

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Monica Herman Salem Caggiano; Sebastião Sérgio Da Silveira; Vivian de Almeida Gregori Torres - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-401-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

As pesquisas relatadas nesta obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Constituição e Democracia II, no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, sediado em Brasília, sobre o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos narrados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1. “PRERROGATIVA DE ESCOLHA E FUNÇÃO: PERSPECTIVAS SOBRE O FORO PRIVILEGIADO E A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO STF”, de autoria de Leonardo Barcellos Lopes e Maria Fernanda Miranda Lyra. O trabalho trata da importância de uma análise conjunta sobre a proposta de emenda constitucional que restringiria o foro por prerrogativa de função e a nova interpretação sugerida no âmbito do Supremo Tribunal Federal para essa matéria, somadas a um possível novo modelo de indicação e nomeação de Ministros da Corte. Considerando o princípio da separação de poderes, argumentaram que o momento é oportuno para reformar e emprestar ainda mais credibilidade às decisões da Corte, notadamente na fase em que se encontra, atuando como verdadeiro protagonista da cena política nacional.

2. “PODER CONSTITUINTE DECORRENTE E REPARTIÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE COMPETÊNCIAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO”, tendo por autores Camilo Plaisant Carneiro e Raisal Duarte Da Silva Ribeiro, a pesquisa objetiva conceituar o Poder Constituinte, explicando suas derivações e aplicação prática desta espécie de Poder em relação aos Estados que compõem a Federação brasileira. Através de pesquisa bibliográfica e legislativa buscam explicar a repartição político-administrativa de competências, observando se há efetivo respeito ao princípio da simetria no Estado brasileiro. São analisadas as Constituições dos Estados brasileiros em busca de respostas à pergunta: os Estados apenas repetem a Constituição Federal ou inovam em seus textos constitucionais.

3. “O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS NA SOCIEDADE MULTICÊNTRICA”, artigo apresentado por Elis Betete Serrano e Juvêncio Borges Silva, que exploram o método proposto pelo Professor Marcelo Neve quanto ao transconstitucionalismo, focado na sua relação com os direitos coletivos na sociedade multicêntrica. Demonstram que o método tem crescente importância devido à ausência de maneiras para resolução de atribuições entre ordens jurídicas conflitantes, buscando arquitetar o modo de relação entre essas ao invocar um diálogo e um conseqüente entrelaçamento de sapiências ao desenvolver meios de aprendizado recíproco, ressaltando a importância da consideração de direitos fundamentais, em especial os de natureza coletiva. Ao final, demonstram alguns efeitos práticos da utilização do transconstitucionalismo para impulsionar os direitos coletivos.

4. “O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE”, de autoria de Diego Lenzi Reyes Romero e Alexandra Barbosa Campos de Araujo. Os autores apresentam a reflexão no sentido de que no Estado Social, o poder público é responsável por concretizar direitos fundamentais, tendo por foco o bem-estar, sendo que a igualdade é princípio norteador dos serviços públicos, os quais são regidos pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e da universalidade. No caso, esse último indica que o serviço público deve ser acessível por todos, indistintamente, e adequado, para, assim, efetivar a garantia fundamental prevista legalmente. Observam que a igualdade, no enfoque da pesquisa, é a material, segundo a qual é possível se aplicar um fator de discriminação de modo a garantir que todos os que são efetivamente necessitados, tenham acesso a um serviço público adequado e eficiente.

5. “O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR DIANTE DA APATIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA E OS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CIDADANIA”, artigo apresentado por Roberta de Miranda

Castellani e Anna Christina Zenkner, O estudo tem por objetivo analisar o problema político contemporâneo no Brasil, sob o enfoque do termo “cidadão” e sua concepção através da evolução histórica, até o conceito contemporâneo como “cidadão soberano”. As autoras focam no princípio constitucional da soberania do povo e o meio pelo qual é efetivado. Analisam o termo “Democracia” e seu real significado. Evidenciam, ao final, uma “apatia” política presente na sociedade brasileira, argumentando que o combate à apatia política deve ser feito para que essa barreira cultural política seja rompida e assim nasça um cidadão com senso crítico próprio e não apenas uma superficialidade de informações recebidas por veículos de comunicação.

6. “FINANCIAMENTO ELEITORAL E DEMOCRACIA – UM ESTUDO SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650”, de autoria de Renan Luiz dos Santos da Silva e Anna Paula Oliveira Mendes. O trabalho analisa o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz da problemática que envolve o financiamento de campanhas eleitorais. Os autores inicialmente discutem os modelos de financiamento de campanhas eleitorais, sequencialmente empreendem uma análise do tema sob uma perspectiva de direito comparado e, por final, estabelecem uma crítica da decisão da Suprema Corte, sob a perspectiva das questões políticas e implicações sociais do julgamento na realidade prática da vida política do país.

7. “PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EVOLUÇÃO E CRÍTICAS”, temática apresentada por Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva e Gina Gouveia Pires de Castro. O estudo analisa o Princípio da Legalidade e a Separação dos Poderes, apresentando um histórico da Legalidade no mundo e no Brasil e, ao final, fazem algumas críticas ao primeiro e a forma, como este, vem sendo conduzido na atualidade.

8. “A RESERVA DE INICIATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS AUTORIZATIVAS”, artigo apresentado por Guilherme Aparecido da Rocha e Daniel Barile da Silveira. O trabalho tem como objeto as leis autorizativas, expediente utilizado por legisladores em relação às matérias cuja iniciativa foi reservada ao chefe do Poder Executivo. Os autores objetivam identificar por que elas são utilizadas, tendo em vista que a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, as classifica como inconstitucionais. Secundariamente, revisitam a tese de inocuidade, que tem amparado a existência das leis autorizativas. A pesquisa tem natureza compreensivo-analítica, pois visa reconstruir elementos de espécies legais oriundas da década de 30 que continuam a ser utilizadas no âmbito do Poder Legislativo.

9. "(RE)LEITURA DEMOCRÁTICA DA EXPRESSÃO ARISTOTÉLICA: DEVEMOS TRATAR IGUALMENTE OS IGUAIS E DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS, NA MEDIDA DE SUA DESIGUALDADE". Tema abordado por Vinicius Da Costa Gomes, que elabora uma pesquisa analítica descritiva da igualdade geométrica e aritmética de Aristóteles possibilitando uma (re)leitura democrática da expressão "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade". Preliminarmente, explica o contexto da frase por meio de uma análise da igualdade geométrica e aritmética. Posteriormente faz uma desconstrução diante da leitura do pensamento kantiano, da igualdade formal e da igualdade material. Por fim, demonstra como a expressão pode ser relida em um contexto democrático.

10. "ANÁLISE DO FENÔMENO DO PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS E DA PROPOSTA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL", estudo proposto por Ana Paula Gonçalves da Silva e Michele Rocha Cortes Hazar. As autoras destacam a recorrência do fenômeno do protagonismo judicial no cenário jurídico do constitucionalismo brasileiro, dando ênfase ao ativismo judicial. São apresentados posicionamentos favoráveis e contrários à temática, optando pelo argumento de que o ativismo judicial é prejudicial à consolidação dos ideais constitucionais vigentes. Concluem que a existência da teoria discursiva de Jüger Habermas, como alternativa à atividade arbitrária exercida pelo judiciário, demonstra-se mais condizente com um Estado democrático e com o diálogo institucional.

11. "O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988". Artigo apresentado por Adriano Aranão e Renato Bernardi. A pesquisa analisa as possibilidades e limites da discricionariedade administrativa no Estado Social e Democrático de Direito, propondo a releitura dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da igualdade perante a administração. Apresenta critérios distintivos entre ato administrativo vinculado e discricionário, além de discorrer sobre os parâmetros constitucionais e legais que devem nortear a decisão discricionária. Inspirando nas luzes pós-positivistas, a pesquisa conta com a revisão bibliográfica sobre o tema e, adotando o método dedutivo, busca aproximar os preceitos constitucionais da atuação discricionária do administrador público.

12. "O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO MEMBRO DE UM SISTEMA DE "COMITÊS-PODERES" EM UMA DEMOCRACIA", de autoria de Daniel Oitaven Pamponet Miguel e Fábio Periandro de Almeida Hirsch. O texto analisa a postura dos tribunais constitucionais perante o Executivo e o Legislativo à luz da visão de Sartori sobre o

papel dos comitês em uma democracia. A pesquisa é teórica, qualitativa e assume o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico, justificando-se pela lacuna na literatura nacional quanto à aplicação da categoria “comitê” à posição institucional do Judiciário. Concluímos que os tribunais constitucionais, materialmente, compõem, com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes” e que sua atuação não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma dimensão político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no patamar interinstitucional.

