

O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal*

Carlos Luiz Strapazzon**

Resumo: A atividade jurisdicional deixou de ser uma atividade subordinada à vontade do Legislativo, de busca da *mens legis*, de mera atividade de *aplicação de leis*, e assumiu uma natureza *responsiva*, dotada de *ius imperi*, comprometida com a prestação *efetiva* de tutela jurisdicional, isto é, com a garantia de direitos de dignidade. Uma mutação decisiva na natureza da atividade jurisdicional parece estar ocorrendo: a mutação que pode ser chamada de *transição de juízes de direito* para a condição de *juízes constitucionais*. A jurisdição constitucional, tal como ela se apresenta atualmente, promove um nível mais avançado de controles entre os Poderes da República e de efetivação dos direitos sociais. O futuro da República é o futuro da separação de poderes, da afirmação de direitos fundamentais e da autenticidade da democracia constitucional; se a República Federativa do Brasil exigir reformas constitucionais, passará necessariamente por uma melhor compreensão desse fenômeno da *jurisdição constitucional*, pois por meio dela, sobretudo pelo modelo complexo, ampliado e acessível vigente no Brasil, pode-se descortinar um novo terreno para a ação cívica e para um novo sentido de *comunitas*, bem como para um mais aprimorado juízo de *bens públicos* e de como eles podem ser mantidos e ampliados pela atuação *responsiva* do Estado por meio dos tribunais.

Palavras-chave: Republicanismo. Responsividade. Supremo Tribunal Federal. Jurisdição Constitucional. Separação de poderes.

Abstract: The judicial activity is no more an activity subject to the will of the Legislative Power, the *mens legis*, it's nore a mere activity of law enforcement. It has, nowadays, a responsive nature, endowed with *ius imperi* committed to providing effective judicial protection, that is, with the guarantee of rights of dignity. A decisive change in the nature of judicial activity seems to be occurring: a mutation that can be called transition of *law judges* to the status of *constitutional judges*. The constitutional jurisdiction promotes a more advanced level of control between the three Powers and efective the fundamental rights. The future of the Republic is the future of separation of powers, the future of the affirmation of fundamental rights and the future of an authenticity of

* Trabalho apresentado, em sua primeira versão, no Simpósio “120 anos da República”. Universidade Federal de Pernambuco/Fundação Joaquim Nabuco. 27 e 28 de agosto de 2009, Recife, PE.

** Professor de Direito Constitucional e Ciência Política – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Doutorando em Direito Constitucional (UFSC).

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 64	out. 2009 – dez. 2009	p. 189-201
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

constitutional democracy; if the Federative Republic of Brazil requires constitutional reforms we will inevitably require a better understanding of the phenomenon of constitutional jurisdiction, for through it especially complex model, expanded and accessible as it exists in Brazil, we can discover a new way for civic action and a new sense of *communitas*, as well as a more refined judgement of public goods and how they can be maintained and enlarged by a responsive action by the State through the courts.

No século XVIII, em especial na França, o legítimo intérprete das leis não poderia ser o juiz. A cada delito que se apresentasse a um magistrado, seu papel seria realizar um perfeito silogismo *aplicador* da lei geral aos fatos para não “abrir as portas para a incerteza” (Becaria: 1984). Em nome da segurança jurídica e da preservação das liberdades contra o arbítrio, o magistrado deveria se abster de “consultar o espírito das leis”, coisa muito perigosa que tornaria o regime sujeito a uma torrente de opiniões pessoais que não melhorariam em nada a proteção aos direitos de liberdade.

