

O efeito vinculante e o Poder Legislativo

*Guilherme Augusto Azevedo Palu**

Resumo: No presente artigo examinam-se as vantagens e desvantagens de se vincular o legislador, por meio do efeito vinculante, às decisões de inconstitucionalidade tomadas no controle de constitucionalidade concentrado. Além disso, analisa-se o tema à luz do princípio da separação de poderes e do debate acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade.

Abstract: The present article intends to discuss the advantages and disadvantages of binding the legislator to the decisions of unconstitutionality taken in the concentrated judicial review. In addition, this subject is analyzed considering both the principle of separation of powers and the debate about the legitimacy of the judicial review.

Palavras-chave: efeito vinculante; tribunal constitucional; Poder Legislativo; separação de poderes; controle de constitucionalidade.

Keywords: binding effect; constitutional court; Legislature; separation of powers; judicial review.

Sumário: 1. Introdução – 2. Efeito vinculante – 3. Argumentos favoráveis e contrários à extensão do efeito vinculante ao Poder Legislativo – 4. Análise do efeito vinculante à luz do princípio da separação de poderes e do controle de constitucionalidade – 4.1.1. A constituição e o princípio da separação de poderes como formas de proteção das liberdades individuais - 4.1.2. O século XX e a mudança da relação Estado-cidadão - 4.1.3. – Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais - 4.2. Legitimidade do controle judicial de constitucionalidade - 4.2.1. O fórum do princípio de Dworkin - 4.2.2. Críticas ao controle judicial de constitucionalidade – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

* Aluno do curso de graduação em Direito da Universidade de São Paulo. Bolsista de iniciação científica da Fapesp na área de Direito Constitucional.

1 – Introdução

No presente artigo debate-se o tema da eventual vinculação do legislador às decisões de inconstitucionalidade tomadas no controle de constitucionalidade concentrado.

No Brasil, o efeito das decisões no controle de constitucionalidade concentrado vincula apenas os Poderes Executivo e Judiciário, excluindo-se o Legislativo. Tal entendimento já foi inúmeras vezes confirmado por acórdãos do STF quando do ajuizamento de reclamações com alegação de que uma lei de texto idêntico a outra já declarada inconstitucional havia sido aprovada. O STF, além de negar provimento a ações desse tipo, tem aceitado ADIs que visem declarar novamente a inconstitucionalidade de leis cujos textos são semelhantes ou idênticos a outras leis já declaradas inconstitucionais por ele próprio.

A despeito da posição do STF, é necessário ressaltar que a discussão referente ao efeito vinculante estendido também à figura do legislador não deve restringir-se apenas a tecnicismos a respeito de tal instituto. Muito mais abrangente que isso, esta discussão passa necessariamente pela análise do atual jogo de forças entre os poderes e deve obrigatoriamente levar em conta a eventual força excessiva que adquiriria (ou mesmo que já possui) o Judiciário no contexto atual da separação de poderes e à luz do instituto do controle judicial de constitucionalidade, ainda mais por ele ter sido estendido no Brasil também às emendas constitucionais.

2 – Efeito vinculante

No sistema abstrato de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade possui força obrigatória geral¹. Ela traduz-se, basicamente, em três efeitos: coisa julgada², força de lei e efeito vinculante, os quais, juntos, vinculam

¹ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito constitucional*, p. 484.

² Enrico Tullio Liebman, contrariando a cultura doutrinária alemã, discorda que a coisa julgada seja um dos efeitos da sentença. Para o autor, ela, na verdade, atua sobre tais efeitos, protegendo-os e imunizando-os de eventuais ameaças (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, pp. 301-302). Este é o entendimento doutrinário dominante no Brasil.

todas as entidades públicas e privadas³. Como o objetivo do trabalho é o estudo apenas deste último, é dele que trataremos daqui para frente.

O instituto do efeito vinculante é uma criação do sistema jurídico romano-germânico, mais especificamente do alemão, transplantado para outros países do mundo (como Portugal e Brasil). Seu principal objetivo é garantir maior eficácia às decisões de inconstitucionalidade do tribunal constitucional em sede de controle abstrato.

Na Alemanha, atualmente, os limites subjetivos na aplicação do efeito vinculante são todos os órgãos judiciais e autoridades administrativas, ou seja, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de todos os níveis da federação⁴, com a única exceção do próprio Tribunal Constitucional, que pode mudar seu entendimento acerca da questão⁵. Já em relação a seus limites objetivos, o entendimento do Tribunal Constitucional e da doutrina majoritária é o de que ele estende-se aos fundamentos determinantes da decisão, não se restringindo a seu dispositivo⁶. Além disso, ele cabe apenas em decisões de mérito e que possam transitar em julgado⁷. Em se tratando da reedição, pelo legislador, de leis já declaradas inconstitucionais, historicamente sempre se entendeu que era proibido⁸, justamente devido ao fato de o limite objetivo do instituto estender-se também à *ratio decidendi* da decisão. No entanto, desde 1987 quando, em julgamento da primeira Câmara do Tribunal Constitucional, permitiu-se tal prática, ele, assim como a doutrina, encontra-se dividido⁹.

Naturalmente, ao ser incorporado por outros países, algumas diferenças com o modelo alemão surgiram. De qualquer forma, o importante é destacar que a essência do instituto sempre se manteve, qual seja: a de vincular os poderes públicos às decisões de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional.

³ Cf. Klaus Schlaich, Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, pp. 318-332.

⁴ Cf. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 1037.

⁵ Cf. Klaus Schlaich, Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 322.

⁶ Cf. Klaus Schlaich, Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, pp. 325-326.

⁷ Cf. Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 324.

⁸ Cf. Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 321-322.

⁹ Cf. Klaus Schlaich, Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, pp. 322-325.