13. “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA BELA TEORIA PARA UMA PRÁTICA DIFÍCIL”, temática proposta por André Luiz Batalha Alcântara e Henrique Sampaio de Azevedo. O trabalho busca realizar uma avaliação crítica do Princípio da vedação do retrocesso social. Para tanto, descrevem como surgiu esse princípio e como ele foi importado para o Brasil. Posteriormente identificam quatro possíveis acepções para esse princípio e apresentam críticas de cunho fático, hermenêutico e normativo. Por fim, concluem que o referido princípio acaba não atingido o objetivo a que se propõe.

14. “CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL”. Artigo apresentado por Raquel Sant'Ana Bonisson. O trabalho aborda a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas decorrentes da omissão do Poder Executivo e Legislativo, desmitificando o poder discricionário da administração pública, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais retomados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Visando atingir o objetivo proposto, o autor, realiza uma análise do sistema de proteção integral da criança e adolescente; do poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo, bem como especifica os critérios e limites para tal interferência, levando em consideração o mínimo existencial e a reserva do possível.

15. “AS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”. Pesquisa exposta por Sandro Seixas Trentin. O artigo pretende analisar as transformações políticas visualizadas no estado contemporâneo, buscando a promoção de um Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas, com ênfase no espaço local como ambiente adequado para desenvolvimento desse processo. O autor fez um estudo sobre o novo cenário para a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos, no que se refere aos direitos fundamentais.

16. “A PROPRIEDADE RURAL NOS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE”, de autoria de João Daniel Macedo Sá. O estudo procura refletir sobre o processo constitucional brasileiro, para tanto, propõe analisar a proteção da propriedade rural a partir dos debates da Assembleia Nacional Constituinte, que antecederam e delinearão os contornos da Constituição Federal de 1988. Desse modo, procura identificar em que medida, e sob qual contexto político, foi desenhada a fundamentação da proteção conferida à propriedade rural. Ao final, apresenta uma crítica ao resultado do processo legislativo e defende a necessidade de pensar os objetivos das políticas públicas no espaço agrário sob um novo enfoque constitucional, que traduza uma atuação mais eficiente do poder público.

17. “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?”, pesquisa apresentada por Thiago Henrique Costa Silva e João Da Cruz Gonçalves Neto. Baseado no “constitucionalismo do futuro”, de José Roberto Dromi, o artigo busca delinear as características do novo constitucionalismo latino americano e traça um paralelo entre os dois. Para tanto, através de uma abordagem dedutiva, realiza uma pesquisa bibliográfica e estuda de forma comparativa as constituições latinas. Segundo os autores, os pensamentos anticolonialistas são fundamentos desse novo modo de pensar o constitucionalismo, que devolve o poder ao povo, sustentando um Estado plurinacional, promovendo uma verdadeira refundação estatal. Esse modelo, que parte da prática para a teoria, ainda está sendo formatado, mas apresenta avanços inegáveis em relação ao constitucionalismo.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade da temática constitucional e democrática da atualidade.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do estado democrático de direitos.

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Sebastião Sergio da Silveira – Universidade de Ribeirão Preto

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres – Universidade Nove de Julho

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO MEMBRO DE UM SISTEMA DE "COMITÊS-PODERES" EM UMA DEMOCRACIA

CONSTITUTIONAL COURT AS A MEMBER OF A SYSTEM OF "POWERS-COMMITTEES" IN A DEMOCRACY

Daniel Oitaven Pamponet Miguel ¹
Fábio Periandro de Almeida Hirsch ²

Resumo

O texto analisa a postura dos tribunais constitucionais perante o Executivo e o Legislativo à luz da visão de Sartori sobre o papel dos comitês em uma democracia. A pesquisa é teórica, qualitativa e assume o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico, justificando-se pela lacuna na literatura nacional quanto à aplicação da categoria “comitê” à posição institucional do Judiciário. Concluímos que os tribunais constitucionais, materialmente, compõem, com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes” e que sua atuação não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma dimensão político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no patamar interinstitucional.

Palavras-chave: Palavras-chave: comitês, Tribunais constitucionais, Virtudes ativas e passivas, Compensações recíprocas retardadas, Pagamentos laterais

Abstract/Resumen/Résumé

This work analyzes the behavior of constitutional courts before the Executive and the Legislative in light of Sartori's view on the role of committees in a democracy. This research is theoretical, qualitative and uses bibliographic content analysis as a methodological procedure. The effort is justified by the lack of works on the application of the concept "committee" to the institutional role of the Judiciary. We conclude constitutional courts and high Legislative and Executive authorities are members of a "system of powers-committees" and that their activity is not only technical, but also political and strategic, both on intrainstitutional and interinstitutional levels.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: committees, Constitutional courts, Active and passive virtues, Deferred reciprocal compensations, Side payments

¹ Doutor em Ciências Sociais (UFBA), Doutor em Direito (UFBA), Professor de Hermenêutica e Filosofia do Direito do curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

² Doutor em Direito (UFBA), Professor de Ciência Política e Direito Constitucional da UFBA e da UNEB. Professor do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS.

1 INTRODUÇÃO

Este texto tem como objetivo geral analisar a postura dos tribunais constitucionais perante o Executivo e o Legislativo no que se refere à tensão político-representativa entre os três Poderes à luz do pensamento de Sartori sobre o papel dos comitês em uma democracia.

O problema de pesquisa do escrito foi desenhado da seguinte maneira: é possível, à luz da concepção de comitê de Sartori, caracterizar a atividade dos tribunais constitucionais, notadamente (mas não apenas) na dimensão interinstitucional, como típica de um comitê?

A investigação consiste em pesquisa teórica, de caráter qualitativo e que se vale do procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico. Sua realização se justifica pela relevância social das questões politicamente controversas em torno das quais giram os principais episódios de tensão institucional entre os tribunais constitucionais e as cúpulas do Executivo e do Legislativo, bem como pela lacuna teórica na literatura nacional quanto à aplicação da categoria do comitê à compreensão da posição institucional do Poder Judiciário.

Nossa hipótese de trabalho é a de que os tribunais constitucionais, materialmente, compõem, em conjunto com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes”, no sentido atribuído à expressão por Giovanni Sartori e, conseqüentemente, de que a atuação dessas cortes não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma dimensão político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no patamar interinstitucional.

O teste da hipótese acima explicitada exigirá o cumprimento dos seguintes objetivos específicos: 1) apresentar as ideias centrais de teorias do diálogo interinstitucional que defendem o exercício de virtudes passivas e ativas pelo Judiciário; 2) Delinear os contornos conceituais da tese de Sartori sobre os comitês; 3) caracterizar, à luz da entabulação de um diálogo entre, de um lado, a tese de Sartori sobre os comitês e, de outro, a visão de Posner sobre a “teoria estratégica do comportamento judicial” e a teoria de Conrado Mendes segundo a qual o grau de ativismo do Judiciário varia proporcionalmente ao desempenho deliberativo do Legislativo, a postura dos tribunais como similar à de um comitê; e 4) demonstrar o papel das virtudes ativas e passivas dos tribunais constitucionais no que concerne à dimensão política de sua atuação e, por conseguinte, à sua caracterização como uma espécie de comitê.

2 A ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO: UM PODER MODERADOR?

O papel de destaque alcançado pelo Judiciário no que diz respeito à tomada de decisões morais relevantes em uma sociedade pluralista tem ocasionado debates que ultrapassam a perspectiva epistêmica e estabelecem conexões de apoio com estudos de ciência política e teoria do Estado. Nesse contexto, os críticos ao modelo de controle judicial de

constitucionalidade denunciam a crença de que as cortes, diferentemente dos parlamentos, estariam imunes a conteúdos ideológicos. A corte não seria neutra, e sua decisão, muitas vezes, não solucionaria o desacordo, mas apenas geraria um custo para a democracia. As opiniões dos juízes viriam revestidas por uma linguagem aparentemente técnica, mais preocupada com o jargão do que com o argumento, a qual esconderia a manifestação de vontade afirmadora de uma dada agenda ideológica. Fundar-se-ia, assim, na ilusão da autonomia do direito, de forma a gerar uma imunização de suas opiniões à contestação pública (MENDES, 2011, p. 94). Até Dahl (1991), defensor da revisão judicial, preocupa-se com o regime de guardiões platônicos judiciários e vê o mecanismo como um indevido reconhecimento, pelo povo, de sua incapacidade de autogoverno, motivo pelo qual o *demos* delegaria a responsabilidade para a corte, supostamente mais preparada para assumi-la. Por sua vez, segundo Waldron (2006, p. 1396), a derrota frequente de uma minoria no parlamento nem sempre irá configurar uma tirania, podendo ser devida ao mero fato de a maioria estar certa. A tirania é a tomada de decisões erradas sobre direitos, independentemente de quem e de quantos fossem os decisores, bem como do procedimento que conduzisse a ela, o que significa que cortes e parlamentos podem, igualmente, ser tirânicos.