Essa, aliás, é uma clássica *orientação política* anti-republicana para os magistrados. Ela foi primeiramente inscrita no Direito Romano, em sua fase imperial, quando se aniquilou o poder de interpretar dos Pretores (Batista da Silva, 2008). Reapareceu, a partir do século XII, por toda a Europa, quando o *Corpus Iuris Civilis* passou a ser entendido como a verdadeira “*ratio scripta*” (Wieacker, 1980:49). A convicção dos juristas medievais era que “no *Corpus Iuris*, a própria razão se convertera em palavra, em *ratio scripta*”, restando espaço apenas para a “interpretação objetiva” do texto quase sagrado. Dogma semelhante foi repetido por ocasião da criação do Código Civil de Napoleão. As leis – afirmou Jean Etienne Marie Portalis, autor do projeto, em seu famoso discurso de apresentação do *Code*, cujas lições atravessaram nações e séculos – as leis não são pura manifestação do poder, são antes atos de sabedoria, justiça e razão. Portalis entendia que é tarefa do magistrado, diante desse material legislativo deveria se compenetrar no espírito geral das leis, dirigir sua aplicação e jamais sua interpretação. Temendo, ainda, uma eventual substituição dos papéis do legislativo pelos magistrados do judiciário, o Código Civil de Napoleão, de 1804, em seu art. 5º, vedou expressamente aos juízes pronunciarem-se por meio de disposições gerais e regulamentares, isto é, proibiu expressamente os juízes de atuarem como legisladores, portanto, de politizarem sua função.

Contraopondo-se a essa postura tradicional que viu as funções jurisdicionais como devendo estar submetidas quer a um documento normativo quase sagrado ou a um poder legislativo soberano, surgiram, já no final do século XIX, e depois durante os anos 30 e 50, e novamente nos anos 80 e 90 do século XX, vários movimentos rebeldes amplamente politizadores da atividade jurisdicional, denominados genericamente pela teoria política do

direito como “ativismo judicial”. Dentre eles se destaca a decisão que instaurou o *judicial review* no sistema jurídico americano; trata-se da decisão da Corte Suprema (criada em 1788) sob a liderança do *Chief Justice* John Marshall, no famoso *case* Marbury Vs. Madison, de 1803; depois, essa jurisprudência que afirmou o poder dos juízes de avaliar criticamente a constitucionalidade de leis, transformando-os em atores legítimos para vetar decisões do poder legislativo foi teorizada pela doutrina de Hans Kelsen, durante a elaboração da Constituição Republicana Austríaca, de 1920, pela sua famosa doutrina piramidal da hierarquia normativa do direito e, depois ainda, reforçada pelo movimento do *realismo jurídico* (Leiter: 2002) dos EUA, nos anos 50, sob a liderança do *Chief Justice* Earl Warren, que apregoava que

sem o entrave de um tecnicismo exacerbado e sem dúvidas refinadas sobre os limites do poder judicial, a Suprema Corte é um verdadeiro centro de poder, que poderia, através de suas decisões constitucionais, forçar a mudança de rumos nos EUA, libertar forças sociais progressistas e melhorar a sorte do homem comum (Boechat Rodrigues: 1991, 40)

Nos anos 50, o ativismo judicial retornou com força nos EUA por ocasião da explosão dos conflitos por direitos civis; na Itália dos anos 70 foi anunciado, defendido e praticado pelo movimento da magistratura democrática italiana, e, em fins dos anos 60, produziu os elementos iniciais para o que ficou conhecido, em especial na América Latina, como *uso alternativo do direito*, com muitas variações pragmáticas que a matriz ideológica de esquerda permitiu. Atualmente seus defensores preferem usar epítetos menos ideologizados e mais voltados para os resultados da atuação judicial: daí a *doutrina da instrumentalidade do processo, da máxima efetividade dos direitos fundamentais, da efetividade constitucional*, entre outros.

