

Curso FLP0455: Judiciário e Política

AULA 2
15/08/2023

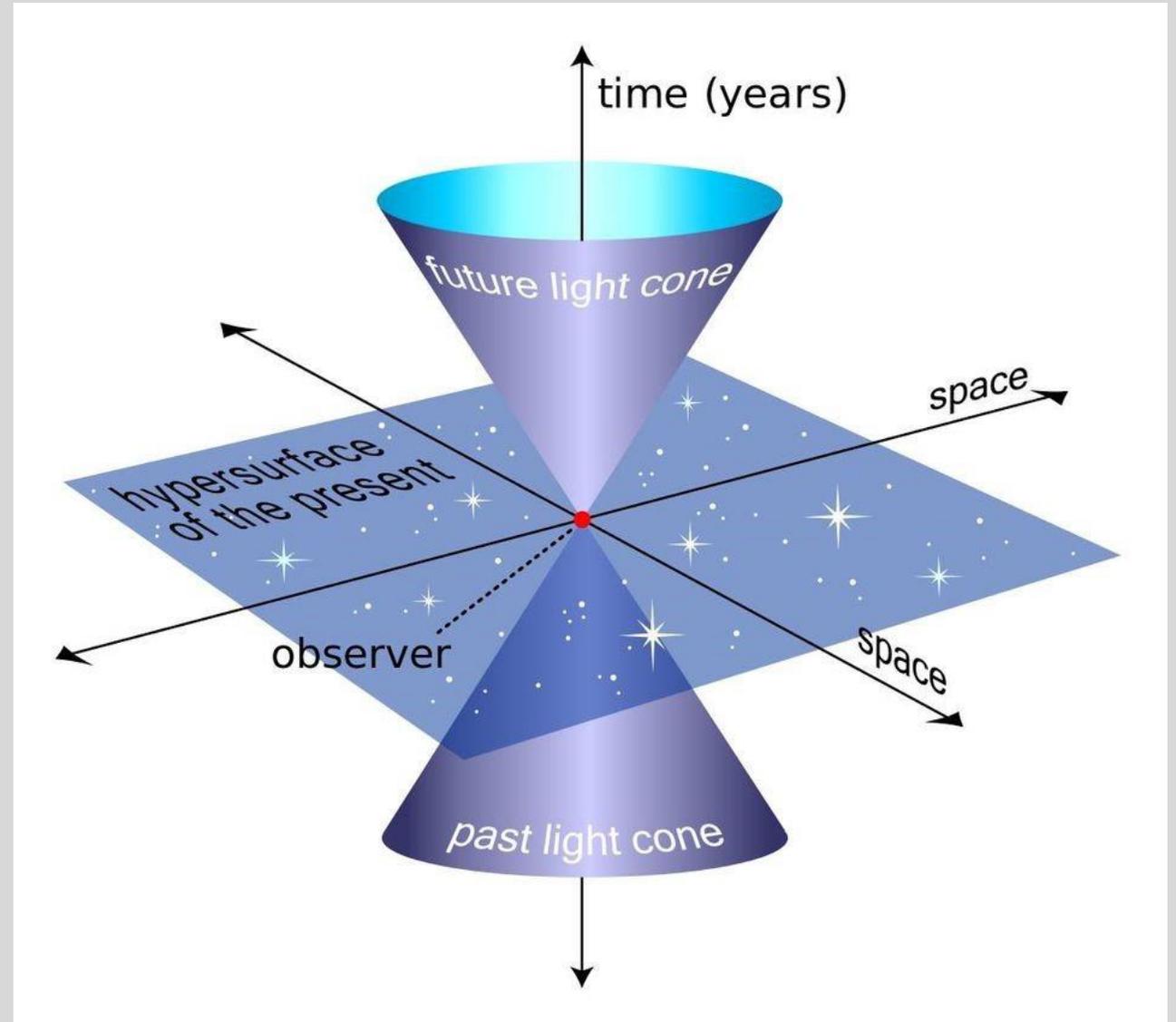
**TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS:
INSTITUIÇÕES CONTRAMAJORITÁRIAS?**

Prof. Rogério Arantes & Jeferson Mariano

Questões preliminares (esquenta)

- O que é democracia?
- O que é constituição?
- A constituição é instrumento (necessário) da democracia?

Limitar o poder
(inclusive o democrático)
no espaço e no tempo



Questões preliminares (esquenta)

- Por que atar as próprias mãos por meio de uma constituição?
- Por que escravizar as gerações futuras por meio de uma constituição?
- Por que uma constituição ratificada pelos mortos pode ou deve governar os vivos?

A ideia de pré-compromisso e o paradoxo da democracia constitucional

- “É um absurdo que a vontade acorrente o futuro” (Rousseau)
- Por que um governo baseado na vontade popular deve ser estrangido por uma constituição?
- Considerando as regras de **emendamento** de uma constituição, por que uma minoria tem a faculdade de impedir que a constituição seja reformada de tempos em tempos?
- Por que juízes de uma **suprema corte** têm a prerrogativa de dizer o que é e o que não é constitucional, e se colocam acima da soberania popular quando o fazem?