Diante das críticas à revisão judicial, é possível evocar pejorativamente, em conjunto com a ideia de guardiões platônicos, uma figura histórica da política brasileira: o Poder Moderador. Essa instituição foi defendida por Constant (1989), para quem era inviável o exercício do direito do poder por todos, motivo pelo qual seria necessária a delegação do poder soberano aos governantes. Tal expediente os colocaria em um plano superior em relação aos demais cidadãos, o que lhes permitiria atuar em proveito próprio, ainda que justificassem suas ações na legitimidade que o próprio povo, na forma da “vontade geral”, lhes teria conferido. Para neutralizar essa legitimação da arbitrariedade, seria criado um quarto poder, dotado das características de neutralidade, potencial equilibrador e *unaccountability*. O autor estipulou a separação entre os poderes do rei e do governo, assim como a divisão do Legislativo em duas câmaras (poder representativo de continuidade e poder representativo de opinião). O rei, desligado dos interesses dos demais Poderes, exerceria o Poder Moderador sobre as câmaras, os ministros (exercentes do poder de governo) e os juízes.

A menção à ideia de Constant no contexto jurídico-político brasileiro costuma evocar uma imagem indesejável. Porém, serve para demonstrar como o equilíbrio entre os poderes sempre foi uma questão melindrosa, chegando-se até mesmo a cogitar a existência de um sobrepoder, capaz de garantir a otimização e autonomia no exercício de suas funções típicas e

atípicas. Nesse ponto, podemos notar o destaque, realizado por alguns autores, quanto a um suposto caráter político do controle de constitucionalidade. Senão, vejamos.

Tradicionalmente, vemos o Executivo e o Legislativo como instâncias políticas por excelência, dotadas de funções de representação e, em uma república presidencialista como o Brasil, compostas por membros eleitos pelo povo. Por sua vez, o Judiciário é visto como um órgão técnico, dotado de *expertise* jurídica. Contrariando tal visão, Chantebout (1985) diz que o controle de constitucionalidade é inevitavelmente político, o que transpareceria na composição do órgão responsável e em sua própria prática. O autor afirma, aliás, que há casos em que a constituição reconhece oficialmente a natureza política do órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, consistente em um tribunal especial, cuja composição obedece a considerações políticas. Ilustrativamente, ele lembra que tal é a razão de existência da tradição estadunidense segundo a qual o Presidente da República, ao escolher um novo membro da Suprema Corte, busca o equilíbrio entre os diferentes componentes da nação.

A preocupação em afirmar a natureza jurisdicional do órgão de fiscalização conduz o constituinte a fornecer aos seus membros um *status* de independência comparável ao de juízes, nada tendo a temer ou esperar do poder e não podendo exercer funções públicas, salvo as de magistério. Tais proteções eficazes contra as pressões do poder, porém, não impedem que os membros de um tribunal constitucional sejam escolhidos politicamente e que sua atividade seja política, o que se torna mais patente ao notarmos que os membros do órgão de controle comumente entram em conflito com os sucessores de quem os nomeou, situação em que surge uma tensão reveladora do caráter político da atividade.

Chantebout (1985, p. 56 e ss.) usa um histórico exemplo estadunidense para ilustrar como o membro de um tribunal constitucional participa do exercício do poder. O autor afirma que a Suprema Corte sempre desempenhou um papel significativo na política americana. No século XIX, sua postura a favor do alargamento das competências do Governo Federal ou sobre a questão da escravidão foram notáveis. No período entre 1890 e 1937, chamado de “governo de juízes”, em que a Corte se opunha a leis trabalhistas, defendendo os direitos de liberdade, surgiu no país a discussão sobre a tensão entre os Poderes. Ficou famoso o episódio em que a Suprema Corte, composta, em sua maioria, por republicanos, entrou em conflito com o Presidente Roosevelt, democrata, devido a suas propostas intervencionistas. O tribunal, assumindo uma postura originalista, entendia que o Constituinte de 1787 teria a intenção de impedir intervenções do Estado na economia, o que faria as leis do *New Deal* inconstitucionais. A alta popularidade de Roosevelt permitiu-lhe ameaçar reformar o estatuto da Corte para aumentar o número de seus membros e enfraquecer o peso republicano em sua

composição. Segundo Chantebout, o exemplo reitera a relevância da composição do órgão exercente da função de controle e o caráter político de tal atividade. A medida fez o tribunal recuar e aceitar as leis do presidente, sem que isso afetasse o prestígio do órgão perante a população. Na época, a oposição a Roosevelt no país o qualificou como um ditador que desprezava a Constituição, mas, no exterior, o caso costuma ser utilizado para exemplificar os perigos do controle de constitucionalidade¹.

Consideramos, com Chantebout, inegável que há uma tensão política entre os Poderes, mormente quanto aos debates sobre a legitimidade do Judiciário para resolver problemas jurídico-políticos fundamentais. Haveria, portanto, uma atuação política (*politics*) da instituição judiciária (*polity*). Diante disso, está delineado o panorama teórico que circunda o nosso problema de pesquisa, o que nos permite adentrar, em tópico próprio, o pensamento de autores que, teorizando sobre o diálogo interinstitucional, identificam virtudes políticas ativas e passivas dos tribunais quanto a sua atuação política.

3 VIRTUDES POLÍTICAS E PASSIVAS DA CORTE CONSTITUCIONAL

A teoria do diálogo de Friedman (1993) enxerga uma inevitável imersão da corte na política, o que influencia as decisões sobre o sentido constitucional. O autor enfatiza a relevância da “opinião pública” como participante da conversação Legislativo- Judiciário, de forma a fundir as esferas formal e informal da política na explicação do diálogo (MENDES, 2011, p. 148). Para ele, as decisões de caráter geral do Judiciário sobre temas intensamente controversos catalisam debates que testam a aceitabilidade do entendimento da corte.

Segundo o autor, o exercício da função jurisdicional é limitado pelos círculos concêntricos de influência, os quais dispõem-se em quatro níveis principais: (i) interação estratégica entre os juízes dentro do espaço colegiado do tribunal; (ii) pressões impostas pelas instâncias inferiores do Judiciário; (iii) pressões impostas pelos outros poderes; e (iv) pressões exercidas pela opinião pública. As teorias da interpretação costumam ignorar tais constrangimentos, sem perceber que os juízes são influenciados em suas decisões por preocupações como a manutenção da credibilidade institucional, a reputação e o risco de desobediência a suas decisões. Os juízes, portanto, têm uma menor esfera de autonomia do que se costuma imaginar, visto precisarem calcular as reações dos demais agentes políticos

¹ O autor destaca ainda que, embora entre 1937 e 1953 a Suprema Corte tenha sido menos incisiva quanto a sua atuação política, no período entre 1953 e 1969 (“Corte Warren”) ela voltou a se intrometer na política, sinalizando uma postura liberal, inclusive no que diz respeito à integração racial (caso da educação inclusiva) e ao combate à caçada anticomunista (CHANTEBOUT, 1985, p. 60)

em busca de uma cooperação que viabilize a efetividade do exercício da função jurisdicional. Antes mesmo de qualquer teoria da decisão judicial, pois, o poder do agente institucional judiciário já está limitado, no plano moral-prático, pelas forças políticas, de modo que uma corte não consegue ser contramajoritária por muito tempo (FRIEDMAN, 2005, p. 260, 279).

A movimentação da corte entre os pólos de majoritarismo e liderança consiste na oscilação entre, de um lado, os freios e contrapesos, com seu correlato ônus de *accountability*, e, de outro, a independência dos poderes. “A Constituição concede a Hércules um certo grau de independência, mas também o embute na política. Isso não é um acidente.” (FRIEDMAN, 2005, p. 260). Essa preocupação com os constrangimentos políticos sofridos pelos magistrados estimulou a teorização sobre as virtudes ativas e passivas das Cortes.

Bickel (1962), por sua vez, diz que a corte sempre é influenciada por fatores externos ao direito, devendo assumir essas influências e manejá-las com jogo de cintura. As cortes não são governadas deliberada e livremente por predileções ideológicas, mas precisam exercer a virtude passiva da prudência, típica do homem, um animal político (BICKEL, 1962, p. 205). Toda decisão da corte é política, reunindo as dimensões de princípio e de conveniência e oportunidade, e todo ato de governo tem uma relação com valores que dão coesão à comunidade política, mas também tem efeitos concretos. Não há sociedade boa sem princípios, mas também não há sociedade viável governada só com base neles. Essa “tensão lincolniana” faz as exigências de princípio estarem sujeitas à necessidade pragmática de acomodação estável ao real, o que exige uma postura flexível na condução de modificações graduais, enquanto a questão de princípio amadurece e é objeto de deliberações sociais. A corte é uma professora da cidadania, prevenindo a sociedade em relação a divisões, mas também gerando uma pressão, por meio do debate interinstitucional, por novas leis (BICKEL, 1962, p. 240). A corte, pois, deve decidir apenas quando isso for decorrência natural desse processo, sem confundir sua liderança com uma autorização para fazer imposições.