O que importa destacar, a esta altura, é que a tese de Montesquieu, exposta no célebre Livro XI, Capítulo VI, d’*O Espírito das Leis*, formulada originalmente com o propósito de assegurar a defesa das liberdades individuais, segundo a qual, num regime de separação funcional dos poderes do Estado os juízes não podem ser mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem sequer moderar a força e o rigor da lei”, ganhou, já na primeira metade do século XX, antipatias em todo o mundo jurídico contemporâneo, por sugerir uma redução da importância política desse poder judiciário. A partir da segunda metade do século XX, com surgimento das Cortes Constitucionais européias, a tese de Montesquieu deixou de importunar. Suas considerações não fazem o menor sentido num ambiente em que passou a predominar uma mutação decisiva na natureza da atividade jurisdicional, mutação que pode ser chamada de *transição de juízes de direito* para a condição de *juízes constitucionais*.

Quem observar o que vem ocorrendo com a teoria e a prática dos processos judiciais nos últimos 30 ou 40 anos no Brasil notará que há, em evolução, uma tendência de superação do “modelo kafkiano” de processo judicial, isto é, um tipo de processação judicial no qual predominam as formas legais rígidas, morosas e irracionais, para dar lugar a um modelo mais eficaz que concentra nas mãos do juiz a gestão dos processos, a avaliação crítica das leis e um poder normativo de efeitos abrangentes.

Atualmente não só os tribunais superiores, mas todos 15.738 juízes brasileiros¹ (1.478 juízes federais, 3.145 juízes do trabalho e 11.108 juízes estaduais) podem exercer um controle crítico da qualidade constitucional do trabalho do poder legislativo municipal, estadual e federal. Os juízes federais, aliás, ganharam essa competência já com a primeira Constituição da República.

Mas as mudanças ocorridas na natureza da atividade jurisdicional não estão só no campo da maior autonomia judicial para conduzir os processos e dar-lhes mais agilidade, nem, tampouco nas robustas e bem conhecidas competências de crítica à qualidade do trabalho legislativo, que transformaram os juízes em importantes *veto players* do sistema político. O Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, passou a exercer uma crescente interferência em políticas públicas,² pois tem, a partir de 1988, o poder de declarar inconstitucionais até mesmo as omissões do Poder Legislativo. No limite, o STF pode até substituir uma omissão do Poder Legislativo, e fazer com que toda a sociedade respeite sua decisão. Essas decisões substitutivas têm efeitos típicos de lei, isto é, podem gerar vínculos de cumprimento obrigatório para toda a sociedade e para todos os níveis hierárquicos dos demais poderes. Isso, rigorosamente, é algo muito distinto da solução de um conflito judicial tradicional, cujos efeitos se restringem às partes envolvidas diretamente num processo.

¹ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2008: variáveis e indicadores do Poder Judiciário, junho de 2009.

² Distribuição obrigatória de medicamentos a pessoas hipossuficientes. A interpretação de norma programática não pode torná-la em promessa constitucional inseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RE 232.335-RS, Rel. Celso de Mello, e RE 271.286-RS. Rel. Celso de Mello. 12.09.2000. 2ª turma. Unânime)

O Brasil, no entanto, ainda é um país de inflação legislativa³, tem um Poder Executivo pouco decidido a enfrentar temas polêmicos e um Poder Legislativo muito mal avaliado pela sociedade, em razão do alto nível de clientelismo e corrupção. É inegável, por outro lado, que a Constituição da República, e suas emendas recentes, abriram o sistema político para uma crescente transferência de temas polêmicos da esfera política para a esfera do Poder Judiciário (Vallinder, 1995: p. 31; Ferrajoli, 2007: p. 131).

O ponto que merece atenção é saber em que medida as posturas conservadoras do judiciário e o cenário de crise no Legislativo, associados a uma nova concepção de Poder Judiciário na arena política serão capazes de afetar a essência do regime de *checks and balances* do regime republicano tradicional.