Democracia, liberalismo e constitucionalismo nas duas experiências históricas paradigmáticas: USA e França

Convenção de Filadélfia, USA, 1787



Assembleia Nacional Francesa, 1789



O debate Jefferson x Madison

- **Jefferson (1743-1826)**. Em carta a Madison, em 1789: “Uma geração de homens tem o direito de comandar a de outros?” **NÃO!**
- **“A terra pertence aos vivos e não aos mortos”**
- **“Os mortos não tem direitos, não são nada”**
- **“Uma geração está para outra assim como uma nação independente está para outra”**
- **“Nenhuma sociedade pode fazer uma constituição perpétua nem sequer uma lei perpétua”**

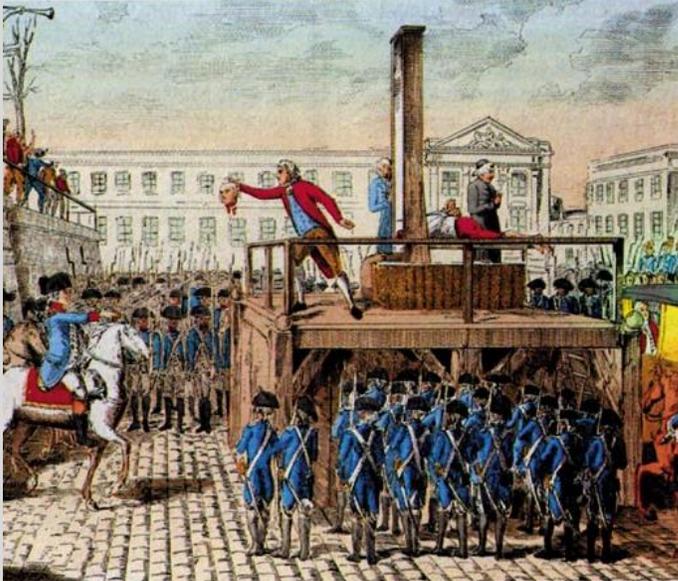


O debate Jefferson x Madison

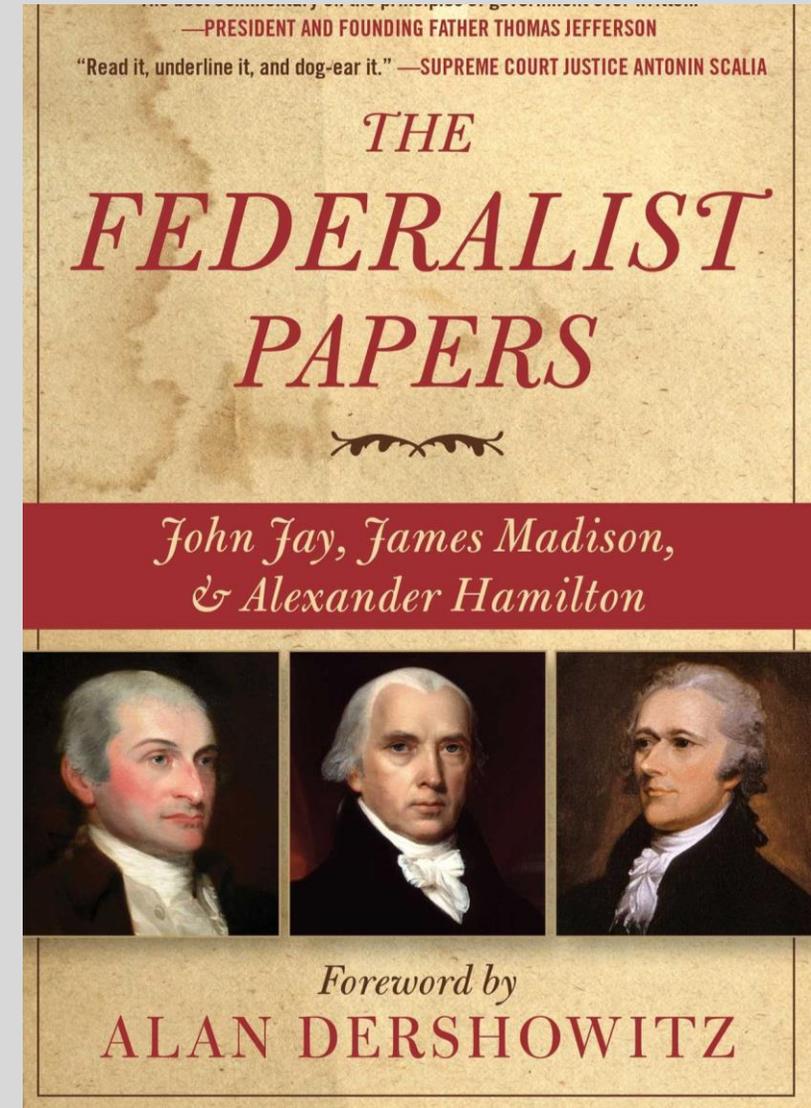
- E com base nas tabelas atuariais de Buffon, Jefferson calculou em 18 anos e 8 meses (19 para arredondar) a expectativa de vida de uma geração aos 21. Era o tempo que deveria durar uma constituição.
- Plebiscitos nacionais deveriam ser realizados a cada geração, para a escolha da forma de governo e das leis fundamentais.
- Somente assim o presente se livraria do passado e a geração atual teria o destino em suas próprias mãos.