Outra teoria do diálogo, a de Sunstein (2001), propõe um exercício minimalista de virtudes passivas, ou seja, a prática de dizer somente o necessário para justificar a decisão e deixar o máximo possível não decidido. Contrapõe-se, assim, ao maximalismo, atitude de decidir sempre tudo o que pode ser decidido. Sua teoria é gradualista e usa comumente as expressões “uso construtivo do silêncio”, “deixar coisas não-decididas” e realizar “acordos teóricos incompletos”. O foco do autor está no risco de proferimento de decisões erradas, bem como na possibilidade de decisões, ainda que corretas, serem abrangentes demais, o que seria prejudicial. Sunstein nota que decidir pouco é comum na Suprema Corte dos EUA, a qual não assume teorias unitárias da interpretação, preferindo o primado do problema sobre o sistema

teórico. Para ele, deve-se aumentar o espaço para as escolhas democráticas e reduzir os custos da decisão e do erro. Segundo Sunstein (2001, p. 8 e ss.), o minimalismo é uma forma moderada de auto-contenção pela qual a corte, consciente de suas limitações quanto às conseqüências imprevisíveis de suas decisões, considera a possibilidade de deixar questões fundamentais não decididas. Proferem-se, assim, decisões estreitas que resolvem o problema concreto, sem abranger um grande número de casos. Ademais, as decisões devem ser rasas, ou seja, para reduzir o desacordo, devem ser fundamentadas, mas sem adentrar profundamente as razões utilizadas. A corte pode, em casos de sólida certeza, proferir decisões maximalistas, mas o minimalismo deve ser a regra, visto bastar para exigir um refinamento textual por parte do legislador sem ignorar as pressões majoritárias.

Já no campo das virtudes ativas, Katyal (1997, pp. 1710 e ss.) defende uma postura das cortes que, sem deixar de ser uma manifestação de conselho, consista na adoção de um papel regente e diretor no diálogo interinstitucional. Segundo o autor, a função de aconselhamento da Corte seria uma espécie de quarto poder utilizado pelos juízes como uma adaptação política natural diante de contextos em que há um risco considerável de questionamento de sua legitimidade caso assumam decisões muito amplas e interventivas. A forma clássica de veiculação proativa de conselhos seria o proferimento de decisões com estreita *ratio decidendi* e amplo *obiter dictum*. Ora, a inserção de afirmações mais drásticas justamente como elementos não-vinculantes de uma decisão judicial promoveria a democracia e a adaptabilidade da decisão judicial em consonância com a ideia de previsibilidade, já que funcionaria como uma espécie de recado às demais instituições estatais sobre o posicionamento da corte a respeito de dada matéria.

Por sua vez, segundo Mendes (2011, p.127-9), as virtudes ativas podem ser exemplificadas pelo manejo da máxima da proporcionalidade pela Corte como uma técnica de orientação de modificações sociais, como querem Sweet e Matthews (2008). A proporcionalidade seria um “parâmetro de melhor prática” inerente ao constitucionalismo e assumido como um “critério de perfeição do Estado de Direito”. O Judiciário, ao utilizar a “técnica”, induziria o Executivo e o Legislativo a remodelarem seus próprios papéis em termos de proporcionalidade. Gerar-se-ia uma linguagem interinstitucional comum, favorável ao diálogo. Os poderes tornar-se-iam monoglotas, o que facilitaria a realização de desafios legislativos fundados em argumentos técnico-jurídicos às decisões da corte. Por outro lado, a proporcionalidade, dada a sua variação histórica, possibilitaria à corte moderar seu grau de deferência perante o Legislativo em função do respeito que a instituição legiferante viesse demonstrando diante dos juízos de proporcionalidade manifestados nas decisões judiciais.

Para que possamos demonstrar a relação entre o exercício das virtudes pelas cortes e a sua caracterização como um comitê, precisamos preliminarmente apresentar os contornos gerais do pensamento de Sartori no que for pertinente ao nosso objeto de estudo.

4 SARTORI E O PAPEL DOS COMITÊS EM UMA DEMOCRACIA

Giovanni Sartori (1994) realizou uma clássica análise sobre o papel dos comitês em uma democracia. Para ele, a política consiste na tomada de decisões coletivizadas, ou seja, aplicáveis e imponíveis a uma coletividade independentemente de serem tomadas por uma pessoa, por algumas ou pela maioria. Trata-se de decisões vinculantes para todos, independentemente de quem as toma. As decisões políticas são sempre coletivizadas (embora a recíproca não seja verdadeira) por reunirem três características: 1) são soberanas, pois não se submetem a outro poder; 2) são inescapáveis, pois estendem-se por todo o território que define o âmbito de tal soberania sobre os cidadãos; e 3) são sancionáveis, de acordo com o monopólio de aplicação e execução forçada das normas jurídicas (SARTORI, 1994, p. 287-8).

O autor trata da dificuldade de se encontrar um ponto ótimo entre, de um lado, os custos procedimentais decisórios intragrupo das tomadas de decisões coletivizadas, e de outro, os riscos extragrupo resultantes de tais decisões para os seus destinatários. Em uma democracia, para ele, é desejável “aumentar a probabilidade de ‘resultados satisfatórios’ e minimizar a probabilidade de ‘resultados danosos’ (SARTORI, 1994, p. 290). O autor busca conceber um modelo que descreva como essa tarefa pode ser cumprida com base na variável do número de pessoas que participam de uma decisão e na correlata afirmação de que o custo das decisões, desde que cada participante firme sua convicção de modo independente, é uma função do tamanho do órgão decisório. Contudo, Sartori (1994, p. 290) percebe também que o número de pessoas que participam da tomada de decisão é inversamente proporcional aos riscos de tal decisão e, assim, encontra-se diante de um problema, *a priori*, insolúvel, dado o caráter inversamente proporcional das grandezas “custos” e “riscos”, o que exige a inserção de duas variáveis suplementares idôneas a permitirem o encontro do ponto ótimo buscado.

A primeira variável interveniente apresentada por Sartori (1994, p. 294) é o método de composição do órgão decisório, o qual pode reduzir os riscos externos. A segunda variável interveniente é constituída pelas regras de tomada de decisão, questão que não deixa de estar relacionada ao problema dos custos externos, mas é muito importante para a questão dos custos internos. Nesse particular, o autor explica que a adoção da regra de unanimidade, embora, por um lado, envolva um tipo de poder igual, por outro, também lida com um poder de tipo excessivo, uma espécie de poder de chantagem. Por isso, quando o uso da regra de

unanimidade se torna inviável, costuma-se partir para a adoção de um procedimento majoritário, em cujo contexto quanto mais simples for o *quorum* exigido para aprovação, mais serão reduzidos os custos internos, mas, por outro lado, quanto mais qualificado for o *quorum*, maior efeito de diminuição terá em relação aos riscos externos, por proteger mais solidamente as minorias (SARTORI, 1994, p. 294-6). De tal maneira, “ao escolher uma regra majoritária particular, temos de chegar a um equilíbrio entre a conveniência (redução dos custos decisórios) e a segurança (redução dos riscos externos)” (SARTORI, 1994, p. 296).

Para dar continuidade à sua análise e comparar os modelos majoritário e de unanimidade, Sartori (1994, p. 298) estuda as formas de tomada de decisão quanto à natureza de seu resultado, ao contexto decisório e à intensidade desigual de preferências individuais. Em relação ao primeiro critério, Sartori (1994, p. 299) expõe, abstratamente, com base na teoria dos jogos, duas possibilidades: 1) o jogo de soma positiva (“política como negociação”), em que todos os participantes da decisão podem ganhar com o resultado, ainda que tal modalidade não costume se tratar propriamente de uma decisão puramente cooperativa, e sim de uma mistura entre cooperação e conflito; e 2) o jogo de soma zero (“política como guerra”), em que um jogador ganha exatamente o que o outro jogador perde, não havendo alternativas quanto ao resultado. Por sua vez, quanto ao segundo critério, Sartori (1994, p. 299-300) distingue os contextos decisórios descontínuos, em que os temas são questões isoladas (é o caso de um referendo, um plebiscito ou eleições), e os contextos contínuos, em que os grupos concretos são encarregados de um fluxo de decisões interligadas em uma corrente teoricamente infinita, o que significa que ninguém pode decidir isoladamente. Finalmente, no que concerne ao terceiro critério, Sartori (1994, p. 300-301) destaca o caráter irreal do modelo majoritário de tomada de decisão, visto que os pesos da intensidade das preferências individuais são descartados (tal modelo, por ficção, trata intensidades diferentes como se fossem iguais). É verdade que uma regra de votação que buscasse aferir a intensidade de preferências seria inexecutável, mas o essencial a ser destacado é que a intensidade: é decisiva para explicar o motivo pelo qual minorias intensas costumam se recusar a se submeter ao modelo majoritário, o que o torna imperfeito; e é uma significativa base de poder, visto que uma negativa forte suplanta duas fracas e vice-versa, o que permite a minorias obstinadas vencer majorias pouco intensas (SARTORI, 1994, p. 301).

