
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA TEORIA CONSTITUCIONAL DE KLAUS SCHLAICH E DIETER GRIMM

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN KLAUS SCHLAICH AND DIETER GRIMM CONSTITUCIONAL THEORY

Farlei Martins Riccio de Oliveira

Doutorando em Direito do Estado (PUC-Rio). Professor da Universidade Candido Mendes – Centro e da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado da União em exercício na Procuradoria Regional da União no Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: Introdução; 1 O pensamento de Klaus Schlaich; 2 O pensamento de Dieter Grimm; 3 Síntese dos fundamentos teóricos; 4 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo sintetiza e compara o pensamento de Klaus Schlaich e Dieter Grimm sobre o problema da judicialização da política no contexto do direito constitucional alemão. Em linhas gerais, os dois autores defendem uma “prudência” ou a adoção de um “termo médio” do Tribunal Constitucional no exercício de sua função de controle de constitucionalidade das leis, sob pena de incorrerem os juízes num ativismo voluntarista incompatível com o Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Política. Tribunal Constitucional. Klaus Schlaich. Dieter Grimm.

ABSTRACT: This article summarizes and compares the thought of Klaus Schlaich and Dieter Grimm on the issue of judicialization of politics in the context of German constitutional law. In general, both authors argue for a caution or a “middle ground” of the Constitutional Court in exercising its function to control the constitutionality of laws, on pain of incurring the judges in a proactive activism incompatible with the rule of law.

KEYWORDS: Judicialization. Policy. Constitutional Court. Klaus Schlaich. Dieter Grimm.

INTRODUÇÃO

A “judicialização da política” ou “politização da justiça” são expressões correlatas que indicam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.¹

Segundo Débora A. Maciel e Andrei Koerner, a expressão passou a ser objeto de estudo da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tale e T. Vallinder (*The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995), em que foram formuladas linhas de análise comum para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países.² Segundo esses autores, judicializar a política significa valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balances. Essa forma de judicialização é denominada “*from without*”. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). Essa forma de judicialização é denominada “*from within*”.³

Nesse sentido, a ideia de judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dimensão, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão. Daí que a ideia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.⁴

Descobriram ainda esses autores algumas condições favoráveis à judicialização da política: ambiente democrático; separação de poderes;

1 As expressões foram inicialmente utilizadas por Carl Schmitt por ocasião de sua crítica ao controle de constitucionalidade de feição política. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tornos, 1998

2 Sentidos da Judicialização da política: duas análises. *Revista Lua Nova*, nº 57, 2002, p. 114.

3 Op. cit. p. 114.

4 Sobre a análise empírica da problemática em questão pela ciência política, consultem-se, por todos, Andrei koerner. Instituições, decisão judicial e análise de pensamento jurídico: o debate norte-americano. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. São Paulo, nº 63, pp. 61-87, 1º sem. 2007; M. F. Castro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, vol. 12, nº 34, jul. 1997; L. Werneck Vianna. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

existência de direitos políticos formalmente reconhecidos; uso dos tribunais pelos grupos de interesse e pela oposição e inefetividade das instituições majoritárias.⁵

No campo do direito, e especialmente do direito constitucional, a problemática da judicialização da política, que tem no ativismo voluntarista dos juízes uma de suas características, possui uma relação direta com o estatuto dos direitos fundamentais; com a superação do modelo clássico de separação de poderes do Estado; na concepção normativa de Constituição,⁶ e, principalmente, na legitimidade democrática da jurisdição constitucional.⁷

No direito constitucional brasileiro, a doutrina das questões políticas não é recente, tendo chegado inclusive ao Supremo Tribunal Federal com o famoso e polêmico julgamento do HC nº 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1898.⁸ A partir desse precedente inaugural, o STF passou a alternar momentos de maior e menor ativismo judicial não afastando o controle das medidas políticas desde que houvesse violação a direitos assegurados pela Constituição.^{9 10}

Contudo, o ano de 2007 marca uma retomada do ativismo voluntarista do STF de maior proporção e importância, tendo em conta a repercussão na opinião pública das decisões sobre fidelidade partidária,¹¹

5 Cf. Ernani Rodrigues de Carvalho. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, nº 23, pp. 115-126, nov. 2004.

6 Consulte-se, por todos, Konrad Hesse. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991; Maurizio Fioravanti. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