O problema da tirania da maioria

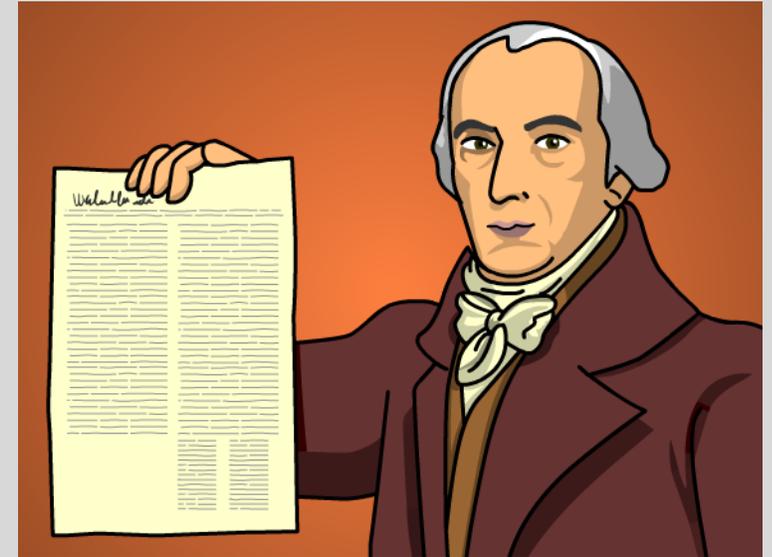


Tocqueville: o judiciário é maior contrapeso à democracia nos Estados Unidos



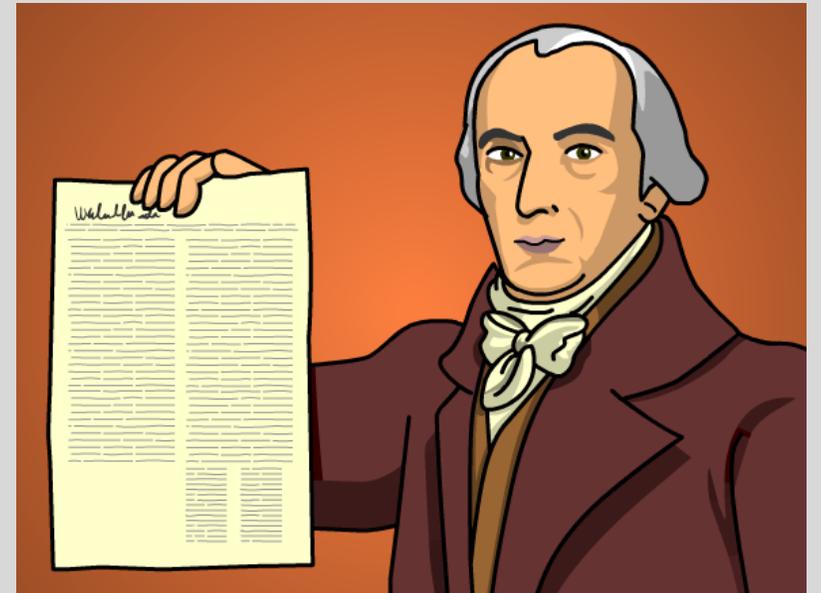
A resposta pragmática de Madison e dos constitucionalistas (S. Holmes)

- Uma constituição herdada pode ajudar a possibilitar a democracia, assim como estabiliza-la.
- Assim, não escraviza, mas libera as gerações futuras.
- Convenções constitucionais periódicas, como queria Jefferson, mais atrapalhariam do que ajudariam – domínio das paixões.
- Pela constituição atamos nossas próprias mãos, mas nos livramos de cargas consideráveis.
- A saída está no emendamento.
- Temos mais chances de evitar os suicídios das democracias e a deslealdade das elites
- Por meio da constituição, a geração zero pode evitar que a geração dois seja vendida como escrava pela geração 1.
- Sobrevivência da própria maioria no longo prazo



A resposta pragmática de Madison e dos constitucionalistas

- O pré-compromisso constitucional faz sentido e não é autoritário: ele visa estabelecer que a pessoa moral, a comunidade cívica, o povo ou qualquer coisa que o valha, que tenha alcançado a liberdade por meio de uma constituição, deve interditar o futuro à hipótese de perde-la (S. Holmes)
- Os mortos não devem governar os vivos, mas podem facilitar que os vivos se governem a si mesmos (S. Holmes)