Postas as premissas acima, Sartori (1994, p. 304-5) adentra especificamente o âmbito do estudo dos comitês, definíveis como grupos pequenos de interação face a face, duráveis, institucionalizados e que trabalham em um fluxo contínuo de decisões. Os comitês costumam ter no mínimo três membros, podendo chegar a cerca de trinta, e seu bom funcionamento

independe de seu tamanho, o qual deve ser escolhido de acordo com o código operacional do comitê. Por sua vez, quanto à durabilidade e à institucionalização, um comitê tem existência reconhecida legal ou informalmente, titulariza atribuições e é composto por membros que, independentemente do grau efetivo de renovação dos integrantes, agem como se fossem permanentes, assumindo a perspectiva temporal da instituição.

Segundo Sartori (1994, p. 315-6), “os comitês evitam a regra da maioria, procuram acordos unânimes por meio de pagamentos retardados internos” (trocas intragrupo típicas das compensações recíprocas retardadas – dar para receber algo em troca no futuro) “e ajustam-se ao mundo exterior ou incorporam suas demandas através de pagamentos laterais” (externos, feitos a outros comitês envolvidos nas mesmas questões). Para o autor, os comitês são a “unidade ótima de formação das decisões”, visto serem grupos pequenos e adotarem um código operacional flexível. Ademais, têm as seguintes virtudes: utilizam de forma eficiente a desigualdade de preferências em uma democracia; permitem uma “redução [...] dos riscos externos (de opressão) sem aumento, ou com um aumento mínimo, dos custos decisórios (em comparação aos custos de uma assembleia)”; e tanto geram resultados de soma positiva para a comunidade em geral quanto são capazes de acolher as minorias substantivas, as quais, por não terem grandes chances de sucesso no âmbito das decisões majoritárias, tendem a buscar neles um espaço para exercer sua alta intensidade de preferências (SARTORI, 1994, p. 316).

Sartori (1994, p. 305) explica que questão decisiva para o potencial que ele enxerga nos comitês é o fato de eles assumirem uma regra peculiar, próxima, mas não idêntica, à regra de unanimidade – embora a maioria das decisões dos comitês seja unânime, o poder de veto característico a tal norma não é típico dos comitês. Ora, se um membro de um comitê adotar a tática de obstruir interminavelmente o processo, não apenas dificilmente terá sucesso, como também gerará um incômodo, o que tenderá a resultar em represálias. Por isso, os comitês operam com um código regido pelo acordo estratégico “dou para receber de volta”, ou seja, o acordo unânime costuma ser alcançado em tais espaços pelo fato de cada membro do grupo ter a expectativa de que aquilo que concede numa questão seja lembrado e retribuído na discussão futura de um outro tema (SARTORI, 1994, p. 306). Trata-se do mecanismo de compensação recíproca retardada, que pressupõe “duas condições intimamente ligadas: (a) uma intensidade desigual das preferências; e (b) um fluxo de decisões futuras” (SARTORI, 1994, p. 306). Este fluxo é o que permite que as decisões dos comitês sejam de soma positiva, algo típico da compensação recíproca retardada, enquanto o princípio da maioria, típico de assembleias institucionalizadas, enseja, em regra, decisões de soma zero ao recompensar a estabilidade de uma maioria em que “o vencedor leva tudo” (SARTORI, 1994, p. 306-7; 315).

Ora, o que impede que os comitês incorram em custos internos muito altos, gerando uma inércia devido a seu modelo de tomada de decisões, é justamente a desigualdade de preferências. Ora, a sensibilidade às preferências, no modelo decisório dos comitês, é concretizada pela possibilidade de que um sujeito, sozinho, vete, na prática, uma decisão. A inércia, em verdade, aconteceria em um comitê apenas se a intensidade de preferências fosse igual, problema que só poderia ser resolvido majoritariamente. Tal questão se resolve justamente pelo fato de que há um mecanismo de acordo, segundo o qual os não intensos em relação a dada questão cedem aos intensos em relação à mesma matéria, na expectativa de que os pólos de intensidade se invertam quando o tema de deliberação for outro.

A análise dos comitês em seu aspecto interno permite afirmar que todos têm conflitos entre seus membros, mormente porque nenhuma harmonia preestabelecida preside a distribuição de preferências e porque é raro os ganhos serem distribuídos por igual. Já no âmbito externo, todo comitê está inserido em uma teia de outros comitês, chamada de sistema de comitês. A coordenação entre os comitês pertencentes a um sistema de comitês ocorre por meio dos chamados pagamentos laterais, os quais diferem dos pagamentos internos retardados pelo fato de que a lateralidade prescinde de negociações explícitas. É justamente neste ponto que reside o mecanismo de coordenação dos pagamentos laterais, os quais funcionam como reações antecipadas, feitas com base em cálculos sobre os efeitos das decisões em relação aos outros comitês, hipótese em que, muitas vezes, “a antecipação de uma reação negativa conduz a um estado de indecisão, ou então a transformar uma decisão coerente numa decisão incoerente que procura ‘agradar a todos’” (SARTORI, 1994, p. 309-10).

Sartori (1994, p. 310) afirma que um sistema de comitês que opera no interior de uma democracia adquire características próprias, englobando uma quantidade crescentemente maior de comitês (algo que não tende a ocorrer nas autocracias), pois “sempre que um órgão decisório se torna grande demais, [...] cria, em seu interior, um grupo menor, isto é, um comitê, que esboça de fato as decisões posteriormente tomadas pelo órgão maior”. Nesse ponto, deparamo-nos com o problema da necessidade de maximizar a democracia participativa, abrindo mais espaço para a participação real e o pluralismo. Senão, vejamos.

Sartori (1994, p. 311) entende a participação como uma proporção, a qual se pode expressar como uma fração (quanto menor o grupo, maior a fração constituída por cada membro) e relacionada a uma frequência (quanto maior a frequência de reuniões, tanto mais parte toma). A participação só é autêntica, efetiva e significativa quando exercida em pequenos grupos (a atuação em uma assembleia, por exemplo, não poderia ser chamada, nesse sentido, de participação), de modo que os demais casos constituem uma mera participação

simbólica, a qual tem a função de gerar um sentimento de inclusão (é o caso das participações eleitoral e em massa). Por outro lado, Sartori (1994, p. 311) diz que os comitês representam a “unidade ótima da participação real”. Contudo, nem todos os comitês são formados por representantes eleitos, até mesmo porque (inclusive nas democracias), em regra, são “grupos com objetivos especiais, ‘representantes’ de talentos e competências técnicas” (SARTORI, 1994, p. 312). Não seria, pois, recomendável aumentar o número deles para elevar o nível de participação democrática? O autor entende que não, pois tal medida satisfaria apenas os que se tornassem membros dos novos comitês, mas seria irrelevantes para os demais destinatários de decisões coletivizadas. Qual a solução que a democracia dá a esse problema? “O controle dos órgãos decisórios pelos cidadãos por meio das técnicas representativas de transmissão controlada de poder como o meio de minimizar os riscos externos” é exercido pelos cidadãos mediante poucos comitês representativos colocados em pontos de articulação certo – exemplificativamente, nas palavras de Sartori, “o governo é (segundo minha definição) um comitê” representativo, assim como, segundo o próprio autor, as comissões parlamentares permanentes, cujos membros são eleitos pelo povo (SARTORI, 1994, p. 305; 312).

Os comitês, em uma democracia, devem ser receptivos aos cidadãos e submetidos a uma exigência de *accountability*, o que encontra fonte na própria representatividade dos comitês compostos por representantes eleitos pelo povo. A democracia, como poder literal do povo (autogoverno), é inviável pragmaticamente, de modo que um poder popular não precisa ser exercido pelo *demos* de mão própria, bastando que o governo seja exercido no interesse do povo. As macrodemocracias, pois, devem ser compreendidas em termos de uma distribuição entre o *demos*, o que é fomentado pelos comitês (SARTORI, 1994, p. 312).

