitucional, pavimentando o aparecimento de comunidades (interpretativas) que criticam esse paradigma da supremacia judicial, com esteio fundamental no diálogo e na reflexão. Portanto, diante do favorecimento que as comunidades interpretativas criam quanto à construção de novas possibilidades de compreender, pensar e criar o direito constitucional, sem dúvida que o apelo que Tushnet faz, de conjugação de razões de legitimidade política e de eficiência pragmática, tem total imbricação.

A segunda leitura cruzada, de Sanford Levinson e sua defesa de um protestantismo hermenêutico, tendo me valido para tanto de Jack M. Balkin (*Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson*), tem como ponto de partida



o fato de que múltiplas e contrastantes visões interpretativas levam a uma discussão acerca da autoridade controladora frente às mesmas, o que acarreta a famosa distinção traçada por Sanford Levinson de “constitucionalismo católico” e “constitucionalismo protestante”. O primeiro entende pela existência de uma fonte central de interpretação, enquanto que o segundo deixa tal tarefa a cargo da consciência individual (“*conscience of the individual believer*”), reconhecendo, pois, em uma metáfora utilizada, uma pulverização de autoridades interpretativas constitucionais nos partidos políticos, movimentos sociais, etc.

Esta sinergia de pensamentos entre Sanford Levinson e Tushnet transparece ainda mais quando Balkin releva (p. 119) que esta articulação de um constitucionalismo protestante tem a simpatia de pensadores constitucionalistas que são críticos da supremacia judicial e que procuram alternativas de visões constitucionais no trabalho do legislativo, do executivo, dos movimentos sociais e dos próprios cidadãos ordinários. Ademais (p. 120), a dinâmica dos valores constitucionais e os dissensos naturalmente existentes acerca disto, traço mais característico do constitucionalismo protestante, na sua visão, moldaria a mais “católica” das instituições: a Suprema Corte americana, que assim é por ele intitulada em face da centralidade interpretativa do pensamento católico.

O dissenso na construção de um pensamento interpretativo, com a contribuição de segmentos diferenciados para tratar de matérias valorativas com dinamicidade, essência do protestantismo, se transportariam bem para uma análise constitucional popular, a qual confere primazia à legitimidade política, a despeito da primazia de tal função às cortes.

Robin West, na terceira leitura cruzada, faz uma relevante distinção entre *adjudicated constitution* e *legislated constitution*, relevando a existência atual de premissas fundacionais que impedem o desenvolvimento adequado da *legislated constitution* (“a constituição que os legisladores ordinários estão incumbidos do dever de defender” – p. 86), cuja proposição repousa na combinação de fatores que desaguam no entendimento de ser apenas o judiciário o único e exclusivo intérprete do direito constitucional. Surge, assim, o seu entendimento de que a supremacia judicial não obsta à possibilidade (ou necessidade) constitucional de uma *legislated constitution*, que nada mais seria do que um corpo de leis ordinárias que articulariam e concederiam significados expressos e concretos a garantias constitucionais abstratas, num formato de ente regulamentador do direito constitucional, entendido e implementado pelos órgãos legislativos.

O papel defendido pelo autor que pode ser exercido ativamente pelas comunidades interpretativas dos legisladores ordinários vem justamente nesta mesma linha de instituição de um controle judicial mais brando em matéria constitucional, permitindo-se que o legislador ordinário execute o papel que a



constituição requer, sem se preocupar apenas com aquilo que ela proíbe no seio da produção legislativa ordinária, de modo a que ele compreenda seu papel político obrigacional com os reclames constitucionais da sociedade, posto que algumas disposições constitucionais reclamariam por uma atuação participativa do legislativo, evitando-se, com isso, uma completa atuação judicial na interpretação constitucional (*adjudicated constitution*), que se subjugaria aos apontamentos das comunidades interpretativas dos legisladores ordinários.