Ham

trático



Judiciário e Pc

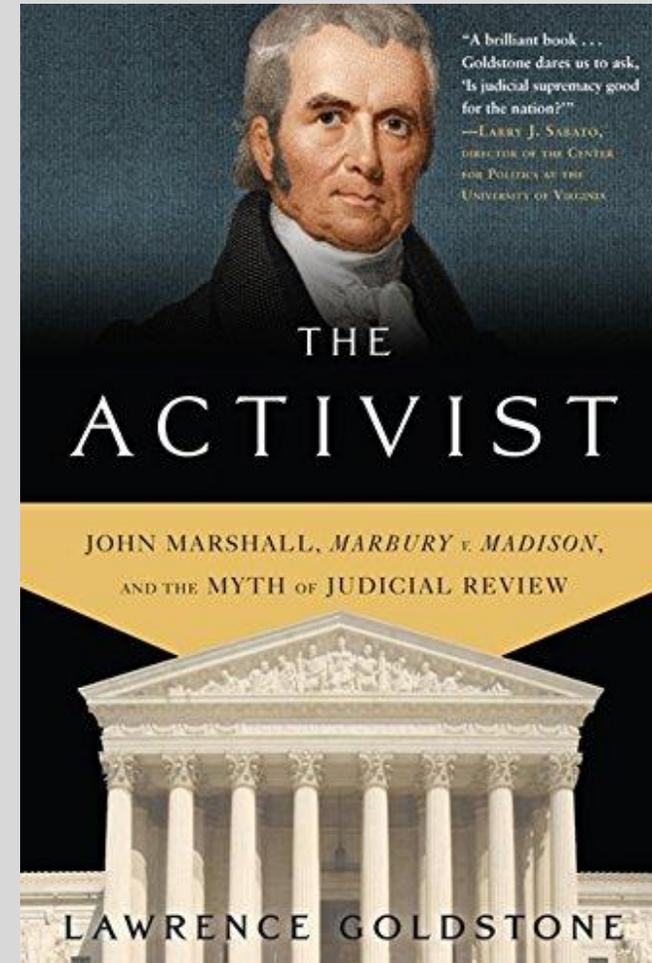
Hamilton e o “mais fraco” dos poderes

- O governo limitado (constitucional) requer uma magistratura independente
- Juízes devem permanecer no cargo *enquanto exibirem bom comportamento* (VITALICIEDADE) e seus salários não podem ser diminuídos (IRREDUTIBILIDADE)
- Não há que temer o Judiciário, pois ele não controla nem a **Espada** (Força=Executivo) nem a **Bolsa** (Orçamento=Legislativo)
- Essa “fraqueza” moderará suas decisões e, no limite, se juízes usurparem a autoridade do legislativo, o Senado tem sobre eles o poder do *impeachment*