3 – Argumentos favoráveis e contrários à extensão do efeito vinculante ao Poder Legislativo

No Brasil, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na Alemanha e em Portugal, o efeito vinculante não se estende ao Poder Legislativo. Portanto, o legislador pátrio está formalmente eximido de observar os fundamentos das declarações de inconstitucionalidade do STF, podendo, com isso, reeditar disposições legais materialmente semelhantes ou mesmo idênticas a outras já declaradas inconstitucionais. Os defensores da vinculação do legislador às decisões do tribunal constitucional alegam que a recalcitrância gera inúmeros prejuízos ao princípio da supremacia da constituição e, conseqüentemente, ao Estado de Direito¹⁰. Tal violação seria inaceitável na ordem constitucional, pois o legislador deve respeitar os limites negativos que as decisões de inconstitucionalidade acarretam em suas atividades, afinal, elas medeiam o parâmetro positivo da constituição, estabelecendo uma relação trilateral constituição-acórdão-lei¹¹. Além disso, esta medida ajuda na estabilização das relações sociais e políticas, assegurando a unidade da constituição nas diferentes localidades e esferas do poder. Desta forma, colocam-se obstáculos à arbitrariedade e à discriminação tanto em sua interpretação quanto em sua aplicação, protegendo-se o princípio da segurança jurídica¹². Ela também impede que casos idênticos sejam continuamente remetidos ao tribunal constitucional, evitando processos desnecessários¹³. Com isso, debela-se o risco desnecessário de continuas decisões contraditórias entre o tribunal constitucional e o legislador (o que colocaria em xeque os objetivos da jurisdição constitucional) e, ao menos em tese, diminui-se o resíduo processual.

Outro ponto decorre do fato de que, caso o legislador possa alterar, anular ou ao menos desrespeitar uma decisão do tribunal constitucional, ele passa a ter uma competência muito mais ampla sobre este do que sobre os outros tribunais, contrariando

¹⁰ Neste sentido, cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, p. 111.

¹¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pp. 982-983.

¹² Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, p. 114-115.

¹³ Cf. Thomas Cooley, *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*, p. 147.

o arranjo institucional padrão, posto que as decisões destes vinculam os órgãos legislativos¹⁴.

No mesmo sentido, argumenta-se que, em se tratando de atos administrativos, uma vez que sejam anulados jurisdicionalmente, não podem mais, em princípio, ser repetidos. O mesmo, então, deveria ocorrer com os atos legislativos, pois eles também devem respeitar o controle jurisdicional¹⁵.

Por outro lado, os opositores ao efeito vinculante estendido ao legislador contestam este argumento, alegando que, na jurisdição constitucional, ele não possui a mesma aplicação dos outros ramos do Direito processual. Isto porque em processos objetivos, cujos legitimados ativos são, normalmente, entidades públicas, não estão em jogo os direitos fundamentais das partes, o que faz com que o princípio da segurança jurídica não possua o mesmo peso que em outras situações¹⁶. Assim, considerando-se que, devido ao alcance e ao mérito, a justiça das decisões do tribunal constitucional é especialmente importante, e que se está tratando de situações (leis) futuras, a ponderação entre os valores em questão não poderia levar à conclusão da extensão deste instituto aos órgãos do Poder Legislativo¹⁷. Além do mais, afirmam que as constantes alterações nas realidades políticas e sociais de um país demandam uma mobilidade da jurisdição constitucional, de modo a permitir a evolução e adaptação da constituição a novos tempos¹⁸.

Portanto, todas as portas que possibilitem tal adaptação devem ser mantidas abertas, e a sugestão de mudança da jurisprudência do tribunal constitucional pelo legislador legitimado democraticamente é uma delas¹⁹. Até porque sua função é defender a constituição, e não canonizar suas posições pretéritas, o que geraria o perigoso risco de um eventual erro vinculante²⁰.

¹⁴ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 833. Importante ressaltar que, em seguida, o autor logo critica este argumento.

¹⁵ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 822. O autor, depois, contesta esta afirmação.

¹⁶ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 823.

¹⁷ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 829-831.

¹⁸ Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, pp. 172-173.

¹⁹ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 833.

²⁰ Cf. Helmut Simon, "La jurisdicción constitucional", pp. 842-843.

Tal equívoco equivaleria a uma alteração constitucional, convertendo o tribunal constitucional em um quase-poder constituinte reformador²¹. Nesta hipótese, ele assumiria uma perigosa posição supraconstitucional, reduzindo a liberdade conformadora do legislador. Isto diminuiria a legitimidade do espaço democrático-representativo, pois limitaria o papel dos órgãos legislativos na concretização da constituição²².

Assim, permitir a recalcitrância legislativa seria forma de corrigir decisões erradas do tribunal constitucional, possibilitando que ele reexaminasse a matéria, fizesse uma autocrítica e, eventualmente, alterasse seu entendimento²³.

Da mesma forma, por meio da limitação do efeito vinculante impedir-se-ia o bloqueio e a fossilização da constituição, evitando-se a petrificação da interpretação constitucional e a rígida fixação do futuro²⁴.

Contudo, contesta-se este argumento, afirmando-se que mudanças repentinas e brutais de rota contrastam com a própria noção de jurisdição constitucional, a qual também demanda soluções idênticas a casos iguais. Naturalmente, considerar a continuidade como um valor não impede que ela seja combinada com a mutabilidade²⁵. Justamente por isso que o tribunal constitucional pode, a qualquer tempo, corrigir sua própria jurisprudência e que a proibição de reprodução de leis declaradas inconstitucionais está adstrita a limites temporais, pois sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, permitindo o atendimento a solicitações do ambiente²⁶.

De qualquer forma, alega-se que a oxigenação da constituição não é um argumento razoável para que se permita o desrespeito à jurisdição constitucional e o desprestígio de valores como a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais. Contrariamente ao efeito vinculante estendido ao legislador, deve-se salientar que, até o momento, tal instituto, desde que adotado no Brasil, não foi capaz de reduzir o número de processos e tornar o Judiciário mais célere. O mesmo se verifica em experiências de outros países, como a Alemanha e a Espanha. Na verdade, a única conclusão possível

²¹ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 831.

²² Cf. Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, pp. 144-145.

²³ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 831.

²⁴ Cf. Helmut Simon, "La jurisdicción constitucional", p. 842.

²⁵ Cf. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, p. 59.

²⁶ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 827-829. O autor, em seguida, critica tal argumento.

acerca deste tema é a de que ele fez com que o número de reclamações propostas no STF aumentasse, desmistificando o pretense efeito minimizador que possuiria²⁷.

Ademais, afirma-se que, com a proibição de reprodução, o legislador ficaria subalterno ao tribunal constitucional. Afinal, sua relação com a constituição deixaria de ser imediata, tornando-se mediata em decorrência do limite negativo expressado pelas declarações de inconstitucionalidade²⁸. Com isso, os órgãos legislativos seriam afastados da hermenêutica constitucional, a qual deixaria de se dar por meio de uma relação dialética controlador-controlado, prevalecendo aquele de forma absoluta²⁹.