7 Sobre esses aspectos, consulte-se Gilberto Bercovici. Constituição e política: uma relação difícil. *Revista Lua Nova*, nº 61, 2004, e Renato Stanzola Vieira. Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

8 Conforme relata o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MS nº 26.915-2007: “Os célebres ensinamentos de Rui Barbosa influenciaram decisivamente a formulação do art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, precedente remoto do atual art. 5º, XXV, da Constituição de 1988 (A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (Constituição de 1946, art. 141, § 4º). Observe-se que o texto de 1988 inova ao garantir o acesso à justiça também no caso de ameaça a direito. A intenção do constituinte de 1946 era romper com a ordem constitucional conformada pela Constituição Polaca (de 1937), que prescrevia em seu art. 94 ser vedado ao Poder Judiciário conhecer de questão exclusivamente política (O art. 94 da Constituição de 1937 repetia o teor do art. 68 da Constituição de 1934: É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas).”

9 No mesmo sentido, Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 286-293.

10 Sobre os vários critérios formulados pela doutrina brasileira e comparada para diferenciar ato político e ato administrativo, consulte-se, por todos, Odete Medauar. *Atto de Governo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 191:67-85, jan./mar. 1993.

11 MS nº 26.602-DF, rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603, rel. Min. Carmén Lúcia; MS nº 26.604, rel. Min. Celso de Mello, todos julgados em 04.10.2007.

direito de greve no serviço público,¹² direito à aposentadoria especial,¹³ entre outras. Reflexo dessa repercussão foram as críticas encetadas por alguns cientistas políticos como Wanderley Guilherme dos Santos¹⁴ e Fábio Wanderley Reis,¹⁵ que viram nesse avanço ativista do Tribunal uma clara afronta ao princípio democrático e à separação de poderes.

Assim, com o objetivo de contribuir para a busca de um maior entendimento sobre esse importante fenômeno da teoria política, social e constitucional, este artigo pretende sintetizar e comparar o pensamento de Klaus Schlaich e Dieter Grimm, que empreenderam a difícil tarefa de conciliar a função judicial com a função política em um mesmo órgão de jurisdição.¹⁶

1 O PENSAMENTO DE KLAUS SCHLAICH

Em obra coletiva publicada inicialmente em 1982, *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux*, e organizada por Louis Favoreu,¹⁷ o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Bonn, Klaus Schlaich, afirma que um Tribunal Constitucional que tenha uma ampla competência quanto ao controle de normas não poderá escapar da crítica de que invade o campo da legislação, não somente no controle direto de constitucionalidade, como também da omissão da norma.¹⁸

Para Schlaich duas questões parecem centrais nesse tema: a) um Tribunal Constitucional que se ocupa permanentemente do controle do legislador corre o risco de não se contentar com o controle da lei como resultado do procedimento legislativo, e incluir cada vez mais em seu exame o processo pelo qual o Parlamento prepara a decisão; b) cada vez em maior medida, a relação dos Tribunais (todos os tribunais) com o legislador é valorada em relação com a ideia de “compensação”.

12 MI nº 712-PA, 07.06.2006, rel. Min Eros Grau; MI nº 670-ES, 07.06.2006, rel. Min. Mauricio Correa e MI nº 708-DF, 24.05.2007, rel. Min. Gilmar Mendes.

13 MI nº 721-DF, 30.08.2007, rel. Min. Marco Aurélio.

14 *O Supremo e as linhas tortas da democracia*. In: Valor Econômico. São Paulo: Sep. 14, 2007; *Arrogância, usurpação e tirania no Supremo*. Valor Econômico. São Paulo: Oct. 11, 2007; *A política de facção do Poder Judiciário*. In: Valor Econômico. São Paulo: Oct. 26, 2007; *Cientista político propõe reforma alternativa*. Valor Econômico. São Paulo: Nov. 30, 2007.

15 *STF, ganhos e maus sinais*. Valor Econômico. São Paulo: Oct. 8, 2007.

16 Sobre o debate da judicialização da política no direito espanhol, consulte-se Alejandro Nieto. *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta, 2005.