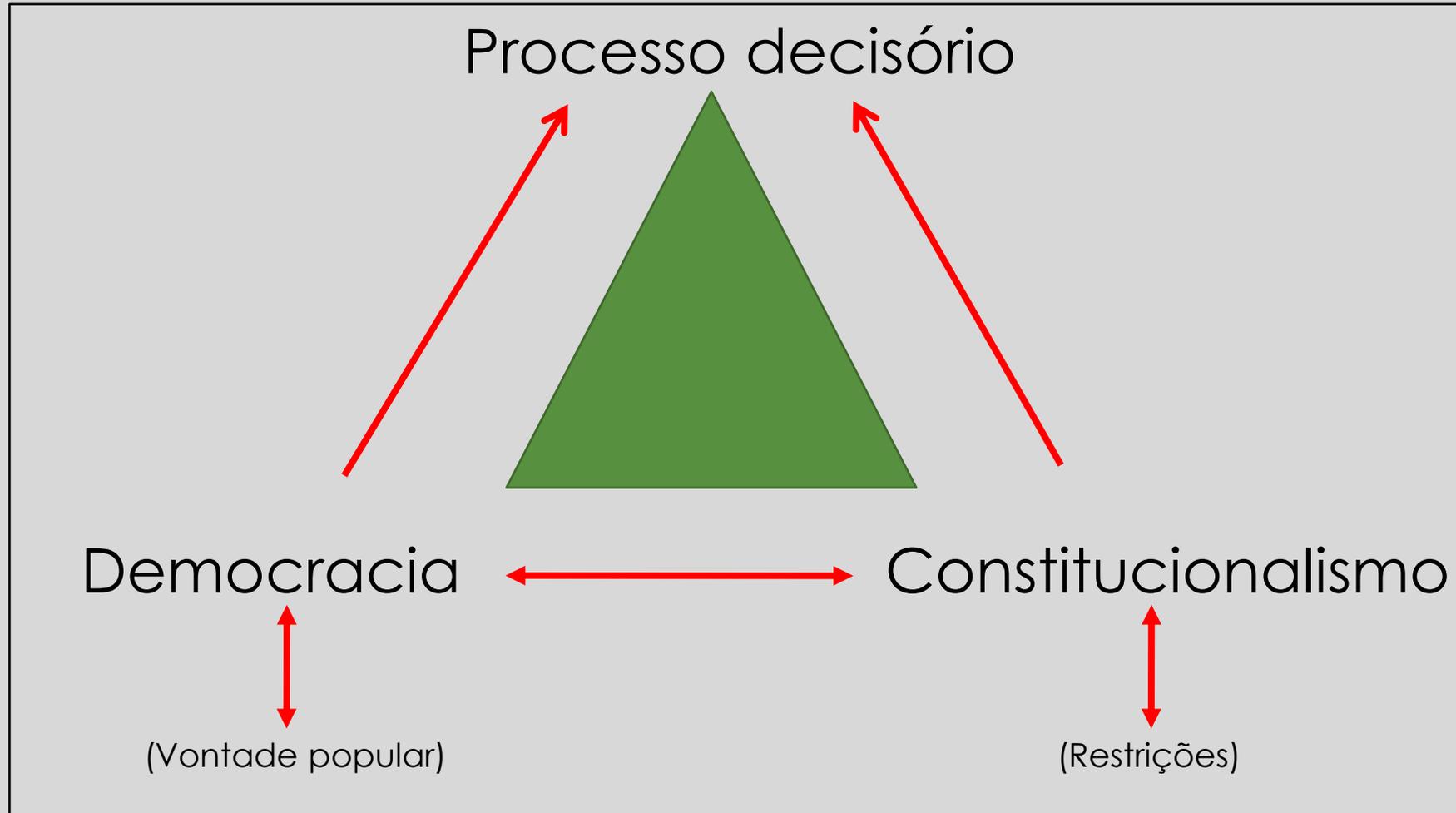
A ORIGEM, NA PRÁTICA

Marbury vs Madison

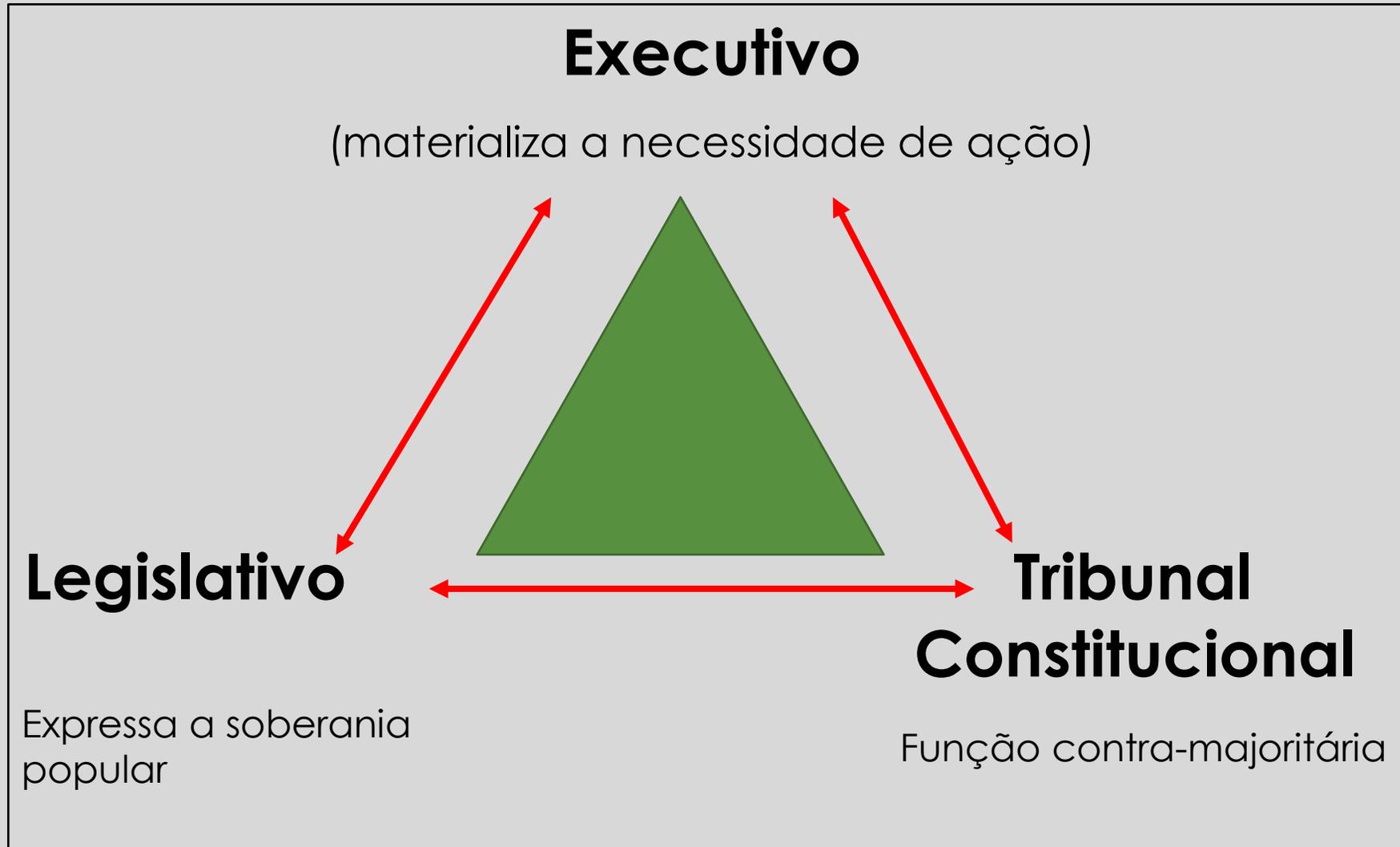




Problema tridimensional (Jon Elster)



Processo decisório em Democracias Constitucionais





DUAS ABORDAGENS DO PROBLEMA

UMA NORMATIVA:

- O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS OU “A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA”
- QUÃO DELIBERATIVAS SÃO AS CORTES CONSTITUCIONAIS?