Todavia, pode-se questionar tal argumento, sustentando-se que apenas o legislador infraconstitucional estaria vinculado, e que a constituição permaneceria livre para ser emendada e alterada pelo Poder Legislativo. Assim, o debate seria estimulado e a lei em questão poderia ser reapreciada e mais bem discutida pelos órgãos representativos da sociedade. Daí, caso o entendimento final continuasse sendo o de sua constitucionalidade, prevaleceria por força do poder constituinte reformador (desta vez com mais legitimidade, representatividade e embasamento argumentativo).

Entretanto, ocorre que, no Brasil, o STF pode controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais, cuja decisão, se pela sua inconstitucionalidade, goza de efeito vinculante. Assim, o argumento contestado readquire sua pertinência, pois, nesta situação, o tribunal constitucional dá a última palavra acerca da interpretação constitucional de forma absoluta.

Por último, e em oposição à extensão do efeito vinculante, alega-se que a inexistência de uma vinculação do legislador não significa que as declarações de inconstitucionalidade não gerem nenhuma consequência sobre ele. De forma contrária, os órgãos legislativos não as desprezam, pois sabem dos altos custos políticos de confrontá-las. Além disso, há uma lealdade mútua entre os Poderes do Estado, o que faz com que a autoridade do tribunal constitucional não possa ser colocada em dúvida³⁰. Portanto, em situações nas quais o legislador ignorasse repetidamente, sem qualquer

²⁷ Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, pp. 179-182.

²⁸ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 832-833.

²⁹ Cf. Ernst Benda, Eckart Klein, *Verfassungsprozessrecht*, pp. 551-552.

³⁰ Cf. Klaus Schlaich, Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 325.

justificativa, as disposições da jurisdição constitucional, poder-se-ia até impetrar ação de responsabilidade administrativa contra ele³¹.

4 – Análise do efeito vinculante à luz do princípio da separação de poderes e do controle de constitucionalidade

Não obstante todos estes argumentos, algumas outras questões também precisam ser analisadas quando se discutem os benefícios e malefícios da proibição de reprodução de leis declaradas inconstitucionais. Afinal, ela insere-se no contexto do inter-relacionamento entre Poderes, servindo como instrumento de controle do Legislativo pelo Judiciário. Daí, impossível dissociar de tal debate o princípio da separação de poderes e o controle de constitucionalidade.

Deve-se, então, contestar o porquê da prevalência da interpretação da constituição feita pelo tribunal constitucional, composto por juízes nomeados, sobre a dos órgãos legislativos, cujos membros representam o povo e por ele foram democraticamente eleitos. Em que medida o tribunal constitucional possuiria legitimidade para declarar leis inconstitucionais, tendo em vista que o estabelecido no Poder Legislativo reflete, em tese, anseios populares? Não seria tal arranjo antidemocrático? O princípio da separação de poderes não estaria sendo violado³²?

4.1.1 - A constituição e o princípio da separação de poderes como formas de proteção das liberdades individuais

As noções de Estado Constitucional e de separação de poderes são frutos dos ideais do liberalismo, que defendia as liberdades individuais (políticas, econômicas, religiosas) dos cidadãos em contraposição ao autoritarismo real dos estados absolutistas europeus. Assim, a partir do século XVII, a burguesia inicia sua luta por poder político, inicialmente na Inglaterra, espalhando-se, no século seguinte, para os Estados Unidos e a França e, em seguida, por todo o mundo.

³¹ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 840.

³² Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, pp. 3-9.

Percebe-se, principalmente na Revolução Francesa e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a preocupação que a emergente burguesia tinha em controlar as inserções do Estado na esfera dos direitos civis dos cidadãos, buscando limitar o exercício do poder estatal por meio de uma carta de direitos de valor superior às demais. Surge, então, o movimento constitucionalista, cujo fruto direto seria os Estados Constitucionais³³.

Acompanhando o constitucionalismo, o princípio da separação de poderes também nasce como forma de limitação da discricionariedade estatal³⁴. Ele começa a se configurar na Inglaterra, com John Locke, e adquire, no século XVIII, com Montesquieu, traços mais parecidos com os atuais. O autor francês apresenta a ideia da tripartição, dividindo os poderes políticos em três: o legislativo, que faz as leis; o executivo, responsável pela paz ou a guerra, pela segurança, por enviar e receber embaixadas; e o judiciário, cuja função seria a de julgar³⁵.

Ressalve-se, no entanto, que, apesar de ter elevado a função de julgar à categoria de poder, esta ainda era de importância menor. Na verdade, ela resumia-se à aplicação da lei de forma mecânica, lógico-silogística, não possuindo os juízes qualquer discricionariedade na interpretação do texto legal, que seria absoluto e auto-suficiente³⁶. Apenas no início do século XIX, nos Estados Unidos, é que, finalmente, ele é equiparado em relevância e em atribuições aos outros poderes, devido ao estabelecimento do princípio da supremacia da constituição e, conseqüentemente, do controle de constitucionalidade³⁷.

4.1.2 - O século XX e a mudança da relação Estado-cidadão

³³ Cf. Maurice Hauriou, *Principios de Derecho Publico y Constitucional*, pp. 49-50.

³⁴ Cf. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 186. Apesar de só ter tomado formas mais definidas na Era Moderna, a separação de poderes encontra precedentes na Antiguidade, principalmente com os gregos Aristóteles e Políbio e o romano Cícero (cf. Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio fundamental*, pp. 31-32).

³⁵ Cf. Montesquieu, *O espírito das leis*, pp. 118-119.

³⁶ Neste sentido, o autor afirma que o Poder Judiciário é nulo, pois atua apenas como a boca da lei, não podendo moderar sua força ou seu rigor (cf. *O espírito das leis*, p. 121-123).

³⁷ Cf. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, pp. 50-51.

A partir do final do século XIX ganham força movimentos pela universalização do voto, pautados em ideais democráticos (democracia representativa) e nos anseios das classes operárias em também participarem do poder político³⁸.

Uma vez tendo atingido representatividade legislativa, a massa trabalhadora concretiza uma série de direitos historicamente por ela pleiteados: os chamados direitos sociais, que são prestações, diretas ou indiretas, do Estado aos cidadãos mais necessitados³⁹. Eles, então, são constitucionalizados, dando origem às chamadas Constituições social-democratas.