Se analisarmos o desempenho das Cortes Constitucionais que inspiram importantes votos dos atuais ministros do STF, como é o caso da Alemanha, Itália, Espanha, EUA, Canadá veremos que nesses países a atividade jurisdicional produziu uma nova conformação da esfera pública; esses não são apenas regimes com separação de poderes dotados de mecanismos de *checks and balances* e garantias individuais fundamentais, como formulado pela doutrina americana e recepcionado no Brasil desde a proclamação da República. Converteram-se, antes, em regimes que conferem ao órgão máximo de jurisdição Constitucional, no caso, as Cortes Constitucionais, competências *responsivas*.

Isso significa que as expectativas quanto à efetivação de direitos no campo dos novos direitos sociais e dos direitos de dignidade, antes vistas como meras expectativas políticas, portanto, como temas que deveriam compor a agenda dos partidos e dos parlamentos, tendem a se converter, agora, em *expectativas jurídicas vinculantes*, isto é, em verdadeiros direitos subjetivos que, por ações judiciais próprias, podem vincular a atuação dos outros dois poderes na linha da efetivação desses direitos fundamentais. Essas Cortes Constitucionais, assim, são mais do que *veto players*, são *positive political players*.

As inovações promovidas pela Constituição brasileira para ampliar o rol de legitimados a propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, as ações civis públicas em defesa de interesses difusos e coletivos, acrescidas de outros instrumentos elaborados pela jurisprudência da Suprema Corte, como o Mandado de Segurança que pode ser ajuizado por parlamentares para anular atos abusivos ou ilegais ocorridos durante o processo legislativo, as

³ Segundo a Comissão de Consolidação Legislativa da Câmara dos Deputados, existem mais de 177 mil leis estão em vigor e, posso afirmar, criamos, em 1988, uma Constituição que demanda 350 Leis reguladoras (43 Leis Complementares e 307 Leis Ordinárias).

Súmulas Vinculantes, o instituto da Repercussão Geral dos Recursos Extraordinário, a Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental e a Reclamação Constitucional são todos meios judiciais que dão vazão à composição de conflitos por novos meios, reforçaram o poder de aplicação de direitos constitucionais e atraem o interesse de segmentos minoritários que visualizam meios efetivos de assegurar a defesa de seus direitos.

O ponto que se abre à discussão é saber se essas novas competências constitucionais conferidas ao Poder Judiciário, e pelo modo como ele às exerce, estão a exigir reformas no atual regime constitucional, sobretudo nas relações entre os Poderes. Qual deveria ser o novo arranjo dos poderes da República para que essa nova forma de tutela jurisdicional não pareça simples *politização da justiça*, e, assim, invasão em território não compatível com a natureza de sua função judicante? No fundo, visto que a atividade jurisdicional deixou de ser uma atividade subordinada à vontade do Legislativo, de busca da *mens legis*, de mera atividade de *aplicação de leis*, e assumiu uma natureza *responsiva*, dotada de *ius imperi*, comprometida com a prestação *efetiva* de tutela jurisdicional, isto é, com a garantia de direitos de dignidade, diante disso é preciso perguntar se um novo arranjo constitucional precisa ser edificado para assegurar legitimidade política a essas novas ações (Ferrajoli: 2007, p. 316).

Esse é um novo importante desafio colocado ao atual modelo de relações entre os três poderes: a República que emerge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está assentada na premissa de que a Constituição é o maior bem público do estado de direito brasileiro. Defendê-la contra abusos de maiorias políticas circunstanciais e buscar os meios de efetivar os princípios dirigentes de políticas públicas nela inscritos é a vocação do Supremo Tribunal Federal. É seu dever.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado. A distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República. (RE 271.286-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello, 12.09.2000).