OUTRA VOLTADA À EXPLICAÇÃO:

- POR QUE POLÍTICOS DELEGAM PODER ÀS CORTES?
- CORTES SÃO MESMO CONTRAMAJORITÁRIAS OU SÃO ABSORVIDAS PELA MAIORIA POLÍTICA?

- a) Processo de nomeação dominado por maiorias.
 - b) Alternância entre os governos e duração dos mandatos dos ministros.
 - c) Reversão das decisões judiciais.
- (Dahl, 1957)

Tabela 1
O intervalo entre as nomeações para a Suprema Corte

Intervalo em anos	Percentual do total de nomeações (%)	Percentual acumulado (%)
Menos de 1	21	21
1	34	55
2	18	73
3	9	82
4	8	90
5	7	97
6	2	99
—	—	—
12	1	100
Total	100	100

Observação: a tabela exclui as seis nomeações feitas em 1789. Eliminando-se as quatro nomeações mais recentes, a tabela se baseia nos dados encontrados na *Encyclopedia of American History*, 461-462 (Morris ed., 1953). Ela poderá conter pequenas imprecisões porque a fonte mostra apenas o ano da nomeação, não o mês. O intervalo de 12 anos compreende 1811 a 1823.

Tabela 2
Percentual dos casos considerados inconstitucionais ordenados por intervalos temporais entre a legislação e a sentença

Número de anos	Legislação do <i>new deal</i> (%)	Outras (%)	Toda a legislação (%)
2 ou menos	92	19	30
3 — 4	8	19	18
5 — 8	0	28	24
9 — 12	0	13	11
13 — 16	0	8	6
17 — 20	0	1	7
21 ou mais	0	12	10
Total	100	100	100

Das 24 leis consideradas inconstitucionais num período de dois anos, 11 foram medidas promulgadas na fase inicial do *new deal*. De fato, as medidas do *new deal* compõem quase um terço de toda a legislação que nunca havia sido declarada inconstitucional em quatro anos após a promulgação.

Tabela 4
Número de casos que envolvem políticas legislativas e não as decorrentes do *new deal* que considerou a legislação inconstitucional em quatro anos após sua promulgação

Intervalo em anos	Política de grande porte	Política de menor porte	Total
2 ou menos	11	2	13
3 — 4	4	9	13
Total	15	11	26

Tabela 5
Tipo de medida congressional em apoio às decisões da Suprema Corte quanto à inconstitucionalidade da legislação num período de quatro anos após a promulgação (exceto a legislação do *new deal*)

Medida congressional	Política de grande porte	Política de menor porte	Total
Reversão da política da Suprema Corte	10(a)	2(d)	12
Mudanças na própria política	2(b)	0	2
Nenhuma	0	8(e)	8
Obscura	3(c)	1(f)	4
Total	15	11	26

Observação: para os casos em cada categoria, ver nota 9.



Uma Corte de Justiça ou uma Corte Política?

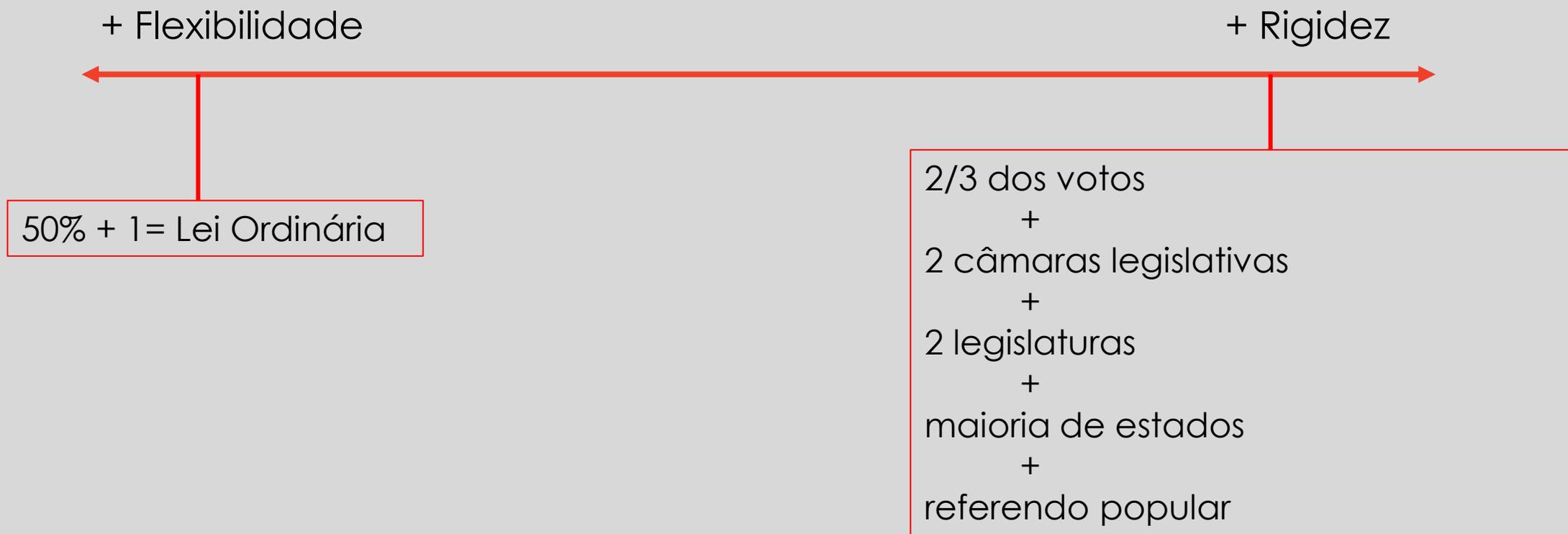
(Dahl, 1957)