Por último, o Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares enlaça nesta discussão a diferenciação colocada por Dworkin entre *legislative rights* e *legal rights*, indagando se tal distinção poderia ajudar-nos a resolver o problema ou se o agravaria, na verdade. Me parece que, como a diferença entre ambos não é de certeza, mas de oportunidade, conforme leciona o próprio Dworkin, até intentaria buscar “resolver o problema”, mas finda não concedendo respostas a tudo, em especial quando o legislativo é omissivo na sua função de interventor prévio do *statutory law* e das escolhas que esta faça ou quando o executivo não cumpre o determinado pela legislação ordinária (falando de *legislative rights*) por motivações alheias ou não ao seu controle e vontade (justificativas orçamentárias e/ou de responsabilidade fiscal, por exemplo). Nestas excepcionalidades o controle judicial pode e deve ser chamado para atuar, independentemente da distinção formalizada entre *legislative rights* e *legal rights*, que não pode ser estanque.

Segundo Dworkin, os “direitos legais” são aqueles que as pessoas têm o direito de fazer cumprir sob demanda, sem qualquer outra intervenção legislativa, ao passo que os “direitos legislativos” devem esperar sua vez (“os caprichos da democracia”), para que se determine quais *legislative rights* serão resgatados e quando. Os primeiros poderiam ser efetivados através de instituições judiciais diretamente, enquanto que os segundos necessitariam de intervenções legislativas predecessoras e determinativas.

Os *legislative rights* se submeteriam a um critério político de vigência e de efetividade, algo que, em minha opinião, não é suficiente para resolução do problema, considerando que, conforme já dito acima, deve existir um mínimo consagrado de direitos econômicos e sociais para a consagração do princípio da dignidade humana que pode e deve ser exigido judicialmente em casos e situações pré-determinadas constitucionalmente, através de mecanismos institucionais dialógicos que se colocassem à disposição, evitando-se, por conseguinte, uma tirania e exclusividade judicial, bem como uma supremacia legislativa na determinação das prestações coletivas dos direitos econômicos e sociais.





Re: Weak courts, strong rights (IV- a)

por [Carla Sofia Dantas Magalhães](#) - Friday, 1 January 2016, 00:49

## 1. O problema da realização dos direitos fundamentais sociais: o direito como *problema*...

Realizar a justiça é tornar a justiça uma realidade *na* realidade – parece óbvio o esquema de raciocínio. Contudo: esta realização será tão-menos *aderente* [1] à realidade complexa quanto maior for a distanciação dos poderes do Estado às necessidades da pessoa humana *concreta*. E, em particular, o real papel que os tribunais devem desempenhar no *contexto concreto* de efectivação dos direitos sociais deverá ser o que lhe compete num dado Estado de Direito social e democrático, isto é, pela Constituição.

ROBIN WEST traz a necessária distinção entre a “*adjudicated Constitution*” e a “*legislated Constitution*”: a “constituição julgada” e a “constituição legislada,” numa tradução literal destas designações, se me é permitido. A *Constituição julgada* vem a ser a que é lida e interpretada pelos tribunais. A *Constituição legislada* vem a ser a que é lida pela consciência do legislador no cumprimento das obrigações políticas que dela decorrem[2]. São dois patamares – poder judicial e poder legislativo – de realização da Constituição e da juridicidade que a transcende; legislar e aplicar a Constituição é fazer Direito. Trazendo o exemplo da consagração constitucional do princípio da igualdade: os tribunais *julgam* realizando *igualdade em sentido formal*: tratar o igual como igual e desigualmente o desigual na medida da desigualdade; o legislador *legisla* realizando a *igualdade em sentido material*, garantindo que os objectivos (políticos) de redução das desigualdades e da pobreza se efectivam. A garantia da igualdade material requer a efectivação de direitos fundamentais sociais pela intervenção legislativa que lhe dá substância. Tribunais fracos, direitos sociais fortes... ROBIN WEST reclama deste modo a necessidade de uma *legisprudence* – voltada para a compreensão sobre o que a Constituição exige que o legislador faça e não apenas proíba, sobre o valor positivo da lei e não apenas os seus perigos, sobre o que moralmente o legislador deve fazer[3]. O que ROBIN WEST critica é a errada confusão de papéis: “*By insisting that the Equal Protection Clause means, basically, a promise of rationality in legislation, the Court has judicialized the legislator, at least with respect to equality: It has made him a mini-judge.*”[4] Por isso, e talvez agora melhor eu entenda, a provocação do Professor JOSÉ CASALTA NABAIS, neste Fórum, no passado dia 18 de Novembro – *Quem nos guarda dos cães que ladram mas não mordem? (provocações avulsas sobre o actual papel dos tribunais)*... *Não será necessário antes recuperar um certo equilíbrio do papel dos poderes do Estado na realização dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais? E isto na medida em que essa realização constitua tarefa do Estado, e não seja responsabilidade da pessoa,*