17 Traduzido para o espanhol por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, *Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

18 op. cit., p. 224-225.

Sobre a primeira questão, Schlaich pondera que o princípio deve ser o de que, por ocasião do controle de normas, o objeto do controle é essencialmente a lei enquanto resultado do procedimento parlamentar, e não a argumentação ou qualquer outro procedimento ou comportamento do legislador na elaboração da norma. Acerca desse fato, argumenta que é difícil para o Tribunal Constitucional constatar se o legislador se expressou de forma correta e não ser extraído da Constituição um dever geral em favor de uma metodologia ótima do legislador.

Segundo Schlaich, o titular de um mandato eletivo não é um funcionário; a legislação não é a administração. O controle de normas pelo Tribunal Constitucional não deve limitar o legislador até o ponto que reduza completamente as características próprias da atividade parlamentar. Em todo caso, o procedimento parlamentar corresponde a uma discussão aberta, e nesse caso, contraditória; corresponde a uma abertura ao público, que às vezes implica revelações; corresponde ao contato com a opinião pública, que pode degenerar em simples dependência.¹⁹

Quanto ao segundo aspecto a ser considerado, Schlaich afirma que não se pode contestar os seguintes fatos: a transformação da lei, de regra geral e abstrata, expressão de uma ideia de justiça, em meio de organizar a sociedade segundo objetivos políticos; a grande necessidade de uma regulação jurídica nas sociedades industriais modernas cuja complexidade exige regulamentações amplas no campo econômico e social; as deficiências que oferece o procedimento parlamentar. Esses fatos propiciam uma compensação, uma substituição, uma correção, um alargamento, um contrapeso pelo direito pretoriano.

Analisando o contexto específico da jurisdição constitucional alemã, Schlaich afirma que a posição do Tribunal Constitucional, que às vezes o obriga a assumir a direção do Estado, contribui, certamente, para compensar a profunda falta de tradições democráticas e parlamentares na Alemanha. Sem embargo, por respeito à ordem constitucional de competências, o Tribunal não deve se contentar com a ideia de compensação. A compensação não cria a competência; cria uma competência de urgência cujo primeiro e permanente dever é fazê-la supérflua.

Desse modo, afirma o autor que:

Um Tribunal Constitucional, inclinado a decidir os rumos políticos do Estado, pode precipitar ainda mais a 'fuga do legislador de

19 op. cit., p. 226-227.

suas responsabilidades'. A compensação de funções parlamentares por órgãos não parlamentares pode impedir a formação das capacidades parlamentares necessárias. Se uma decisão do Tribunal Constitucional praticamente retira do debate políticos as possibilidades de modificação dos grandes projetos legislativos, apreensíveis também de maneira plebiscitárias através das eleições, o resultado destas perde em grande medida seu caráter decisivo. A oposição pode esperar fazer fracassar uma lei com a ajuda do Tribunal Constitucional (já atualmente esta possibilidade assenta com frequência seu comportamento durante o procedimento legislativo), logrando com isso compensar sua posição minoritária no Senado (do mesmo modo que utiliza a Câmara), sem que esse nível de influência venha cercado por um pronunciamento do eleitorado para constituí-la em maioria. A maioria eleita, por sua parte, com a declaração de inconstitucionalidade se vê liberada da responsabilidade da causa de suas leis, sem tornar-se intolerável para o eleitor a causa de ditas leis.²⁰

Por fim, Schlaich faz a advertência de que sua opinião não deve ser interpretada como uma recomendação ao Tribunal Constitucional para que adote uma “posição mais cautelosa” na constatação de inconstitucionalidade de uma lei, já que se trata, no final das contas, de uma interpretação da Constituição que incumbe ao Tribunal. Mas que o Tribunal, mais amiúde, ao decidir pela cassação das leis, faça o reenvio da lei ao legislador, e não se utilize tão frequentemente das formas intermédias de decisão. Desse modo, o legislador seria mais claramente responsável por seus projetos de lei e o Tribunal se subtrairia o menos possível ao debate político:

a ideia de compensar as deficiências do procedimento parlamentar mediante intervenções do Tribunal Constitucional pode ter como efeito que as deficiências sejam aceitas rapidamente como inevitáveis, e que cada dia se reforce mais. Se trata de algo que o Tribunal deve evitar. Sem embargo, ao mesmo tempo não pode esquecer sua missão de dotar de plena eficácia a Constituição.²¹

Assim, a advertência final que Schlaich dirige ao Tribunal Constitucional alemão sobre a judicialização da política é de se adotar um “termo médio” na questão da judicialização da política.