Altera-se, então, a relação Estado-cidadão, pois sua função deixa de ser negativa, de não intervenção nas liberdades civis, passando a ser positiva, de garantia de direitos mínimos que possibilitem a existência digna de todos. Assim, enquanto do Legislativo cobram-se leis que acompanhem e reflitam as rápidas transformações em todos os setores sociais, do Executivo exigem-se políticas públicas satisfatórias e adequadas às necessidades da população. Ou seja, num contexto em que se demanda do Estado uma atuação positiva, ele precisa ser eficiente. A isto, todavia, tais poderes, especialmente os órgãos legislativos, não estavam preparados para responder.

Em se tratando do Executivo, se por um lado os recursos são escassos, por outro as carências da sociedade são inúmeras. Naturalmente, conclui-se que nem todas são atendidas (por pura impossibilidade), o que é justificado pelo princípio da reserva do financeiramente possível⁴⁰. Isto, então, faz com que elas sejam demandadas pela população na esfera judicial, acarretando na assim denominada judicialização das políticas públicas.

Quanto ao Legislativo, o problema é de ordem estrutural. Seu processo de funcionamento, baseado em debates e em discussões, demonstra-se ser excessivamente vagaroso para tomar decisões com a velocidade exigida⁴¹. Além disso, os parlamentos passam por uma crise de representatividade, pois os partidos políticos não se mostram capazes de ecoar os anseios populares, em muito devido à falta de planos de governo transparentes, trabalhados e cumpridos pelos eleitos. Isto, então, faz com que os

³⁸ Cf. Giovanni Sartori, *A teoria da democracia revisitada*, p. 49.

³⁹ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito constitucional positivo*, p. 285.

⁴⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 1301.

⁴¹ Cf. Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?*, pp. 43-44.

eleitores não tenham como saber qual a linha de atuação de cada candidato (partidos sem diretrizes de longo prazo, mais preocupados com interesses pessoal-partidários)⁴².

Por último, há que se considerar que o pluralismo das sociedades modernas acaba refletido nos parlamentos. Assim, torna-se extremamente difícil a construção de maiorias para a regulamentação de questões controversas e polêmicas, as quais acabam ficando longos anos sem que qualquer decisão seja tomada.

Com isso, surge um vácuo no exercício do poder público, o qual vem sendo coberto, cada vez mais, pelo Poder Judiciário, por meio de um fenômeno chamado de ativismo judicial. Entende-se que ele seja uma disfunção no exercício da função jurisdicional, a qual ultrapassa os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, exercendo outras pertencentes ao núcleo essencial dos demais Poderes, em especial a legislativa⁴³.

Tal fenômeno, no entanto, não deve ser analisado à luz de uma interpretação oitocentista do princípio da separação dos poderes. De forma contrária, os desafios e perspectivas das sociedades atuais são bastante diferentes daqueles do liberalismo. Com isso, todas as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais precisam ser consideradas, as quais fazem com que a simples transposição para a contemporaneidade de um princípio político do século XVIII, sem maiores finalidades operacionais, torne-se impossível⁴⁴. Logicamente, não se nega que o engrandecimento de competências do Poder Judiciário precisa ser moderado. Todavia, afirma-se que ele deve ser analisado levando-se em consideração a busca por eficiência do Estado, a inércia dos demais poderes (em especial do Legislativo) e os benefícios que traz ao sistema como um todo. É justamente neste contexto que o efeito vinculante precisa ser estudado. Ele é uma forma de conferir maior eficácia às decisões de inconstitucionalidade do tribunal constitucional. Quando, então, estendido ao Legislativo, não parece correta a alegação de que a separação de poderes estaria sendo ferida.

⁴² Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, pp. 86-87.

⁴³ Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial*, p. 308.

⁴⁴ Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial*, pp. 112-113.

4.1.3 – Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais

A conclusão anterior, de que o efeito vinculante das declarações de inconstitucionalidade do tribunal constitucional em relação ao Poder Legislativo não fere a separação de poderes, não pode ser transposta a um contexto em que o controle de constitucionalidade estende-se às emendas constitucionais sem maiores análises. Independentemente do longo e inacabado debate acerca dos benefícios e problemas de tal extensão, algumas notas fazem-se necessárias.

O poder constituinte originário é o responsável por estabelecer a constituição de determinado Estado, a qual será suprema e deverá por todos ser respeitada⁴⁵. A ele, no entanto, é impraticável recorrer sempre que ela deva ser alterada. Por isso, o poder constituinte originário dá a um órgão constituído o poder de emendá-la (normalmente, o Poder Legislativo), chamado de poder constituinte reformador. Tal prerrogativa de reforma, por óbvio, não lhe é natural, derivando do outorgante⁴⁶, e possui limites formais e materiais. Em relação aos primeiros, trata-se das regras procedimentais de emenda. Já quanto aos últimos, sua definição é mais controversa. Por meio deles, busca-se resguardar o espírito e os princípios basilares da constituição, protegendo-a de eventuais maiorias parlamentares passageiras. Contudo, há que se considerar a discricionariedade legislativa, que já precisa de quórum diferenciado, ao aprovar determinada alteração constitucional. Não refletiria tal mudança um anseio popular?

Por outro lado, existem certos princípios na constituição, implícitos e explícitos, que representam a própria base sobre a qual ela está fundada. Eles não podem, sob hipótese alguma, ser alterados, sob pena de o regime constitucional posto ficar desvirtuado. Até porque não é lógico que o próprio outorgado possa modificar os limites ao exercício do poder concedido estabelecidos pelo outorgante⁴⁷.

Considera-se, com isso, que limitações materiais ao poder de reforma são plenamente justificáveis. Elas devem ser conceituados de forma específica, sem a

⁴⁵ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 20-21.

⁴⁶ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito constitucional positivo*, p. 65.

⁴⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado”, p. 17.

utilização de termos vagos, como a manutenção da “legitimidade constitucional”⁴⁸. Assim, pode-se arrolá-las como sendo os direitos fundamentais, as disposições acerca do processo de reforma constitucional, os princípios que regem o Estado Democrático de Direito (sufrágio universal, separação de poderes), os preceitos referentes às titularidades dos poderes constituintes originário e reformador e eventuais cláusulas pétreas existentes⁴⁹.