da família, da sociedade civil, etc. Pois não podemos esquecer que os direitos sociais, embora em abstracto não possam deixar de ser universais ou categoriais, portanto de todos os cidadãos, como direitos concretos são direitos de apenas alguns, cuja participação na economia de mercado não assegura um mínimo de existência compatível com a sua dignidade, designadamente tendo em conta o nível de estadalidade social atingido pelo respectivo país.

E é o problema dos direitos fundamentais sociais no sistema *Lei-Constituição-Direito* que o Professor JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES parece querer sugerir. Já que a distinção trazida por RONALD DWORKIN[5] entre *legislative rights* (direitos legislativos) e *legal rights* (direitos legais ou jurídicos) assume as suas particularidades no campo dos direitos fundamentais, em especial nos direitos sociais:

“Nestas circunstâncias, Sager e outros querem dizer que os cidadãos têm realmente um direito legal aos cuidados de saúde, direito esse atribuído pela Constituição, mas que os tribunais aplicam apenas parte daquilo a que os cidadãos têm legalmente direito. Os cidadãos têm de olhar para a legislação relativa à parte mais importante: ter alguns cuidados de saúde, em vez de nenhuns” [6].

Na lógica da responsabilidade que ao Estado caberá (e no que caberá à pessoa) para a satisfação das necessidades da Colectividade aferida pela relação numa “teia de vasos comunicantes” de *legalidade-constitucionalidade-juridicidade*.

Convocando o modelo de pensamento jurídico que o Professor CASTANHEIRA NEVES designa por *jurisprudencialismo*, podemos unificar desta forma os vários pontos de reflexão:

Primeiro, como disse o Professor JOSÉ CASALTA NABAIS, os direitos fundamentais centram-se na *pessoa de carne e osso* e têm função de *liberdade responsável*[7]. Um pressuposto do jurisprudencialismo é a recompreensão do próprio homem como pessoa (*homem pessoa*), como *sujeito de direitos* e simultaneamente *sujeito de deveres* na sua colectividade. Nega-se a identificação do homem ao “indivíduo” e o individualismo deste. O recíproco reconhecimento comunitário que a dignidade humana (absoluta) implica significará, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, “não apenas a responsabilidade ética *perante a pessoa* em todo o universo humano (seja imediatamente prático e de convivência ou não) como igualmente a responsabilidade ética da pessoa relativamente a esse mesmo universo”[8]. É a afirmação da *antropologia axiológica*. Desse reconhecimento comunitário da pessoa e da sua dignidade ética (*sujeito ético*) decorre um outro pressuposto: a exigência de *sentido normativo, fundamento ou argumento de validade* como justificação superior e independente para as pretensões que um membro da colectividade dirija a outro nas relações intersubjectivas[9]. No meu humilde entender, ressalta deste pressuposto a exigência de uma *legalidade* que se vê superada pela *juridicidade*. Pois escreve CASTANHEIRA NEVES:



“[O] direito só temos verdadeiramente como tal, com a *instituição de uma validade* e não como mero instrumento social de racionalização e satisfação de interesses ou de objectivos político-sociais. (...) E o direito, nem é tão-só *objecto* normativo para uma determinação estritamente racional, nem mero instrumento ou *meio* de um heterónimo finalismo funcionalmente eficiente mas um axiológico-normativo *fim em si* – ele próprio um *valor* na validade que exprime. (...) Essa validade convoca normativamente os valores e princípios jurídicos em que se manifesta o que temos designado, e tentado caracterizar, pelo nível da consciência axiológico-normativa da consciência jurídica geral da comunidade histórico-cultural”[10].