A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das

liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.” (ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-9-99, DJ de 12-4-02)

As mutações ocorridas no campo da tutela jurisdicional e que fazem dela algo ainda mais semelhante aos atos típicos de poder legislativo não são poucas. Recentemente, por ocasião das reformas no Código de Processo Civil, os juízes de primeiro grau passaram a ter o direito de dar efeitos abrangentes a suas decisões. Um juiz singular tem agora o direito de impedir a progressão de um recurso se sua sentença estiver em conformidade com uma súmula do STJ ou do STF⁴. Ele também tem o direito de proferir sentença *sem ouvir a parte contrária*, quando o ponto controvertido for unicamente de direito e no seu próprio juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos⁵. Isso significa que a solução de um litígio por um juiz singular pode, e deve, ser estendida a tantos outros casos semelhantes quanto existirem, impedindo-se, assim, a continuação dos processos. Ocorre que essa possibilidade de estender a todos os efeitos de uma decisão isolada nunca fora concebida como típica de juiz singular, mas de tribunais superiores ou de autoridade legislativa. Parece que estamos diante de um processo de *politização das funções jurisdicionais*.

O Judiciário, no entanto, não faz política da forma como o fazem o Executivo e o Legislativo. Ele não define a agenda das discussões de que participa, não pode eleger prioridades sociais para nelas se concentrar – ainda está sujeito ao princípio da inércia, da provocação pelas sociedades. Da mesma forma, não escolhe as partes que podem discutir seus interesses, e também não escolhe quais pedidos serão atendidos e em quanto tempo; por fim, o STF não pode resolver os conflitos com base, exclusivamente, em equidade ou ponderação de interesses. (Veríssimo, 2006: 15; Fiss: 13-14)

Esses juízes constitucionais, porém, apelam para valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública de justiça e razão pública (Rawls, John, 2000: 286-287). Eles se convertem em juízes políticos no sentido realçado por Posner (Posner, 2009) em relação aos *Chiefs Justices* da Suprema Corte Americana: eles incorporaram a seus votos um certo pragmatismo que leva em conta as consequências políticas de

⁴ Lei 9.756, de 17.12.1998 que deu nova redação ao Art. 518 do CPC.

⁵ Lei 11.277, de 2006 que acrescentou o art. 285-A ao CPC.

suas decisões. O Supremo Tribunal Federal, como todos os juizes competentes para aplicar a Constituição estão mais sensíveis à *responsividade* inerente às suas novas funções.

Na Reclamação nº. 4.219-SP, em voto-vista, o Min. Eros Grau afirmou que:

O direito é uma prudência, no âmbito da qual não se encontram respostas exatas, senão uma multiplicidade de respostas corretas. (...) A Constituição diz o que nós, juizes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em normas o texto escrito da Constituição... Nós, aqui neste Tribunal, nós produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivificamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuirmos na amplitude dos nossos juizes. (STF. Informativo 458. DJ n. 230, de 30/11/2007)

Celso de Mello, bem antes, já havia sentenciado que:

O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos Juizes e Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. Precedente. (RE-AgR 269579 / RS Rel.: Min. Celso de Mello. 26/09/2000. Segunda Turma)

Em quatro casos recentes, o dos crimes contra a Organização do Trabalho por redução de trabalhadores rurais a condição análoga à de escravo (STF. RE 398.041, Rel. Joaquim Barbosa, 30.11.2006), o da Prisão civil por dívida em face de tratados internacionais sobre direitos humanos (STF. RE 466.343, Rel. Cezar Peluso, 13.12.2008), o da greve dos servidores públicos em face da omissão legislativa do Congresso Nacional (STF. MI 670 466.343, Rel. Gilmar Mendes, 25.10.2007) e o da restrição dos efeitos das Medidas Provisórias editadas pelo Presidente da República em face do princípio da urgência e da autonomia dos poderes (STF. ADI 4.048-1, Rel. Gilmar Mendes, 14.05.2008), a Corte Suprema revela bem sua disposição de modificar precedentes, superar divergências com razões públicas consistentes e de maximizar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, da eficácia dos direitos constitucionais fundamentais e da separação e autonomia dos Poderes.⁶

⁶ O Supremo passou a aplicar o entendimento firmado nesta decisão a todos os demais que lhe foram submetidos: RE 499.143, sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; 507.110, sob a