Portanto, o controle de constitucionalidade sobre emendas constitucionais deriva da lógica inerente ao princípio da supremacia da constituição. Sem dúvida alguma, a discricionariedade do legislador, nestes casos, deve ter um peso maior do que no caso de leis ordinárias. Ademais, ele precisa resumir-se aos limites formais e materiais estabelecidos acima, além de demandar maior ônus argumentativo. No entanto, uma vez que eles sejam respeitados pelo órgão controlador, o princípio da separação de poderes, além de não ficar ferido, torna-se mais protegido.

4.2 – Legitimidade do controle judicial de constitucionalidade

A última questão a ser levantada é a da legitimidade do controle de constitucionalidade ser feito pelo tribunal constitucional. A este respeito, três posições se destacam. Em uma ponta situam-se os que defendem um intenso controle sobre os atos legislativos, tendo como base uma interpretação construtiva dos dispositivos constitucionais. Já em uma posição intermediária estão os que vêem o tribunal constitucional como controlador apenas do processo democrático, ou seja, do procedimento de formação da vontade popular, estando seu conteúdo fora de seu alcance. Do mesmo modo, neste terreno encontram-se também os que se posicionam a favor de um controle moderado, exercido unicamente em situações em que haja completa certeza acerca da inconstitucionalidade do ato em análise. No outro extremo residem, por sua vez, os defensores da completa supressão deste instituto, sob a

⁴⁸ Cf. Nelson de Sousa Sampaio, *O poder de reforma constitucional*, p. 111. O autor, neste trecho, cita a expressão, criada por Maurice Hauriou.

⁴⁹ Foge do escopo do presente trabalho uma maior discussão acerca deste assunto. De qualquer forma, deve-se ressaltar que tais limites não são unânimes, estão sujeitos a inúmeras críticas e foram baseados em obra de Nelson de Sousa Sampaio (cf. *O poder de reforma constitucional*, p. 112).

alegação de que não é possível o estabelecimento de parâmetros que delimitem o espectro de atuação judicial⁵⁰.

Tal discussão é extremamente prolixa e controvertida, de modo que apenas alguns de seus pontos principais serão examinados. Assim, trabalharemos com o maior expoente de cada uma das posições: enquanto a favor de um controle judicial intenso destaca-se Ronald Dworkin, no pólo oposto Jeremy Waldron sobressai-se. Quanto às posições intermediárias, não serão analisadas. Afinal, elas buscam limitar a discricionariedade dos juízes quanto à escolha do conteúdo de normas abstratas por meio de métodos de interpretação constitucional, o que é bastante criticável, principalmente à luz do pensamento de Dworkin⁵¹.

4.2.1 – O fórum do princípio de Dworkin

Dworkin inicia seu pensamento defendendo que os juízes não devem se limitar a aplicar apenas o estabelecido expressamente em lei. Para ele, os cidadãos possuem certos “direitos morais”, os quais, mesmo ausentes do “livro de regras”, permanecem válidos. Assim, um elevado grau de submissão ao texto legal, apesar de necessário a uma sociedade justa, não é suficiente para que se a garanta⁵².

Tal concepção, como não poderia deixar de ser, gera conseqüências na forma de atuação judicial. Não, obviamente, em situações que se subsumem integralmente ao texto legal (casos fáceis), mas sim nos chamados “casos difíceis”, para os quais o ordenamento jurídico não possui resposta expressa. Nestas hipóteses, o autor afirma que uma solução pode ser obtida se considerarmos que as leis representam apenas tentativas do legislador de captar os direitos morais dos cidadãos, os quais, contudo, nelas não se esgotam. Portanto, nestes casos controversos, o juiz deve estruturar algum princípio que capte no grau de abstração adequado o direito moral da parte, o qual precisa, logicamente, ser compatível com os outros direitos morais e com o direito posto⁵³.

⁵⁰ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, pp. 27-28.

⁵¹ Cf. Ronald Dworkin, “Law as interpretation”, p. 545.

⁵² Cf. Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, pp. 6-9.

⁵³ Cf. Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, pp. 14-17.

Esta figura de juiz costuma ser bastante criticada, pois, alega-se, não subordinada à lei, tornando-o um verdadeiro legislador. Qual seria a legitimidade para tanto?⁵⁴

Dworkin responde a esta pergunta diferenciando dois tipos de argumentos: os de política, que se destinam a estabelecer algum objetivo coletivo, tendo por fim o bem-estar geral; e os de princípio, que visam garantir algum direito moral, exigido ou pela justiça, ou pela equidade⁵⁵. Assim, enquanto o Legislativo possui monopólio na utilização de argumentos de política, as decisões judiciais são exclusivamente pautadas nos de princípio (fórum do princípio)⁵⁶.

Desta forma, permitir ao Judiciário o controle de decisões do Legislativo significa dizer que decisões políticas majoritárias podem não ser justas por ferirem direitos morais dos cidadãos. Nestes casos, pautado em argumentos de princípio, o Judiciário estaria habilitado a rever tal injustiça, fazendo com que os direitos individuais fossem levados a sério, pois funcionariam como trunfos frente à maioria. Eles, assim, não poderiam ser violados em nome do bem-estar geral⁵⁷.

Todo o dito torna-se especialmente relevante para os casos constitucionais (com destaque para o controle de constitucionalidade), nos quais os “casos difíceis” são mais comuns. Contudo, o juiz não pode errar? Sua atuação não deve ser controlada?

Dworkin diz que não há métodos interpretativos que consigam controlar a atividade hermenêutica do juiz. Desta forma, o mérito de se deixar que um fórum do princípio fale por último nestes casos não decorre do fato de ele não errar. De modo contrário, a justificativa é a de que, justamente por basear suas decisões em princípios, a possibilidade de ela ser mais justa e mais correta é maior. A forma, então, de se averiguar se tal objetivo está sendo cumprido se dá pela análise da argumentação empregada pelos juízes, que deve possuir argumentos de princípio, pautados em uma leitura moral da constituição.

⁵⁴ Cf. Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, pp. 16-17.

⁵⁵ Cf. Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 36 e pp. 141-142.

⁵⁶ Cf. Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, pp. 226-232.

⁵⁷ Cf. Ronald Dworkin, “Right as Trumps”, p. 152.

Por último, há a questão de se esta atuação judicial não ofenderia a democracia, tendo em vista que juízes não-eleitos estariam controlando a vontade de legítimos representantes do povo (parlamento).