A normatividade sistematicamente prévia assume respostas limitadas a certa experiência passada, e, se o sistema não observa o problema, o problema manifesta a sua verdadeira autonomia e impõe-se a realização normativa a uma outra dimensão. Defende CASTANHEIRA NEVES: o direito nunca será um dado, ou sequer um objecto, e sim verdadeiramente um *problema*. Será o direito um contínuo problematicamente constituindo[11]. O direito positivo será interpretado em vinculação ao sentido normativo-jurídico (“a *ratio legis* se dialectiza e se vê superada pela *ratio iuris*”[12]). Esse sentido será pois submetido à decisão exigida pelo problema concreto. Convocando o Professor JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, na sua lição sobre a possibilidade de um *direito materialmente autónomo*: exigindo que o testemunho-tratamento das diferenças – e assim a realização problemático-concreta do direito “no espaço” e “no tempo” – exceda o plano de assimilação garantido pelos critérios legislativos, jurisprudenciais ou dogmáticos[13]. Realizar este direito decisivo é o papel do juiz, o seu *juízo*.

Assim:

MARK TUSHNET coloca o *constitucionalismo popular* numa perspectiva muito mais *histórica* do que conceptual, pensando na forma – *integrada* – como o *direito constitucional* combina “política” e “direito” – *envolvendo um diálogo entre os tribunais e os cidadãos*[14]. Ora, na sua *dimensão jurídica*, o direito constitucional é em larga escala *retrospectivo* porque os “tomadores de decisão” de hoje olham para as decisões tomadas ontem, se influenciadas pelo texto da Constituição ou por anteriores decisões judiciais, para orientação e restrição, num exercício de interpretação de textos, da prática, da história. Ora, já na sua *dimensão política*, o direito constitucional é em larga escala *prospectivo* uma vez que os “tomadores de decisão” de hoje pensam no que seria melhor para a sociedade no futuro, já sem aquela essencial referência a eventos ou práticas do passado[15].

Para MARK TUSHNET o constitucionalismo popular é um processo dialógico, e neste sentido escreveu:

“Here the conversation takes place *in real time*, much as in Ackerman’s model. In popular constitutionalism, *everyone* – the mobilized people, their political representatives, and the courts – *offers up constitutional interpretation all at once*.



The interactions among these political actors, that is, their conversation, produces constitutional law. What is distinctive about popular constitutionalism is that *the courts have no normative priority in the conversation*. For popular constitutionalists, it simply does not matter whether, or when, or how, the courts come to accept the constitutional interpretation offered by the people themselves. Sometimes the conversations will end with the legislature and executive, and the people, accepting the judges' decisions. But, sometimes the conversations will end with the legislature or the executive going their own way, ignoring the imprecations hurled at them by the courts and supporters of judicial supremacy<sup>[16]</sup>. (*sublinhado nosso*)

É de concluir:

Ao invocar uma realização do direito *no tempo real*, MARK TUSHNET parece definir o direito como “um contínuo problematicamente constituendo”, trazendo novamente as palavras de CASTANHEIRA NEVES. TUSHNET não atribui a “prioridade” aos tribunais na produção do direito – na mesma lógica da distinção entre a “*adjudicated Constitution*” e a “*legislated Constitution*”. E quanto à realização dos direitos fundamentais sociais, não esquece a sua dimensão jurídico-legal, deixando aos tribunais o papel de controlo fraco na medida em que se trate de direitos legais que serão fortes se encontrarem fundamento normativo, como diria CASTANHEIRA NEVES, no plano da juridicidade). Respondendo à questão do Professor JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, as razões de legitimidade política e de eficiência pragmática não deverão ser a causa para aceitar este modelo de pensamento jurídico, mas os efeitos esperados se o fundamento for a juridicidade.