“Trata-se de algo meio confuso para os estrangeiros,
divertido para os lógicos e gratificante para o americano
comum que consegue ter o melhor dos dois mundos.”

Democracia: procedimentos, condutas e legitimidade

O que sustenta uma constituição? *

1) Regra de emendamento: dificulta, ao mesmo tempo que autoriza a modificação.



* Mediana de 19 anos

Rigidez constitucional - Emendamento

USA			Brasil	
Iniciativa	Aprovação	Ratificação	Iniciativa	Aprovação
2/3 do Senado + 2/3 da Câmara		3/4 dos legislativos ou convenções estaduais convocadas para este fim	1/3 da Câmara	3/5 dos Deputados (2 x) 3/5 dos Senadores (2 x)
	Convenção		1/3 do Senado	
			Presidente	
2/3 dos legislativos estaduais			Mais da metade das Assembleias Legislativas	
US: 27 emendas em 228 anos (0,118)			BR: 135 emendas em 35 anos (3,85)	

O que sustenta uma constituição?

2) Controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário ou Corte Constitucional



- Rigidez e Revisão são recursos contramajoritários e tendem a caminhar juntas
- A Revisão depende logicamente da Rigidez constitucional.
- Associação com Federalismo, Bicameralismo e Bancos Centrais independentes