A tal objeção, Dworkin responde reanalisando o conceito de democracia. Para ele, um governo democrático não se resume a respeitar a regra da maioria (democracia majoritária), pela qual a participação individual no processo decisório é igual a cada cidadão. De forma contrária, ela precisa preocupar-se também com o conteúdo de tais decisões, as quais devem tratar todos os membros da sociedade com igual consideração e respeito (democracia constitucional)⁵⁸.

Eventualmente, então, a premissa majoritária deve ser afastada em prol de decisões mais justas, pois para um governo ser democrático não basta que seja controlado pela maior parte da comunidade⁵⁹. Por exemplo, há que se defender os direitos das minorias e se impedir que a volatilidade democrática, principalmente se pautada em maiorias e paixões passageiras, ameace e perverta o próprio sistema. Mas isto não faz com que os indivíduos deixem de se auto-governar? Além disso, a liberdade individual não fica ameaçada?

Para respondê-las, Dworkin diferencia dois tipos de liberdade: a negativa, relacionada aos direitos individuais, e a positiva, que seria a de se auto-governar. Assim sendo, ao se impor limites à premissa majoritária, a liberdade positiva (se entendida como a participação individual de cada cidadão) estaria sendo restrita. Porém, em prol das liberdades negativas, as quais não poderiam ser ameaçadas pela vontade da maioria⁶⁰.

No entanto, o autor afirma ainda que, pelo conceito de democracia majoritária, nenhuma das duas estaria garantida. Afinal, como a participação individual nas decisões coletivas se dá pelo poder que cada um possui (voto), em grandes nações ele é tão diminuto e pulverizado que não pode nem ser considerado como relevante. Daí, a liberdade positiva, nestes casos, é uma ilusão. E, para piorar, as liberdades negativas não estão protegidas, podendo ser tolhidas⁶¹.

⁵⁸ Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, pp. 16-19.

⁵⁹ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, p. 64.

⁶⁰ Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p. 21.

⁶¹ Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p. 21.

Desta forma, ficam claras as vantagens da democracia constitucional. Nela, a liberdade positiva se deve ao fato de todas as decisões do governo serem pautadas pelo que é melhor para o grupo (não ameaçando as liberdades negativas de cada um), mesmo que contrárias à maior parte das opiniões individuais. É a coletividade que controla os governantes e é por eles representada, e não os cidadãos um a um⁶².

Para que tal arranjo funcione e os indivíduos se auto governem, como grupo, em um contexto de democracia constitucional, é necessário haver filiação moral de todos⁶³. A única forma de assegurá-la é por meio do conteúdo das decisões⁶⁴ e, para existir, está sujeita a condições estruturais e relacionais.

As estruturais estão relacionadas ao processo histórico de formação daquela sociedade. Ou seja, seus membros devem ter vivenciado a mesma evolução política⁶⁵. Já as relacionais decorrem da forma pela qual os indivíduos são tratados naquela sociedade. Assim, todos devem participar do processo de tomada de decisão (sufrágio universal, eleições, liberdade de expressão, representatividade - participação); o governo precisa considerar de maneira equânime as necessidades de cada um (reciprocidade); e a opinião individual deve ser construída de maneira independente, apesar de a responsabilidade pela decisão final ser coletiva (independência moral)⁶⁶.

Diante do exposto, Dworkin conclui que o melhor arranjo institucional possível é aquele que garante de forma mais eficaz as condições democráticas, as quais não se resumem a um mero procedimento formal (regra da maioria). Assim, para muitas questões (decisões políticas sensíveis, que dependem da contagem de opiniões da sociedade)⁶⁷, os órgãos legislativos, pautados na premissa majoritária, realmente serão o melhor fórum de decisões. Já para as que dependem de um juízo moral (decisões políticas insensíveis)⁶⁸, a solução mais justa independe do aspecto quantitativo, mas sim de a justificativa ser baseada em uma leitura moral da constituição, em argumentos de

⁶² Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p. 21.

⁶³ Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, pp. 23-24. Neste trecho, o autor cita os judeus alemães da época do nazismo, afirmando que eles não eram membros morais da comunidade política em que viviam e que pregava o holocausto.

⁶⁴ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, p. 57.

⁶⁵ Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, p. 24.

⁶⁶ Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, pp. 24-26.

⁶⁷ Cf. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, p. 204. São questões políticas sensíveis, por exemplo, as relativas à alocação dos recursos públicos.

⁶⁸ Cf. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, pp. 204-205. Como exemplo de decisões políticas insensíveis, cite-se a questão de se a descriminalização do aborto de fetos anencefálicos viola o direito à vida.

princípio. Daí, o parlamento deixa de ser a instituição mais adequada, pois os legisladores estão sujeitos a pressões políticas e financeiras, as minorias não estão bem representadas e os argumentos utilizados serão basicamente os de política⁶⁹.

É aí que entra o controle judicial de constitucionalidade (pois relativo, majoritariamente, a questões insensíveis). Se entendermos que juízes estão mais aptos a decidi-las, então a eles deve caber resolvê-las.

4.2.2 – Críticas ao controle judicial de constitucionalidade

Ao contestar o controle judicial de constitucionalidade, Jeremy Waldron acaba fazendo inúmeras críticas à teoria de Dworkin. Primeiramente, o autor destaca que o desacordo faz parte das sociedades atuais, as quais são bastante plurais e heterogêneas. Assim, não há uma unanimidade no entendimento do que seja, por exemplo, justiça, ou de quais sejam os direitos que os cidadãos possuem. Portanto, o desacordo é algo natural, inerente à modernidade⁷⁰.

Daí, cabem as perguntas: por quê se levar questões complexas, como as envolvendo princípios, para os tribunais, sendo que seus membros discordarão entre si pelos mesmos motivos que os legisladores o fariam, e decidirão a questão também pelo procedimento majoritário, com a diferença de que os juízes não foram eleitos⁷¹? Além disso, qual seria o sentido das lutas históricas por sufrágio universal e democracia, se o resultado fosse um arranjo institucional no qual as decisões mais polêmicas ficariam a cargo de um grupo pequeno de juízes não-eleitos, restando aos cidadãos elegerem representantes para decidirem apenas acerca de questões políticas sensíveis⁷²?

Quanto ao argumento de que o controle judicial de constitucionalidade melhor garantiria os direitos individuais, Waldron afirma que, na verdade, o processo de tomada de decisões do Legislativo é mais transparente e adequado à defesa deles.

⁶⁹ Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, pp. 34-35.