O Professor JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES guia-nos também para o pensamento de SANFORD LEVINSON e a sua defesa de um *protestantismo hermenêutico*. Em 2011, SANFORD LEVINSON republica a sua obra de 1988, *Constitutional Faith*, mas com uma nova capa: onde aparece a imagem das tábuas de pedra dos “Dez Mandamentos”, onde o texto da Constituição é gravado metaforicamente simbolizando a rigidez do texto, da Lei Fundamental. Quantas palavras vale esta imagem? Todas as de SANFORD LEVINSON que em 2011 mostram como perdeu a fé na Constituição<sup>[17]</sup>. A sua fé, em 1988, pertencia a uma Constituição que acreditava ser aberta à mudança; he believed that the Constitution is not fixed, but changeable<sup>[18]</sup>. SANFORD LEVINSON distingue na Constituição americana, em 2011, uma Constituição “aberta” (*the “Constitution of Conversation”*) e uma Constituição “rígida” (*the “Constitution of Settlement”*). Sobre esta distinção, BALKIN escreveu o seguinte:

“The Constitution of Conversation consists of the “majestic generalities” and open spaces in the Constitution that judges expound through doctrinal development and that law professors especially like to talk about. This Constitution, Levinson believes, is still fluid, but it is no longer the main event. The most important features of the Constitution are contained in what Levinson calls the Constitution of Settlement. It consists of the Constitution’s hard-wired rules and settled practices of constitutional politics that are never litigated in courts and are almost never



studied in law school courses on constitutional law. Examples of the Constitution of Settlement are the electoral college, the requirement of two Senators for each state, the date of inauguration, the inability to remove a President by vote of confidence, and, perhaps most important, the arduous amendment procedures of Article V, which, in our deeply polarized society, pose almost insurmountable obstacles to constitutional revision[19]."

E esta *Constitution of Settlement* que funciona como um colete-de-forças (*straitjacket*) à *Constitution of Conversation* vem impedindo os americanos do século XXI de enfrentar os graves problemas de governação e injustiça[20].

Quem controla e quem interpreta a Constituição? A quem pertence a autoridade interpretativa?

SANFORD LEVINSON distinguiu um *catolicismo hermenêutico* e o *protestantismo hermenêutico*: no primeiro, a autoridade para interpretar a Constituição cabe a uma figura central (dando o exemplo da interpretação da Constituição que é feita pelo Tribunal Supremo do Estados Unidos) e a interpretação é unitária, na lógica de cima para baixo ([...] *constitutional catholicism, which, in the hands of the current Supreme Court, at least, insists on a unitary meaning of the Constitution that comes from the top down*[21]) ao passo que, no segundo, esta autoridade é reconhecida aos poderes políticos, aos movimentos sociais e até aos cidadãos individualmente considerados e as modalidades de interpretação são múltiplas (*constitutional protestantism, which celebrates individual conscience and constitutional values that arise from the bottom up*[22]). Este *constitutional protestantism* de SANFORD LEVINSON coloca-o entre os que criticam a *judicial supremacy* e a *judicial review*. Na prática, o poder do *constitutional protestantism* é exercido através do processo político, através do sistema de partidos e através da nomeação dos juízes, sob controlo dos partidos com maiorias no poder. Os cidadãos têm uma dada interpretação e tentarão convencer outros de que essa interpretação é a correcta, organizando-se eles mesmos em movimentos sociais ou partidos políticos. SANFORD LEVINSON "insists that each of us has the opportunity and the responsibility to decide what the Constitution means[23]". Mas têm os cidadãos autoridade para determinar o significado da Constituição? Em *Idolatry and Faith*, BALKIN escreveu:

"The big picture is a story not about what constitutes authority at a single moment in time, but how legal authority is produced over time. *What is important is not whether constitutional protestantism or catholicism is a normatively correct statement of authority at a particular point in time, but a dialectic between the authoritative pronouncements of courts and the assertions of constitutional norms by those outside the courts.* Constitutional protestantism, I would insist, is important not as a static claim of legal right, but as a *dinamic feature of the constitutional system.* The authority with which constitutional protestantism is concerned is the democratic authority that eventually turns claims of political principle into positive law, the constitutional alchemy that spins the gold of legal norms out of the straw of political contestation[24]". (*sublinhado nosso*)