A sujeição de trabalhadores rurais a um ambiente de trabalho degradante foi tipificada pela lei penal brasileira como crime contra a liberdade individual. Em decisão inédita, Recurso Extraordinário n. 398.041, de 2006, em que, pela primeira vez após 118 anos da abolição da escravatura, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre o tema do trabalho escravo, modificou a decisão do Poder Legislativo e reenquadrou o conceito desse crime. São agora qualificados como contrários à organização do trabalho e não contra a liberdade individual. Um dos importantes efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal foi transferir para o Ministério Público Federal a competência para fiscalizar essas práticas degradantes da condição humana. É decisão que alterou a orientação firmada pelo Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal também aboliu a prisão civil por dívida de depositário infiel, em nome da Convenção Americana de Direitos Humanos e passou a considerá-la, a partir das decisões do Recurso Extraordinário 466.343-SP, julgado em 13.12.2008, do Recurso Extraordinário 349.703-RS, e do Habeas Corpus 87.585-TO, julgado em 03.12.2008, como documento pertencente ao sistema constitucional, como parte do bloco de constitucionalidade brasileiro. Essa decisão colocou o sistema de direitos humanos internacionalmente reconhecido como parte do sistema constitucional brasileiro, dando novo *status* aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A omissão do Congresso Nacional em regular o direito de greve dos servidores públicos foi censurada pelo Supremo Tribunal Federal por várias vezes como omissão inconstitucional. Em todas elas, a Corte entendeu que o efeito de uma decisão em Mandado de Injunção seria apenas declarar a existência, ou não, de mora legislativa e notificar o Poder Legislativo para a edição de norma regulamentadora específica (MI 585, 2002; MI 485, 2002). A Corte chegou a sugerir, no MI 631, voto do Min. Carlos Velloso, que ela deveria aplicar a lei que disciplina os movimentos grevistas no setor privado (Lei 7.783/1989). Em ato original decidido no Mandado de Injunção 670-9, julgado em 25.10.2007, o direito de greve aos servidores públicos finalmente foi assegurado, pela aplicação, a eles, de todos os direitos já existentes para os trabalhadores do setor privado e previstos na lei geral de greve. Essa decisão foi a primeira em que o Supremo supriu uma lacuna de lei, portanto não aplicou lei alguma, não vetou lei do Legislativo, mas garantiu direitos constitucionais a uma classe de trabalhadores apesar da omissão do Legislativo em regular o assunto.

relatoria do ministro Gilmar Mendes e 508.717, sob a relatoria da ministra Carmen Lúcia. O próprio Min. Gilmar Mendes conheceu de recurso extraordinário e deu-lhe provimento a fim de declarar competente a Justiça Federal para julgar os crimes de redução de pessoa a condição análoga à de escravo, sob os fundamentos discutidos no RE n. 398.041 e analisados neste trabalho, ver RE 480138 / RR, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe-073, publicado em 24/04/2008.

Já na decisão proferida na ADI 4048-1-DF, de 14.05.2008, o STF restringiu, pela primeira vez, o poder de edição de Medidas Provisórias pelo Executivo. Os créditos abertos no orçamento da União, por Medida Provisória, para cobrir despesas correntes não foram aceitos como legítimos. Segundo a Corte, e contrariando o entendimento da Presidência da República, as medidas provisórias devem ser editadas em casos de relevância e urgência e a Corte entendeu que não havia urgência na abertura de crédito para atender a despesas normais da administração pública. Até então, entendia-se que era atribuição exclusiva do Poder Executivo realizar o juízo sobre quando ocorria essa relevância e urgência que dariam margem à edição de medidas provisórias. Essa orientação primeira, mais liberal em relação aos poderes do Executivo, sofreu novo revés muito recentemente. Com a decisão do Mandado de Segurança n. 27.931-1, julgado em 27 de março de 2009 ficou claro também que a não votação de Medida Provisória pelo Congresso Nacional não tranca toda a pauta daquele Poder Legislativo. Tranca somente a pauta das leis ordinárias.