⁷⁰ Cf. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 1-2.

⁷¹ Cf. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 15.

⁷² Cf. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 15-16.

Afinal, ele leva o desacordo a sério e não esconde ou disfarça o conflito de ideias e opiniões subjacentes, além de possuir representatividade social⁷³.

Já em se tratando da alegação de que o instituto evita a opressão das minorias, o autor diz que este medo só se justifica se considerarmos que os parlamentares não possuem filiação moral. No entanto, considerando-se que os cidadãos tomam decisões de boa-fé, estar em minoria não significa ser vítima de algum ato tirano⁷⁴.

Da mesma forma, não parece lógico que um corpo com um maior número de pessoas tenha maior probabilidade de obter uma resposta melhor para a sociedade⁷⁵? Já quanto ao medo em relação às possíveis paixões passageiras dos legisladores, que poderiam originar leis nefastas e injustas, cabe indagar: se isto fosse realmente verdade, como que se teria imiscuído de forma tão profunda nas sociedades modernas o costume da entrega da competência para criação de leis ao Poder Legislativo⁷⁶? Portanto, Waldron critica o modelo aceito no universo jurídico de um legislador que apenas barganha, negocia interesses particulares, troca favores, e que não estaria apto a ponderar princípios. Na verdade, ele busca valorizá-lo, ressaltando suas qualidades, assim como as da regra da maioria⁷⁷.

Além disso, deve-se ressaltar que, assim como não há limites substantivos à discricionariedade do legislador no processo de criação de leis, o que justificaria o controle judicial, o mesmo ocorre com o tribunal constitucional ao exercer o controle de constitucionalidade. Ou seja, ele legitima-se pelo procedimento (autoridade), e não pelo conteúdo de suas decisões⁷⁸.

Sem dúvida, a imediata objeção seria a de que o limite substantivo do tribunal constitucional é a constituição. No entanto, Waldron afirma que tal limite é apenas aparente. Afinal, apesar de os juízes realmente justificarem suas decisões a partir de seus princípios, eles podem, por outro lado, acordarem que ela diz qualquer coisa⁷⁹.

⁷³ Cf. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, p. 16.

⁷⁴ Cf. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, pp.13-14.

⁷⁵ Cf. Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, p. 33.

⁷⁶ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, p. 89.

⁷⁷ Cf. Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, pp. 1-2.

⁷⁸ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, p. 99.

⁷⁹ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, p. 101.

Daí, o controle de constitucionalidade, para o autor, deve ser definido com base no procedimento majoritário (pois é o utilizado nos julgamentos). Todavia, qual o sentido em se entregar a um pequeno grupo de pessoas não eleitas a última palavra sobre temas polêmicos e relevantes, se se poderia dá-la a uma assembléia representativa? Como visto, em nenhum dos casos haverá um limite material às decisões, e em ambas o procedimento utilizado será o majoritário. A diferença, então, reside na representatividade⁸⁰.

Por último, Waldron afirma que o direito à participação, ao voto, não pode ser limitado em prol de outros direitos individuais por três motivos. Primeiramente, porque não há qualquer consenso sobre quais sejam as especificidades e alcances de tais direitos, o que faz com que todos os cidadãos devam integrar o processo de deliberação a respeito, até porque afetados⁸¹. Além disso, o direito à participação não pode ser limitado por outros direitos. Afinal, eles estão em níveis diferentes, pois enquanto o primeiro pertence à teoria da autoridade, estes integram a teoria da justiça⁸². Em terceiro lugar, a afirmação de que o voto individual é insignificante no contexto moderno, devido ao tamanho das sociedades, denota uma análise a partir de uma perspectiva equivocada do tema. Na verdade, não se deve examiná-lo pelo seu impacto no resultado final. De forma contrária, o direito à participação significa o tratamento igualitário de todos, a idêntica consideração das opiniões individuais dos cidadãos, evitando-se, assim, a desonra, o insulto e a desigualdade de tratamento. Por isso, ele não pode ser restringido⁸³.

5 – Conclusão

Diante de todo o exposto, parece claro que a questão do efeito vinculante estendido à figura do legislador envolve, basicamente, um intenso debate entre, de um lado, segurança jurídica, e de outro, correção das decisões. Assim, a melhor solução é a que aplica ambos na maior medida possível.

⁸⁰ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, p. 102.

⁸¹ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, p. 105.

⁸² Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, p. 103.

⁸³ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, pp. 104-105.

Buscou-se, então, demonstrar que a proibição do legislador de reeditar normas já declaradas inconstitucionais pelo tribunal constitucional não afronta o princípio da separação de poderes. Afinal, ele foi concebido em um contexto político, histórico, econômico e social bastante diverso do atual. Ademais, ele não possuía uma preocupação funcional, visando, em última análise, limitar o poder do Estado frente aos cidadãos. Daí, tendo em vista que o poder público, atualmente, precisa agir de forma positiva e eficiente, sua aplicação em termos absolutos torna-se bastante problemática e burocratizante.

Ressalve-se, logicamente, que o intuito não é descartá-lo. De forma contrária, o que se pretende afirmar é que, nas sociedades contemporâneas, a separação dos poderes precisa ser entendida em sua essência, qual seja: impedir qualquer forma de autoritarismo por parte do Estado frente à sociedade civil, por meio da divisão das funções governamentais. Tal divisão, no entanto, não é absoluta, pois, senão, causaria uma paralisação e ineficácia que comprometeria a própria legitimidade do Estado. Na verdade, ela reflete apenas um anseio de impedir a concentração.

Com isso, o efeito vinculante seria apenas uma tentativa de conferir maior eficácia às decisões do tribunal constitucional frente aos outros poderes, algo completamente consoante com as necessidades atuais.

Sem dúvida alguma, o fato de as emendas constitucionais também serem controladas jurisdicionalmente causa uma preocupação adicional. Não porque seja *a priori* ruim. Muito pelo contrário, ele decorre da necessidade do respeito aos limites estabelecidos pelo Poder Constituinte originário (outorgante) ao Poder Constituinte reformador (outorgado, ou seja, o parlamento).

Todavia, a liberdade do legislador e a evolução da constituição, principalmente devido ao efeito vinculante, estão, sem dúvida alguma, mais ameaçadas neste caso. Por isso, os limites materiais do controle de constitucionalidade de emendas devem ser bem definidos, resumindo-se aos direitos fundamentais, às disposições acerca do processo de reforma constitucional, aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito (sufrágio universal, separação de poderes), aos preceitos referentes à titularidade do poder constituinte originário e reformador e às eventuais cláusulas pétreas existentes.