No fundo para concluir que o Direito está para além da Constituição. Interpretar a Constituição deve ser “realizar o Direito”. Legislar deve ser “realizar o Direito”. “Julgar” deve ser “realizar o Direito”. O problema da realização dos direitos fundamentais sociais é um problema jurídico, mesmo tratando-se de legislar, de definir políticas económicas e sociais, de julgar, de interpretar a Constituição. E, como alerta a Professora Ana Margarida Simões Gaudêncio, não podemos confundir *constitucionalidade* e *juridicidade*, reduzir o Direito à Constituição. O Direito tem o seu sentido e autonomia. Só que o Direito não é tudo, nem pode ser tudo. É assim que Ronald Dworkin defende uma visão integrada do direito na moral: “os juristas e os juízes trabalham como filósofos políticos de um Estado democrático”<sup>[25]</sup>.

[1] Termo de José Casalta Nabais in *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais* in «Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais», Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 89.

[2] Cfr. Robin West, *The Missing Jurisprudence of the Legislated Constitution* in «Constitution in 2020», Georgetown University Law Center, pp. 79-91, [online], disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1636&context=facpub>, citado em 29/11/2015.

[3] *Ibidem*, p. 90.

[4] *Ibidem*, p. 84.

[5] V. Ronald Dworkin, *Justiça para Ouriços*, cit., pp. 414-415.

[6] *Ibidem*, p. 421.

[7] V. José Casalta Nabais, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais* in «Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais», cit., p. 120.

[8] Cfr. António Castanheira Neves, *Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – Modelos Actualmente Alternativos da Realização do Direito* in «Estudos Jurídicos de Coimbra», coord. Luciano Nascimento Silva, Curitiba, Juruá Editora, 2007, p. 258. Ver também José Manuel Aroso Linhares, *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o «testemunho» crítico de um «diferendo»?*, [online], disponível em <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/2667/815.pdf?sequence=1>, consultado em 19/12/2015.

[9] *Ibidem*, pp. 258-259.

[10] *Ibidem*, pp. 259-260.



[11] *Ibidem*, p. 262.

[12] *Ibidem*, p. 263.

[13] Vide José Manuel Aroso Linhares, *O Dito do Direito e o Dizer da Justiça – Diálogos com Levinas e Derrida*, in «Stvdia Ivridica 89» - Entre Discursos e Culturas Jurídicas, coord. José Joaquim Gomes Canotilho e Lenio Luiz Streck, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 236.

[14] Cfr. Mark Tushnet, *Popular Constitutionalism as Political Law* in «Chicago-Kent Law Review», Vol. 81, 2006, pp. 991 e 997, [online], disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=facpub>, citado em 27/11/2015.

[15] *Ibidem*, pp. 992-993.

[16] *Ibidem*, pp. 999-1000.

[17] Vide também Sanford Levinson, *How I Lost My Constitutional Faith* in «Maryland Law Review», Vol. 71, Issue 4, Article 4, 2012, pp. 956-977, [online], disponível em <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3511&context=mlr>, citado em 29/11/2015.

[18] V. Jack M. Balkin, *Sanford Levinson's Second Thoughts About Constitution Faith, Reviewing Sanford Levinson, Constitutional Faith* in «Tulsa Law Review», Vol. 48, Issue 2, Article 2, 2012, p. 170, [online], disponível em <http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2836&context=tlr>, citado em 29/11/2015.

[19] *Ibidem*, pp. 170-171.

[20] *Ibidem*, p. 171.

[21] V. Jack M. Balkin, *Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson* in «Tulsa Law Review», Vol. 38, 2003, p. 119, [online], disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/idolatryandfaith1.pdf>, citado em 29/11/2015.

[22] *Ibidem*.

[23] *Ibidem*, p. 121.

[24] *Ibidem*, p. 122.

[25] V. Ronald Dworkin, *Justiça para Ouriços*, tradução de Pedro Elói Duarte, Coimbra, Almedina, 2012, p. 424.



---

Grupo de investigação do IJ

Crise, Sustentabilidade e Cidadanias

---



APOIO