A essas decisões poderíamos acrescentar, ainda, a ADI 3510-0, e decidiu pela constitucionalidade da pesquisa com células tronco, e a que julgou o MS 26.603-1, e decidiu pela obrigatoria fidelidade partidária. Todas elas são decisões com importantíssimos efeitos, a um só tempo teóricos e práticos para a agenda republicana e para uma nova concepção de relações entre os poderes da república.

À luz da complexidade do direito de nossos dias e dos princípios que o governam, flexibilidade e adaptabilidade não são defeitos que exigem correção, mas exigências verdadeiramente impostas pelas constituições. Há circunstâncias em que as normas legais, diante da necessidade, devem ser cuidadosamente trabalhadas para se adequarem à natureza do caso, para as personalidades e para as respectivas situações concretas, de tal modo a que se permita a aplicação dos princípios sem sacrifícios desarrazoados. Desse ponto de vista, as regras, com sua rigidez típica e com seu automatismo característico são, em si mesmas, inconstitucionais e, quando possível, devem dar lugar aos princípios. (Zagrebelsky, 2003: 647. Tradução livre)

Tudo se passa, no fundo, como se o Estado de Direito nada fosse além do que é a sua própria interpretação razoável pelo Poder Judiciário. (RE-AgR 269.579 / RS. Rel: Min. Celso de Mello. Julg: 26/09/2000).

O sistema constitucional atual não impede que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo inovem, inventem instituições, criem novos e originais direitos e deveres. Mas exige deles, um diálogo maduro e direto com o Supremo Tribunal Federal e com os juízes constitucionais sobre a razoabilidade, a adequação e a oportunidade de seus programas, iniciativas e omissões. A República do Brasil já não está sujeita aos quadrantes do Estado de Direito enquanto estado legislativo.

O princípio da legalidade ou da reserva legal requerem um Estado de leis e políticas públicas dotadas de legitimidade popular. O princípio da reserva legal proporcional criado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal empresta à República um quadro de valores bem mais abrangentes, que poderiam ser concebidos como os valores justos que precisam repercutir no conteúdo das leis e das políticas públicas.

Como guardião dessa concepção pública de justiça, o Supremo Tribunal Federal se investe na condição de instituição tipicamente republicana, porque guardiã dos mais importantes bens públicos.

Atuar como instrumento da Constituição e garante de sua supremacia na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte é (...) a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Alienação Fiduciária e Depositário Infiel. Acórdão em Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, Relator: Min. Cezar Peluso. 13.12.2008, Pleno, 2008. p. 7)

Já o Legislativo e o Executivo, claramente se vestem como as instituições tipicamente democráticas, porque comprometidas com os anseios de maiorias políticas circunstanciais.

Parece correto concluir, então, que o fortalecimento do papel político do Supremo Tribunal Federal permite compreender melhor os elementos republicanos e os democráticos que atuam na construção e administração da coisa pública.

A jurisdição constitucional, tal como ela se apresenta atualmente, promove não só um nível mais avançado de controles entre os Poderes da República. A jurisdição constitucional enquanto atividade de Estado é, rigorosamente, a atividade política que revela a dimensão republicana do debate e das ações políticas. Se o absolutismo europeu fez emergir a cultura constitucional em seu primeiro significado de estado legislativo dotado de separação de poderes e de direitos fundamentais, foi o federalismo americano que fez surgir o controle de constitucionalidade. Agora parece que uma avançada cultura de direitos fundamentais, de sociedade plural e cosmopolita é que está fazendo emergir uma nova jurisdição republicana.