20 op. cit., p. 228-229.

21 op. cit., p. 229.

2 O PENSAMENTO DE DIETER GRIMM

A teoria do Estado democrático de direito, de Konrad Hesse, encontrou na jurisprudência e obra de Dieter Grimm seu maior desenvolvimento.²² Duas obras de Grimm contribuíram decisivamente para a análise da intrincada relação do direito com a política: *Die Zukunft der Verfassung* (1991), com tradução para o espanhol *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales* (Madrid: Trotta, 2006) e *Die Verfassung und die Politik*, com tradução para o português *Constituição e Política* (Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

Para Grimm, a relação entre direito e política encontra-se decisivamente cunhada pela positivação do direito. Essa positivação foi fruto de um processo histórico no qual a validade do direito deixa de ser transcendente (tradição imemorial e na instituição divina) e passa a ser decisionista.²³ Nesse processo, ora o direito tornava-se factível e podia ser instituído como instrumento para fins políticos, ora a política se situava acima do direito e lhe conferia conteúdo e validade.²⁴ Somente com a instauração da ordem burguesa e com o advento do constitucionalismo, a pretendida limitação da disposição política sobre o direito pôde ser alcançada.

Todavia, alerta o autor para o fato de que a Constituição não pode realizar uma total “juridicização da política”. A Constituição não elimina a política, mas sim coloca uma moldura nela. A política completamente juridicizada perderia seu caráter político, ficando restrita somente à administração. A regulamentação da política pelo direito constitucional também está limitada. A Constituição estabelece condições para as decisões políticas, mas não se pode normatizar antecipadamente o conteúdo do processo decisório.²⁵

Sob essas condições, não é mais possível uma separação entre direito e política no âmbito da legislação. Em contrapartida, tal separação é perfeitamente possível no âmbito da aplicação e interpretação do direito:

Assim, embora a política programe a aplicação do direito por meio da promulgação de normas gerais, a interpretação e a aplicação

22 Grimm foi, durante doze anos (1987-1999), Juiz da Primeira Sala – chamada Sala dos direitos fundamentais – do Tribunal Constitucional Federal, tendo sucedido Konrad Hesse (1975-1987). A partir de 2000 passou a exercer o reitorado da Wissenschaftskolleg de Berlim.

23 *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 3-4.

24 op. cit., p. 8.

25 *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, p. 32-33.

das normas no caso concreto subtraem sua influência. Ela não pode nem assumir nem guiar a aplicação do direito por meio de instruções individuais. Da mesma forma, aspectos políticos que não estejam expressos no programa de normas são irrelevantes para a interpretação e aplicação do direito. Se uma lei for deliberada politicamente e entrar em vigor, conseqüentemente ela se torna independente de sua origem política e ganha uma existência autônoma. Embora a política continue a dispor de sua existência – ela pode revogá-la ou modificá-la –, sua aplicação foge ao controle enquanto a política deixar que ela exista.²⁶

Isso não significa dizer que a separação entre direito e política no âmbito da aplicação judicial do direito também seja inteiramente apolítico, ou seja, não deixe espaço para nenhum tipo de decisão constitutiva ou não possa desenvolver nenhum efeito político que ultrapasse o efeito político das normas gerais. A dimensão da determinação de todos os fatos depende de vários fatores, em especial da densidade de regulamentação, da idade das normas jurídicas e da dinâmica do objeto de regulamentação.²⁷ São inevitáveis também influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas e ideológicas dos juízes.²⁸

Por outro lado, Grimm ressalta o regresso da constituição empírica como fator de adensamento da política na interpretação constitucional exatamente quando a constituição jurídica não se impõe na realidade social ou produz efeitos distintos do esperado.²⁹

26 *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

27 *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 199-209.