Em relação à legitimidade do controle de constitucionalidade, os argumentos favoráveis a tal instituto parecem mais convincentes. Afinal, as críticas mais contundentes, apesar de bem fundamentadas, podem ser atacadas.

Primeiramente, alega-se não ser possível o estabelecimento de limites à discricionariedade do juiz na interpretação da constituição e na realização do controle judicial de constitucionalidade. Tal objeção, contudo, não é procedente. Afinal, deve-se considerar que o sopesamento de princípios⁸⁴, realizado pelo tribunal constitucional, possui um método a ser seguido⁸⁵, que limita sua discricionariedade.

Poder-se-ia objetar, como o fez Habermas, que mesmo ele não consegue atingir este objetivo, pois o risco de juízos irracionais, derivados da inexistência de parâmetros de sopesamento, permaneceria⁸⁶. Todavia, quem isto defende desconsidera que a elaboração de juízos racionais, que denotem diferentes graus de importância para cada princípio em determinado caso concreto, é possível. No mesmo sentido, há situações em que não há desacordo quanto à resposta mais justa, pois os valores existentes na sociedade claramente indicariam que algumas opções são incorretas⁸⁷.

Por outro lado, há hipóteses em que a teoria dos princípios não alcança uma conclusão racional⁸⁸. Nelas, a discricionariedade do legislador deve ser mantida, pelo simples motivo de que é mais representativa⁸⁹. Desta forma, para que se possa realizar o controle das situações em que é (ou não) possível se alcançar uma decisão racional, faz-se necessário conceituar os dois modelos de sopesamento: o decisionista e o fundamentado. Quanto ao primeiro, ele, ao sopesar os princípios, não justifica o raciocínio (relação de precedência condicionada) utilizado, sendo a conclusão um mero resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. Já o fundamentado

⁸⁴ Este argumento é baseado na teoria de Robert Alexy sobre os direitos fundamentais. Para o autor, eles possuem estrutura de princípios, ou seja, são mandamentos de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível em face das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto.

⁸⁵ Para solucionar colisões entre princípios, Alexy estabelece a máxima da proporcionalidade, que se subdivide em três máximas parciais, de forma a se alcançar uma decisão que os aplique na maior medida possível (naquele caso concreto): a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito.

⁸⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 575-576.

⁸⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 594-595.

⁸⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 594.

⁸⁹ No chamado “Caso Cannabis” (BVerfGE 90, 145), o Tribunal Constitucional alemão, ao analisar a constitucionalidade das sanções estabelecidas pela “lei de substâncias intoxicantes” a transações ilegais de maconha, decidiu por manter a decisão do legislador (julgando-as constitucionais), devido à dificuldade do caso, que impedia uma decisão racional.

distingue tal processo de sua fundamentação, expressando-a e permitindo seu controle por meio da análise da racionalidade dos argumentos utilizados (de acordo com os valores daquela sociedade)⁹⁰.

A segunda crítica é a de que o tribunal constitucional, por também utilizar a regra da maioria no seu processo de tomada de decisão, é funcionalmente equivalente ao parlamento, com a única diferença de que menos representativo.

Este entendimento, todavia, não parece correto. Afinal, ele ignora as diferentes razões pelas quais órgãos legislativos e judiciários utilizam-na. Enquanto o parlamento visa expressar a vontade da maioria popular por meio de uma base racional de preferência, o tribunal constitucional tem por fim maximizar as chances de obter a resposta certa, garantindo a justiça. Assim, apesar de empregarem o mesmo procedimento deliberativo, os objetivos (e, conseqüentemente, os resultados) são distintos⁹¹.

Portanto, uma vez aferido que o controle de constitucionalidade é legítimo, o efeito vinculante pode ser aplicado com maior tranquilidade e segurança, servindo de instrumento de reforço ao respeito e à guarda da constituição.

Naturalmente, as críticas ao instituto apontam claramente os efeitos perniciosos que ele, se mal aplicado, pode gerar. No entanto, elas podem ser evitadas se o tribunal constitucional atuar de maneira equilibrada, respeitando a discricionariedade do legislador em casos duvidosos, controlando as emendas constitucionais apenas nas hipóteses citadas, argumentando de forma coerente e exaustiva e permitindo que sua jurisprudência evolua, de modo a acompanhar as rápidas transformações sociais.

6 - Bibliografia

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Benda, Ernst; Eckart Klein. *Verfassungsprozessrecht*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2001.

⁹⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp.164-165.

⁹¹ Cf. Guha Krishnamurthi *et al*, “An Elementary Defense of Judicial Majoritarianism”, p. 34.

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

Cappelletti, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

Cooley, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Russel: Campinas, 2002.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. 5. ed. v. III. São Paulo: Malheiros, 2005.

Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: the moral Reading of the American's Constitution*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1996.

_____. "Law as interpretation", in *Texas Law Review*. v. 60:527. Austin: 1982.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. "Right as Trumps", in *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Enterría, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Hauriou, Maurice. *Principios de Derecho Publico y Constitucional*. Granada: Comares, 2003.

Korioth, Stefan; Klaus Schlaich. *Das Bundesverfassungsgericht*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2001.

Krishnamurthi, Guha; *et al.* "An Elementary Defense of Judicial Majoritarianism", in *Texas Law Review See Also*. v. 88:33. Austin: outubro/2009.

Leal, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

Mendes, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Mendes, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Miranda, Jorge. *Manual de Direito constitucional*. v. II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

Montesquieu. *O espírito das leis*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

Otero, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

Pestalozza, Christian. *Verfassungsprozessrecht*. 3. ed. München: C. H. Beck, 1991.

Piçarra, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio fundamental*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Sampaio, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

Sartori, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. v. II. São Paulo: Ática, 1994.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Silva, Virgílio Afonso da. “Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado”, in *Revista de Direito Administrativo*. v. 226. Rio de Janeiro: 2001.

Simon, Helmut. “La jurisdicción constitucional”, in *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

Stern, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. v. II. München: C. H. Beck, 1980.

Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Zagrebelsky, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1989.

Artigo recebido em 7 de agosto de 2012.

Artigo aceito para publicação em 11 de setembro de 2012.