Sartori (1994, p. 326) identifica como tendências atuais uma negligência quanto ao problema dos riscos externos e a ênfase na política mais visível. O problema da visibilidade, especificamente, é ignorado pelos teóricos realistas da democracia e abordado equivocadamente pela vertente idealista. Sartori adverte que a transparência na democracia, embora tenda a reduzir os riscos externos, pode aumentar os custos e fragilizar a efetividade dos comitês. Ora, se a visibilidade, por impor um ônus de fundamentação e uma exposição maior ao controle decisório quanto à *accountability*, pode ser positiva, é possível também que ela distorça o comportamento dos membros dos comitês, e, por conseguinte, inviabilizar o funcionamento de seu código operacional, o que significa que a remoção da visibilidade seria a forma mais prática de reduzir tensões e evitar a inércia de tais grupos.

Expostas as premissas da tese de Sartori sobre os comitês, demonstramos, em tópico próprio, que o Judiciário pode ser qualificado como um integrante de um sistema de comitês.

5 UMA APLICAÇÃO DAS IDEIAS DE SARTORI SOBRE O PAPEL DOS COMITÊS EM UMA DEMOCRACIA À POSTURA INTERINSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO

Propomos aqui uma consideração dos pontos em que o comportamento de um tribunal constitucional se aproxima da postura dos comitês. Como referência, lembramos que os tribunais brasileiros, inclusive o STF, funcionam formalmente por meio da família de regras de maioria. A despeito disso, várias das preocupações de um comitê são identificadas em sua *práxis* institucional, inclusive quanto à criação de grupos menores internos (turmas e seções dos tribunais) que esbocem as decisões do órgão pleno.

Primeiramente, destaquemos que o problema da relação entre custos decisórios internos e riscos externos pode ser aplicado aos tribunais, pois as decisões em sede de revisão judicial são coletivizadas, com efeitos políticos sobre os cidadãos. Não é por outro motivo que se discute tanto a questão da legitimidade das cortes constitucionais, cujos membros não são eleitos pelo povo, para tomarem decisões políticas fundamentais, o que diz respeito a uma das variáveis propostas por Sartori para fins de busca do ponto ótimo entre custos internos e riscos externos. Os defensores da revisão judicial, para discutirem a viabilidade de um modelo já institucionalizado, sem a necessidade de rediscussão dos critérios de composição do tribunal constitucional, recorrem à noção de legitimidade argumentativa. Por outro lado, quanto à “segunda variável interveniente” indicada por Sartori – a norma de tomada de decisões – embora os tribunais, em regra, decidam por maioria, a tensa relação entre alguns ministros do STF sugere que, eventualmente, certos votos acompanham o do relator de um modo comodista, de forma que a dose de confronto suportável seja provocada pelos seus membros apenas nas questões que lhes sejam mais caras. Aqui, podemos destacar a relevância da intensidade das preferências dos membros de um tribunal mediante a seguinte descrição:

Suponha que, por razões ideológicas, por conta da experiência pessoal, por força de sentimentos ou devido a qualquer outro fator tendente a gerar um desacordo difícil de resolver por meio de uma argumentação intelectualmente fundamentada; um membro de uma turma/seção sinta intensamente que o caso deve ser decidido de uma forma, enquanto os outros dois juízes, embora inclinados a votar em sentido contrário, não tenham um sentimento intenso a tal respeito. Um desses dois pode vir a aderir à posição do terceiro, o juiz que suscitou a divergência (especialmente se o caso não tende a ter muita relevância como um precedente), seja tratando a intensidade como uma evidência da correção de seu entendimento, seja para evitar o conflito, talvez com a esperança (consciente ou inconsciente) de tratamento recíproco em algum caso futuro em que *ele* tenha um sentimento intenso e os outros juízes não tenham. Se um juiz mudar de opinião e aderir ao juiz que suscitou a divergência, o terceiro juiz tenderá a fazê-lo também, por razões similares ou por ter aversão ao dissenso. A maioria dos juízes não gosta de divergir [...]. Ora, as divergências não apenas geram aborrecimentos, perturbam a colegialidade e dificilmente produzem efeitos juridicamente relevantes, mas também tendem a ressaltar a relevância da opinião majoritária. Os juízes também não gostam quando

seus pares divergem de suas decisões, sendo esta a razão pela qual as divergências fragilizam a colegialidade. Juízes não gostam de ser criticados, de ser incomodados com a obrigação de revisar o rascunho do seu voto para neutralizar uma ofensiva sólida do juiz que suscitou a divergência, ou, o pior de tudo, de perder o terceiro juiz para aquele que suscitou a divergência. (POSNER, 2008, p. 32 – tradução nossa)

Percebe-se que a descrição de Posner aproxima, implicitamente, o comportamento dos magistrados, no que concerne à intensidade de preferências e à expectativa de recebimento de pagamentos recíprocos retardados, ao desenho dos comitês de Sartori. Nesse ponto, devemos trazer à tona a questão da visibilidade da atuação dos comitês, já que, dado o caráter público das sessões dos tribunais (inclusive com transmissão televisiva no caso do STF), a realização de compromissos entre os membros de uma corte pode ser inibida por tal mecanismo de fiscalização, ainda que isso não chegue propriamente a inviabilizar a realização de pagamentos recíprocos retardados. A visibilidade gera uma diferença na postura dos membros das cortes em relação à dos órgãos decisórios formalmente estruturados como comitês: as negociações explícitas, muitas vezes, dão espaço a um padrão de antecipação de reações, o qual, segundo Sartori, seria típico das relações entre comitês (pagamentos laterais). Nesse contexto, a relevância das relações entre os membros daquilo que chamaremos aqui de “comitê tribunalício” é ilustrada por Posner (2008, p. 30) com uma interpretação, que ele mesmo reconhece como controversa, do julgamento do caso “Bush vs. Gore”. Segundo tal leitura, tanto o fato de os cinco juízes conservadores da Suprema Corte terem manifestado um posicionamento que resultaria na eleição de Gore quanto o de os quatro juízes liberais terem votado de um modo que acarretaria a eleição de Bush podem ser explicados pela tomada de posições estratégicas diante da existência, à época, de uma cadeira vazia na corte. Ora, a situação, segundo Posner (2003, p. 332 – tradução nossa), caracterizava uma espécie de conflito de interesses entre os membros da corte e as partes, visto que

os juízes não são indiferentes a quais tendem a ser os seus colegas e substitutos, e a identidade do Presidente faz diferença quanto ao tipo de pessoa a ser escolhida para preencher uma vaga na Suprema Corte – nos dias atuais, provavelmente faz uma grande diferença, dada a dependência dos candidatos presidenciais em relação à boa vontade dos extremistas em seus partidos, especialmente no que concerne a indicações. Presidentes tendem a propor e implementar políticas centristas, mas fazer agrados à ala extremista de seus partidos no que diz respeito a indicações.

Posner (2003, p. 357; 2008, p. 30) itemiza os seguintes tipos de situações em que o juiz deixa de manifestar sua divergência em relação ao entendimento majoritário do tribunal sobre um dado caso ou matéria: 1) o juiz pode imaginar que a manifestação de sua divergência não seria suficiente para modificar o resultado da contagem e, conseqüentemente, evitar a prevalência da posição majoritária; 2) o juiz pode entender que divergir com frequência incomodaria seus pares, os quais, talvez inconscientemente, em retaliação,

tenderiam a atribuir menor relevância a sua opinião em casos posteriores; 3) o juiz pode cogitar que um registro público de sua divergência atrairia a atenção para uma opinião majoritária que, até então, tendia a ser ignorada; 4) o juiz pode reconhecer a indeterminação das fontes do direito sob análise e, conseqüentemente, não ter convicção suficiente de que sua posição é mais sólida do que a dos seus colegas, de modo que manifestar tal posição poderia resultar na indução de seus pares a um equívoco; 5) o juiz pode não considerar a matéria importante o suficiente para se dar ao trabalho de escrever um voto divergente, inclusive com o risco de que este estimule eventuais adesões irrefletidas a sua posição; e 6) o juiz pode já ter utilizado a ameaça de divergir para persuadir seus pares a realizar modificações na opinião majoritária mais aprazíveis para ele. Note-se, pois, que Posner (2008, p. 33 – tradução nossa) entende que os magistrados tendem a realizar um juízo de custo-benefício orientado pela intensidade de suas preferências ao decidir se suscitará ou não uma divergência² no interior do que chamamos aqui de um “comitê tribunalício”, pois

A aversão ao dissenso reflete [...] as dificuldades e a importância da colegialidade. Tribunais [...] são empreendimentos cooperativos. Eles não funcionam bem quando há animosidade entre seus membros – e isto é sempre um perigo devido ao modo como os membros do empreendimento são selecionados. Os juizes, ao contrário do que fazem os membros dos escritórios de advocacia e das faculdades de direito, não escolhem seus colegas, nem são escolhidos [...] por uma instância administrativa superior uniforme. [...] desembargadores são [...] indicados com base em princípios antagônicos. Ademais, como não há critérios uniformes para a seleção dos membros de um tribunal, eles tendem a apresentar bagagens e capacidades diversas, o que é uma fonte de tensão, mas também de enriquecimento da variedade de experiências e *insights*. Manter a colegialidade em tais condições [...] demanda esforços contínuos para minimizar as fontes de irritação – como o dissenso.