28 *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

29 *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, p. 28. Grimm afirma que o conceito de constituição foi inicialmente um conceito empírico que passou do âmbito da descrição da natureza ao da linguagem jurídico-político para designar a situação de um país, a forma que este foi configurado mediante as características de seu território e habitantes, sua evolução histórica e as relações de poder nele existentes, suas normas jurídicas e instituições políticas. Assim, com o esforço por limitar o poder do Estado em favor da liberdade dos súditos, que penetrou desde meados do século XVIII na doutrina do direito natural, se estreitou progressivamente o conceito de constituição, eliminando-se gradualmente os elementos não normativos até que a constituição apareceu unicamente como a situação determinada pelo direito público. Somente com as revoluções liberais do final do século XVIII, abolindo com a força decorrente da soberania hereditária e erigindo uma nova sobre a base da planificação racional e a determinação escrita do direito, se consumou a transição de um conceito de ser a um de dever ser. Desde então a constituição se identificou com o conjunto de normas que regula de modo fundamental a organização e o exercício do poder estatal, assim como as relações entre Estado e sociedade. Para Grimm esse sentido normativo do conceito de constituição tem prevalecido até hoje, ressaltando, contudo,

No entanto, quanto à jurisdição constitucional, salienta Grimm que esta parece se constituir em um caso especial. Embora ela também seja institucionalmente parte do Poder Judiciário e, como este, protegida constitucionalmente contra influência política, devido a seu objeto de regulamentação e seu critério de decisão, ela se encontra muito mais perto da política do que os demais. As normas constitucionais são muito mais lacunares do que o direito infraconstitucional. Isso abre margens maiores de interpretação e exige processos de concretização mais abertos. Nessas circunstâncias, a jurisdição constitucional opera na interface de legislação e aplicação do direito, direito e política. Nesse ponto reside, segundo Grimm, “um perigo não insignificante de decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça”.³⁰

Disso sofre a separação entre direito e política, pois a aplicação do direito torna-se forçosamente o seu próprio criador de normas. Por outro lado, os critérios de hermenêutica constitucional, tais como as sentenças de interpretação conforme ou de adequação à Constituição, têm caracterizado o juiz constitucional como verdadeiro legislador positivo, seja para suprimir, aditar ou até mesmo para substituir normas jurídicas nos textos submetidos a sua avaliação.

Conclui Grimm:

Dessa maneira, ela se transforma em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação. Então, a decisão política migra para onde não tem que ser responsabilizada politicamente, enquanto que à responsabilidade política não corresponde mais nenhuma possibilidade decisória. Nesse ponto, no nível da aplicação do direito paira a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais do direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje.³¹

Note-se, portanto, que Grimm percebe a judicialização da política na aplicação e interpretação da Constituição como uma questão perturbadora que pode enfraquecer os nexos de responsabilidade democrática e da separação de poderes.

que o antigo conceito empírico de modo algum restou obsoleto e ocorre regressar em forma de “fator interpretativo” quando a constituição jurídica não se impõe na realidade social ou produz efeitos distintos do esperado. Em tais circunstâncias, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2240, contra a Lei nº 7.619/2000 do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, revela o retorno da constituição empírica de que fala Grimm.

30 *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16-17.

31 *op. cit.*, p. 20.

3 SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Nos Estados democráticos de direito, cabe à Corte Constitucional o pronunciamento final sobre a vontade legislativa, uma vez que suas decisões não estão sujeitas a nenhum controle democrático posterior. Como visto, é exatamente nesse ponto que se situa a advertência de Klaus Schlaich e Dieter Grimm sobre um risco democrático da atuação das Cortes Constitucionais, notadamente quanto à judicialização da política em suas decisões.³²

Pela análise do pensamento desses autores alemães percebe-se a ideia de uma “preocupação” com o ativismo judicial. Contudo, isso não significa que os referidos autores sejam adeptos da doutrina originalista que busca limitar o papel do intérprete da Constituição à busca da intenção original dos elaboradores da Constituição.³³ Parece que os autores estão mais vinculados à tese de John Hart Ely (*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*) e Jürgen Habermas (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*) de autocontenção judicial (*judicial self-restraint*). Segundo essa teoria, a atuação da jurisdição constitucional deve cingir-se à defesa da lisura do procedimento democrático.³⁴

A experiência da jurisdição constitucional canadense também parece ser muito próxima dessa tese com o seu *weak judicial review*, onde no controle de constitucionalidade das leis, o Tribunal Constitucional se articula política e institucionalmente com o Poder Legislativo.³⁵ Vale

32 Gustavo Zagrebelsky também revela a necessidade de uma atuação “modesta”, “não agressiva” da justiça constitucional, que reconheça uma primazia ao legislador democrático, como intérprete autêntico das concepções éticas e políticas da comunidade e insiste sobre o necessário self-restraint das Cortes e sobre a necessária ética de suas consequências. Cf. Jueces Constitucionales. In: Miguel Carbonell. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 91-104.