[N]as Constituições fechadas, do modelo clássico, regidas e interpretadas pelo princípio da legalidade, afeiçãoadas ao normativismo positivista da escola Kelseniana, os (...) tribunais parecem concentrar-se não em direitos fundamentais, mas substancialmente na fiscalização constitucional da distribuição de competência entre os distintos Poderes

tanto no plano horizontal quanto vertical. Nas Constituições abertas, regidas pelo princípio da legitimidade, os tribunais constitucionais tomam em geral a feição de corpos político-jurídicos que se inclinam mais aos valores da sociedade e às garantias de proteção dos direitos fundamentais (Bonavides, 2004: 140).

O futuro da República é o futuro da separação de poderes, da afirmação de direitos fundamentais e da autenticidade da democracia constitucional; se a República Federativa do Brasil exigir reformas constitucionais, passará necessariamente por uma melhor compreensão desse fenômeno da *jurisdição constitucional*, pois por meio dela, sobretudo pelo modelo complexo, ampliado e acessível vigente no Brasil, pode-se descortinar um novo terreno para a ação cívica e para um novo sentido de *comunitas*, bem como para um mais aprimorado juízo de *bens públicos* e de como eles podem ser mantidos e ampliados pela atuação *responsiva* dos tribunais.

Referências

- BATISTA DA SILVA, Ovídio. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos013.html>>. Acesso em: 15 abr. 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene* éd. G. Francioni. In *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, v. I, Milan, Mediobanca, 1984.
- BERMAN, Harold. *Law and revolution*. The formation of the western legal tradition. Harvard University Press, 1983.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Estudos Avançados*, 18, (51), 2004.
- BRIAN, Leiter. *American legal realism*. University of Texas Legal School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper, n. 42, 2002.
- DAHL, Robert. Poliarquia. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 1997
- EASTON, David. Esquema para el análisis político. 2. ed. Trad. Aníbal C. Leal. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè Ed., v. 43. n. 1, p. 290-304, 1966.
- _____. *Principia Iuris*. Teoria do direito e da democracia. Bari (Italia): Laterza, 2007. 1016 p. (Parte 1, 2 e 3).
- FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, 1979.
- LEITER, Brian. *American legal realism, U of Texas Law, Public Law Research Paper*, n. 42, 2002.
- LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- MOMMSEN Theodor. *Le droit public romain*. Trad. Gustave Humbert. Paris : Diffusion de Bocard, 1984, T. I. 535 p.

- MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat. O espírito das leis. Trad. Fernando H. Cardoso. Ed. Abril Cultural, 1998.
- PEDRETE, Leonardo Amaral. Perfil da magistratura no Brasil: 1995-2005. CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade Iuperj, [s. d.].
- PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PORTALIS, Jean Etienne Marie. (1801) *Discours préliminaire du premier projet de code civil*. Bordeaux, France : Éditions Confluences, 2004. Collection: voix de la Cité.
- POSNER, Richard A. How judges think. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- RAWLS, John. Liberalismo político. Trad. Dinha de Abreu Azevedo; Rev. Álvaro de Vita. 2.ª ed. São Paulo (SP): Editora Ática, 2000
- RENOUX, Thierry S. *Dominique Rousseau: sur le Conseil Constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc3/ccc3liv.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2008.
- RODRIGUES, Leda Boechat. A corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.
- SADEK, M.T.; ARANTES, R. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. Revista USP. Dossiê Judiciário, mar./abr./mai. 1994; IDESP. A crise do Judiciário vista pelos juízes. São Paulo, 1994.
- TATE C., Neil. *Comparative Judicial Politics*. International Political Science Association. Committee on Concepts and Methods. Working Paper Series., mar. 2007.
- VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. New York : New York University. 1995.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder Judiciário como poder político no século XXI. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 65, n. 1, out./dez. 1999.
- VERISSIMO, Marcos Paulo. A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988. 2006. 264 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Usp, São Paulo, 2006.
- WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. Antonio M. Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an italian point of view. International Journal Of Constitutional Law, Oxford, v. 1, n. 4, p. 621-650, abr. 2003. Quadrimestral.