Contudo, o autor nota que não é apenas no que concerne às reações de seus pares que os membros de um tribunal tendem a calcular reações antecipadas. Para elucidar tal ponto de vista, Posner (2008, p. 29) descreve a “teoria estratégica do comportamento judicial”, influenciada por estudos de cientistas políticos e economistas que concebem a política como uma luta entre grupos de interesses (para alguns, inclusive, os três poderes podem ser entendidos como grupos de interesse em conflito) que deve ser interpretada à luz da teoria dos jogos – a mesma que, como mencionado, influenciou Sartori. A tese central da “teoria estratégica do comportamento judicial” é a de que “um juiz, frequentemente, subscreve uma

² “[...] se ele tem um sentimento mais intenso sobre como o caso deve ser decidido do que os demais, subentende-se que obteria maiores benefícios do que eles se o caso fosse decidido do seu jeito, bem como que estaria disposto a assumir maiores custos (como escrever um voto divergente) para tanto. Sua ameaça de divergir é [...] uma ameaça de impor custos aos seus colegas (custos que surgem da aversão ao dissenso) se eles se recusarem a se render à divergência. Se os custos excederem os benefícios que seus colegas obteriam na hipótese de o caso ser decidido do modo como eles gostariam, eles irão abrir mão de defender tal posição, visto não terem um sentimento intenso a respeito de qual deveria ser a decisão.” (POSNER, 2008, p. 33 – tradução nossa)

posição com a qual ele não concorda de verdade” por “se preocupar com as reações de outros magistrados (sejam estes seus colegas, sejam membros de um tribunal superior ou inferior), dos legisladores e dos cidadãos aos seus votos” (POSNER, 2003, p. 357; 2008, p. 30 – tradução nossa). Os juízes, pois, no processo de tomada de decisão, calculariam (donde o qualificador “estratégica” conferido à teoria) as possíveis reações de outros agentes, públicos ou privados, algo descritível, à la Sartori, como uma realização de pagamentos laterais entre o Judiciário e outros “comitês”. Aqui, um exemplo de Posner (2008, p. 29 – tradução nossa) é elucidativo: em casos extremos, “os votos dos juízes da Suprema Corte em questões de interpretação das leis tenderiam a depender de se o partido que controla o Congresso no momento da decisão judicial é o mesmo que o controlava quando a lei foi aprovada. Os juízes sentir-se-ão mais livres para se afastar do sentido original da lei se este não for o caso”.

Diante do exposto, podemos, pois, qualificar um tribunal constitucional, como o STF, como um comitê, ou seja, um pequeno grupo de interação face a face, durável, institucionalizado e que trabalha em um fluxo contínuo de decisões, assumindo uma perspectiva temporal da instituição – o romance em cadeia institucional de Dworkin (2003) – independentemente do grau efetivo de renovação dos seus integrantes.

Essa aproximação entre os tribunais e o modelo dos comitês intensifica-se ao cogitarmos que as teorias do diálogo, ao suscitarem a deliberação interinstitucional, evocam a imagem dos pagamentos laterais. Ora, quando Conrado Mendes diz que uma corte, manejando a proporcionalidade, pode ser mais ou menos ativista dependendo do desempenho deliberativo recente do Legislativo, e quando Friedman diz que os juízes estão sujeitos a círculos concêntricos de influência, podemos dizer, à la Sartori, que as cortes se ajustam ao seu exterior ou incorporam suas demandas por meio de pagamentos laterais, o que também se aplica à sugestão de Katyal de que as cortes constitucionais assumam conduzam ativamente as novidades políticas, mantendo um ritmo de evolução sustentável via *obiter dictum*.

Ademais, quando pensamos na prudência quanto ao ritmo das mudanças e à própria oportunidade de interferir na vida política exigida por Bickel e Sunstein por meio das chamadas virtudes passivas, podemos ver o tribunal, de um lado, como um comitê preocupado com a produção de resultados de soma positiva para a comunidade em geral (distribuição entre o *demos*), e, de outro, como uma instância em que as minorias derrotadas no Legislativo, cujas decisões seguem a regra da maioria, têm uma segunda chance de conseguir aprovação. Foi o que pareceu acontecer em recentes decisões unânimes do STF, ainda que com fundamentos diversos entre os ministros, sobre questões ideologicamente controversas, como a união homoafetiva e as cotas nas universidades públicas, sem que fosse

oportuno a qualquer membro manifestar um veto, mormente devido ao propósito institucional de agir de modo ativista naqueles casos diante do Legislativo, um dos outros grandes comitês que compõem o sistema de comitês integrado pelo Judiciário. Nesse ponto, é essencial o fato de que os pagamentos laterais prescindem de negociações explícitas, funcionando como reações antecipadas fundadas em cálculos sobre a conduta dos demais comitês do sistema.

Para ilustrar nossa tese, podemos lembrar, utilizando as linguagens de Sartori e Friedman, o embate entre Roosevelt e a Suprema Corte dos EUA, em que o Executivo, terceiro membro do sistema de poderes-comitês, ao enfrentar o Judiciário, fez que este precisasse ceder ao círculo concêntrico de influências constituído pela conjuntura popular favorável ao presidente. O caso reflete o problema da representatividade, relacionado por Sartori à questão do funcionamento de comitês em uma democracia. Ainda que os defensores do controle judicial de constitucionalidade aleguem a existência de uma legitimidade argumentativa (substantiva) da corte, eventual *déficit* de representatividade do Judiciário pode ser insuportável diante dos círculos concêntricos, como no caso Roosevelt. Por tal motivo, a forma mais adequada de a Corte, vista como uma espécie de comitê, manter sua representatividade seria por meio do controle recíproco entre os Poderes. Ora, o *déficit* de legitimidade do tribunal por não ter membros eleitos poderia ser suprido justamente pela anuência, ainda que implícita, do Legislativo e do Executivo a suas decisões. No caso brasileiro, as cúpulas do Executivo e do Legislativo, pois, funcionam como dois grandes comitês representativos no sistema de comitês-poderes, de modo a garantir que o STF, “comitê tribunalício”, seja receptivo aos cidadãos e responsável perante estes. Afinal, como entende Sartori, os pagamentos laterais, quando transpõem as fronteiras do comitê e se tornam externos, se estendem ao universo dos representados, pois a representação liga a soma positiva dos comitês a uma soma positiva do povo.

O panorama ora retratado diz respeito, majoritariamente, à dimensão descritiva de uma teoria da democracia. Entretanto, segundo Sartori, o que dizemos ser uma democracia está atrelado ao que entendemos que ela deva ser, ponto em que se faz pertinente lembrarmos a análise do autor sobre os custos do realismo político e do idealismo político.

Sartori (1994, p. 321) aborda o problema dos custos do realismo, o qual conduziu ao abandono da função moral característica da política e do governo democráticos. Segundo o autor, é desnecessário associar democracia clássica e objetivos morais, até mesmo porque os gregos não separavam ética e política. Por um lado, é necessário reconhecer os perigos das funções morais do governo, pois a separação entre ética e política foi importante para evitar que posturas políticas odiosas sejam fundamentadas em pleitos morais. Por outro lado,

devemos notar que a crise atual da democracia é uma crise moral, mormente quando se diz aos cidadãos das democracias atuais que eles devem agir de modo racional, ou seja, calcular seu próprio interesse e seu comportamento político como um comportamento econômico individual. A democracia deve ter fundamentos morais, os quais, em qualquer sociedade política livre, estão relacionados com o senso do cumprimento desinteressado dos deveres, nos moldes de uma distinção entre política (“ética” responsável pelas consequências) e ética em sentido estrito (reino da moralidade, ou seja, das ações desinteressadas quanto a suas consequências) baseada em Kant e Weber (SARTORI, 1994, p. 322-4).

Por outro lado, Sartori (1994, p. 325) destaca duas tendências que constituem custos do idealismo: o primitivismo democrático ingênuo, que contrapõe a democracia direta e participativa ao controle e à representação; e a hipertrofia das arenas invadidas pela política e politizadas. A respeito deste segundo problema, ele afirma que a política pode adentrar uma arena para melhor ou – como acontece quando a política se torna superaquecida ou penetra no Judiciário, no exército, no serviço público e nas instituições de ensino – para pior.

Parece-nos que o manejo das virtudes constitui um expediente para minimizar, simultaneamente, os custos do realismo e do idealismo, o que pode ser ilustrado pelo uso da proporcionalidade como “virtude ativa” do Judiciário em sua relação com o Legislativo.