33 Segundo Gustavo Binenbojm, embora antiga, a doutrina originalista foi reavivada na década de oitenta na América, chegando a alçar um de seus ideólogos – William Rehnquist – à presidência da Suprema Corte. Cf. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53-54.

34 A corrente doutrinária adepta de um maior ativismo judicial tem em Ronald Dworkin e John Rawls os seus maiores representantes. Esses autores partem da fundamentação moral e universal dos direitos fundamentais e veem no constitucionalismo e no judicial review a garantia da sua indisponibilidade em face de maiorias legislativas eventuais. A leitura moral da constituição e a hermenêutica baseada em argumentos de princípios constituem um esforço dos autores para legitimar o papel político decisivo na afirmação dos direitos individuais e na proteção das minorias. Representativo dessa teoria foi a atuação da Suprema Corte Norte-Americana sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) e Warren Burger (1969-1986). Cf. Gustavo Binenbojm. Op. cit., p. 53. Sobre as diversas correntes doutrinárias interpretativas da Constituição, consulte-se Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

35 Decisões recentes da Suprema Corte. Beverley McLachlin. Valor Econômico. São Paulo: Nov. 22, 2007.

destacar que essa experiência canadense remete ao debate travado entre Mark Tushnet, Lawrence Tribe e Jeremy Waldron no ano de 2005.³⁶

4 CONCLUSÃO

O ativismo voluntarista do Supremo Tribunal Federal no ano de 2007 revelou uma tendência de judicialização da política diferente dos anos anteriores. Decisões importantes foram firmadas pelos Ministros, especialmente no controle de constitucionalidade por omissão, abrindo, dessa forma, a possibilidade de críticas e inserindo no direito brasileiro o debate originado nos Estados Unidos da América e Europa sobre os limites e legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

As contribuições de Klaus Schlaich e Dieter Grimm são importantes nesse contexto, pois evidenciam a experiência do direito constitucional alemão e de sua jurisprudência, fonte segura da teoria constitucional contemporânea. A advertência dos dois autores alemães para uma maior autocontenção (*self-restraint* ou *weak judicial review*) do Tribunal Constitucional parece apropriada para o Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, as importantes inovações da Lei n° 9.868/1999, especialmente a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27), bem como a mudança de orientação da Corte Constitucional brasileira quanto ao alcance das declarações de inconstitucionalidade por omissão, precisam ser compensadas por uma maior participação pluralista e deliberativa da sociedade na hermenêutica constitucional pela via do *amicus curiae* (art. 7°, § 2°).

36 Veja o debate em: <<http://www.dissentmagazine.org>>. Segundo José Ribas Vieira, Tushnet abre o debate de forma radical propondo uma emenda constitucional nos Estados Unidos vedando qualquer juiz norte-americano pronunciar-se a respeito de matéria de constitucionalidade. Esse constitucionalista americano defende que tal missão institucional caberia ao Legislativo. Relata, mas não está de acordo, com a experiência canadense de weak judicial review no qual há uma cooperação entre o Judiciário e o Legislativo. Jeremy Waldron responde que a proposta de Tushnet de acabar com o judicial review é tentadora. Ele está realmente seduzido por ela. Contudo, ele opta pela experiência britânica em que um juiz diante de uma matéria inconstitucional pode apenas apresentar uma declaração de incompatibilidade. Cabe, assim, à Câmara dos Lordes a tarefa final do questionamento de inconstitucionalidade. Tushnet rebate esse argumento lembrando que tanto no Canadá como na Austrália o denominado weak judicial review não funciona de forma adequada. In <http://supremoemdebate.blogspot.com>