Mendes (2011, p. 162 e ss.) entende que o manejo da “técnica da proporcionalidade” serve como uma linguagem por meio da qual o Judiciário declara o quão legítimo compreende ser para interferir sobre dada questão³. A instituição parlamentar teria legitimidade diretamente proporcional à observância que venha demonstrando ao critério da proporcionalidade como tradutor de uma deliberação atenta à linguagem dos direitos, cabendo ao Judiciário provocar ativamente o diálogo por meio de tal mecanismo quando considerasse necessário. Podemos depreender que Mendes defende a possibilidade de um posicionamento legislativo orientado por metas coletivas, ainda que ofensivo a direitos individuais constitucionais, vir a prevalecer *in concreto* caso o Judiciário, em seu exercício de modulação

³ Mendes (2011, p. 217 e ss.) identifica, na atuação do STF, outros exemplos de técnicas virtuosas: reconhecimento de leis que, devido a uma mutação constitucional, estejam a caminho da inconstitucionalidade; modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em um exercício de prudência consequencialista, o qual considera o impacto e a eficácia da decisão; estabelecimento de prazo para que o Executivo decida, podendo o Judiciário suprir eventual omissão; e o “julgamento a conta-gotas”. Por outro lado, identifica três “vícios passivos”: a definição da pauta de julgamento como um poder administrativo do presidente do tribunal definido por critérios discricionários nem sempre relacionados à ordem de chegada dos casos; o voto-vista, permissão para que qualquer ministro da corte interrompa um julgamento colegiado sob o pretexto de querer refletir mais sobre o assunto, ainda que anteriormente à manifestação dos demais ministros (o regimento interno do STF prevê prazos para o exercício da reflexão, mas os usos e costumes tornaram vazia essa regra); e a decisão liminar em medida cautelar, a qual permite ao tribunal, estrategicamente, esperar manifestação legislativa a respeito, de forma que a ação perca objeto e não seja resolvida no mérito (MENDES, 2011, pp. 217 e ss.).

de sua própria função revisora, não se considerasse legitimado para intervir. Nesse caso, a legitimidade do Legislativo traduzir-se-ia em deferência do Judiciário. A proporcionalidade, pois, não seria usada pelo Judiciário como argumento para o exercício da revisão judicial quando o seu desempenho deliberativo não fosse superior ao de um Legislativo que viesse demonstrando consistência no uso da linguagem principiológica, visto que a relação entre representação do povo pelo Legislativo e autogoverno envolve um direito de errar, o qual seria mais forte em razão diretamente proporcional ao desempenho deliberativo do referido poder. A solução do conflito entre as razões do legislador e do juiz seria, então, pré-determinável pelo jogo político de exercício de virtudes pelo Judiciário, nos moldes de um cálculo pragmático que envolve a busca por um lapso temporal ideal e o exercício de um senso de oportunidade para interferir em questões políticas controversas (MENDES, 2011, p. 41). Podemos, pois, falar, mais uma vez, em um tribunal constitucional que se comporta como membro de um sistema de comitês, calculando suas ações em termos de pagamentos laterais.

A questão remete-nos a Dahl (2014), que enxerga limites pragmáticos ao exercício da revisão judicial, a qual só seria sustentável a longo prazo diante de maiorias frágeis e episódicas. Segundo o autor, não seria nada realista acreditar que as cortes seriam politicamente fortes o suficiente para assumir uma postura ativista quando fosse perceptível a estabilidade da maioria legislativa. Na verdade, a atividade contramajoritária conseguiria, no máximo, atrasar o processo de estabilização do posicionamento majoritário. Como bem notou Mendes (2011, p. 163), aceitar essa afirmação empírica de Dahl estabeleceria uma nova questão: a revisão judicial seria ilegítima e indesejável durante o curto espaço de tempo em que a corte consegue segurar uma maioria estável? Parece-nos que, na proposta de Mendes, uma maioria estável representada por um legislador reiteradamente desatento à linguagem dos direitos seria uma circunstância fática que, mesmo irresistível, não faria a corte questionar sua própria legitimidade para manejar a proporcionalidade, dado que o desempenho deliberativo, e não a impositividade fática, é o critério de legitimidade decisivo na tese do autor. Entendimento contrário acarretaria a perplexidade de admitir que a estabilidade de uma maioria legislativa sistematicamente desrespeitosa à linguagem dos direitos a legitimaria como imune à revisão judicial, o que conduziria a um realismo exacerbado na forma de enxergar o princípio majoritário, possibilitando que a soma de interesses coletivos prevalecesse sobre direitos individuais constitucionalmente assegurados.

Por outro lado, Mendes não deixa de ceder ao realismo ao admitir, de um modo um tanto instrumental-casuístico-utilitarista, que o bom desempenho deliberativo, ao ser reiterado, como uma razão suficiente para que o Judiciário deixe de manejar a

proporcionalidade em certos casos e, conseqüentemente, negligencie direitos individuais constitucionalmente assegurados. Essa delimitação flexível da abrangência do poder de revisão judicial relativiza a ideia de democracia em seu caráter ético, em sentido axiológico. Dizer que a razão justificante para as cortes agirem com deferência é o bom desempenho deliberativo não deixa de ser um modo de atenuar o caráter de pagamento lateral dessa postura. Em outras palavras, na situação-padrão, em que o Legislativo tem bom desempenho deliberativo, o Judiciário, agindo como um comitê, realizaria pagamentos laterais, evitando os conflitos. Apenas em situações inegociáveis, ou diante de um Legislativo patológico, o “comitê tribunalício” entraria em conflito com o “comitê legislativo”. A recíproca, aliás, também é verdadeira, pois um Legislativo que encontra um Judiciário, em regra, deferente tende a se insurgir muito mais raramente contra as suas decisões do que no caso de um Judiciário excessivamente ativista⁴. Em contrapartida, devemos notar que Mendes também está a evitar o idealismo exacerbado, visto que essa realização de pagamentos laterais pelo Judiciário evitaria uma excessiva politização deste, preocupação manifestada por Sartori. Nesse ponto, podemos dizer que o Judiciário, em sua relação com os outros poderes, sempre se comportará politicamente (no sentido de *politics*), tal como em um sistema de comitês (*polity*), e é justamente por isso que o conteúdo de suas decisões precisa guardar certo grau de autocontenção, sob pena de resultar em frequentes inovações políticas (no sentido de *policy*).

6 CONCLUSÃO

Este trabalho assumiu como objetivo geral analisar o problema da relação entre os tribunais constitucionais e os outros dois poderes à luz das ideias de Sartori sobre o papel dos comitês em uma democracia. O cumprimento dos objetivos específicos enunciados na introdução conduziu-nos a concluir – com base em exemplos como o do embate entre a Suprema Corte e Roosevelt em torno do *New Deal*, o da peculiar leitura sobre o posicionamento dos juizes do mesmo tribunal em “Bush vs. Gore” e o das votações unânimes do STF em questões políticas controversas como as ações afirmativas e a união homoafetiva – pela confirmação de nossa hipótese de pesquisa, segundo a qual os tribunais, materialmente, compõem, com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes” e, conseqüentemente, a atuação das cortes não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no interinstitucional.

⁴ A insurgência do Legislativo pode ocorrer por meio da reiteração de leis ou propostas de emenda constitucional com conteúdo semelhante ao daquelas declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Outro expediente, utilizado recentemente pelo Poder Legislativo Federal brasileiro (na forma da “PEC n. 33”), é a tentativa de modificação de questões de *polity*, como as condições do exercício da competência do Judiciário para exercer a revisão judicial.

REFERÊNCIAS

- BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Bobbs-Merrill, 1962.
- CHANTEBOUT, Bernard. **Droit constitutionnel et science politique**. Paris: Armand Colin Éditeur, sixième édition, 1985.
- CONSTANT, Benjamin. **Escritos políticos**. Madrid: CEC, 1989.
- DAHL, Robert. **Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker**. Disponível em: <http://www.criminology.fsu.edu/faculty/gertz/robertdahl.html>. Acesso: jan. 2014.
- _____. **Democracy and its critics**. Yale University Press, 1991.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KATYAL, Neal Kumar. **Justices as Advicegivers**. Stanford Law Review, v. 50, 1997.
- FRIEDMAN, Barry. “Dialogue and Judicial Review”, **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.
- _____. “The Politics of Judicial Review”. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, 2005.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet Miguel. **A tensão hermenêutica entre os papéis representativos do Legislativo e do Judiciário**: uma interpretação construtiva do princípio da separação de poderes. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.
- POSNER, Richard. **How judges think**. London: Harvard University Press, 2008.
- _____. **Law, pragmatism and democracy**. London: Harvard University Press, 2003.
- SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada**, v.1. São Paulo: Ática, 1994.
- SUNSTEIN, Cass. _____. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, 2001.
- STONE-SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47.1, 2008.
- WALDRON, Jeremy. “The core of the case against judicial review”. **Yale Law Journal**, v. 115, 2006.