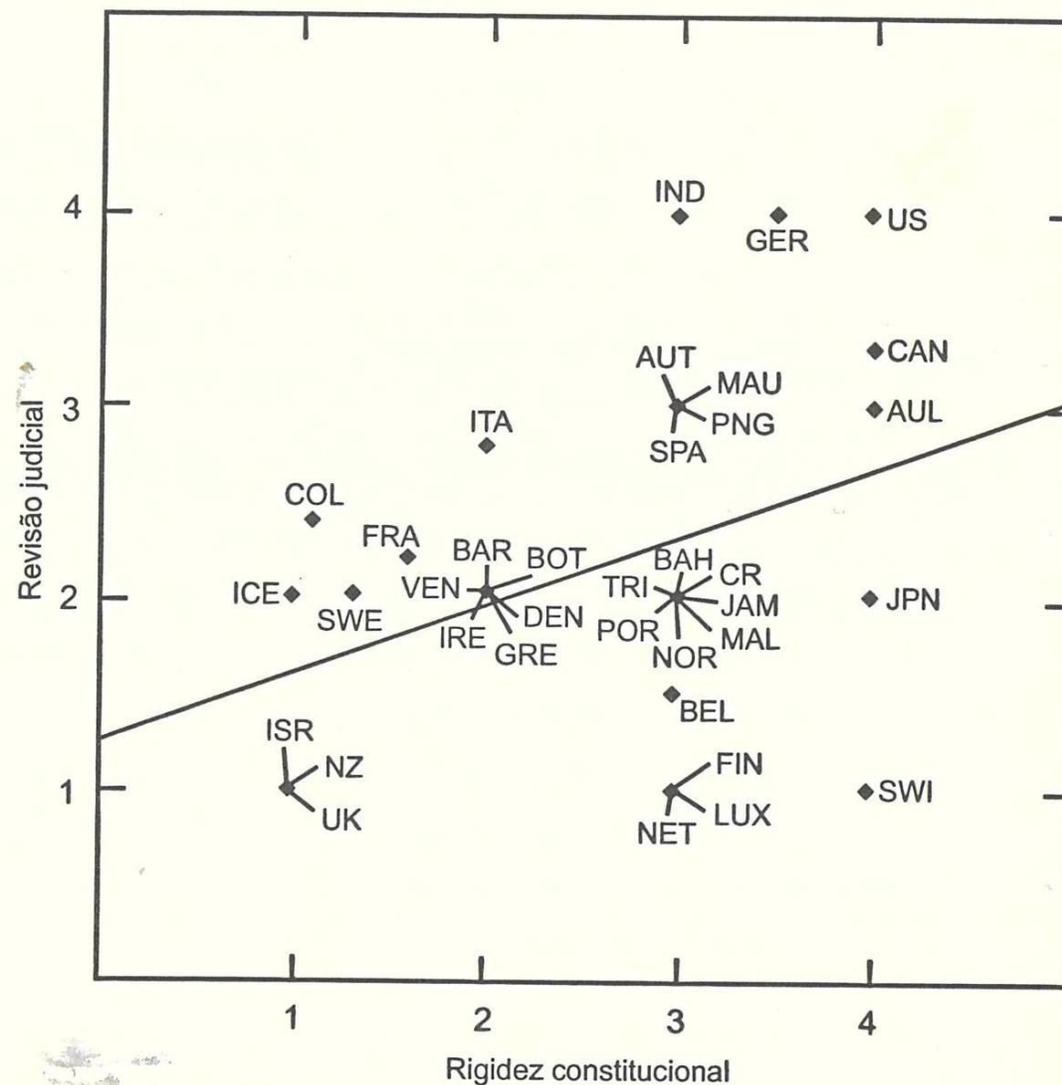
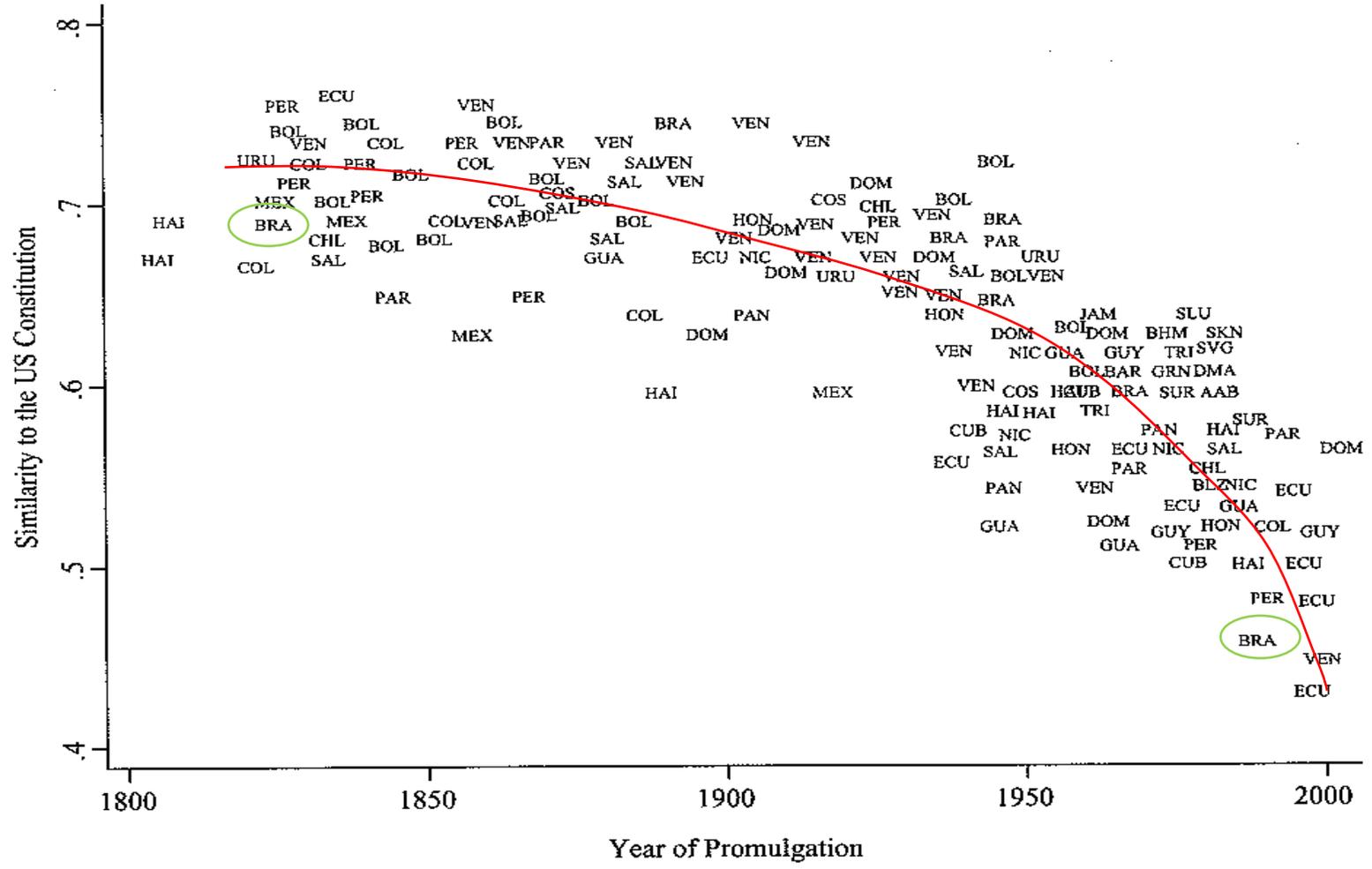


Fig. 12.1 Relação entre rigidez constitucional e revisão judicial em 36 democracias, 1945-96

26

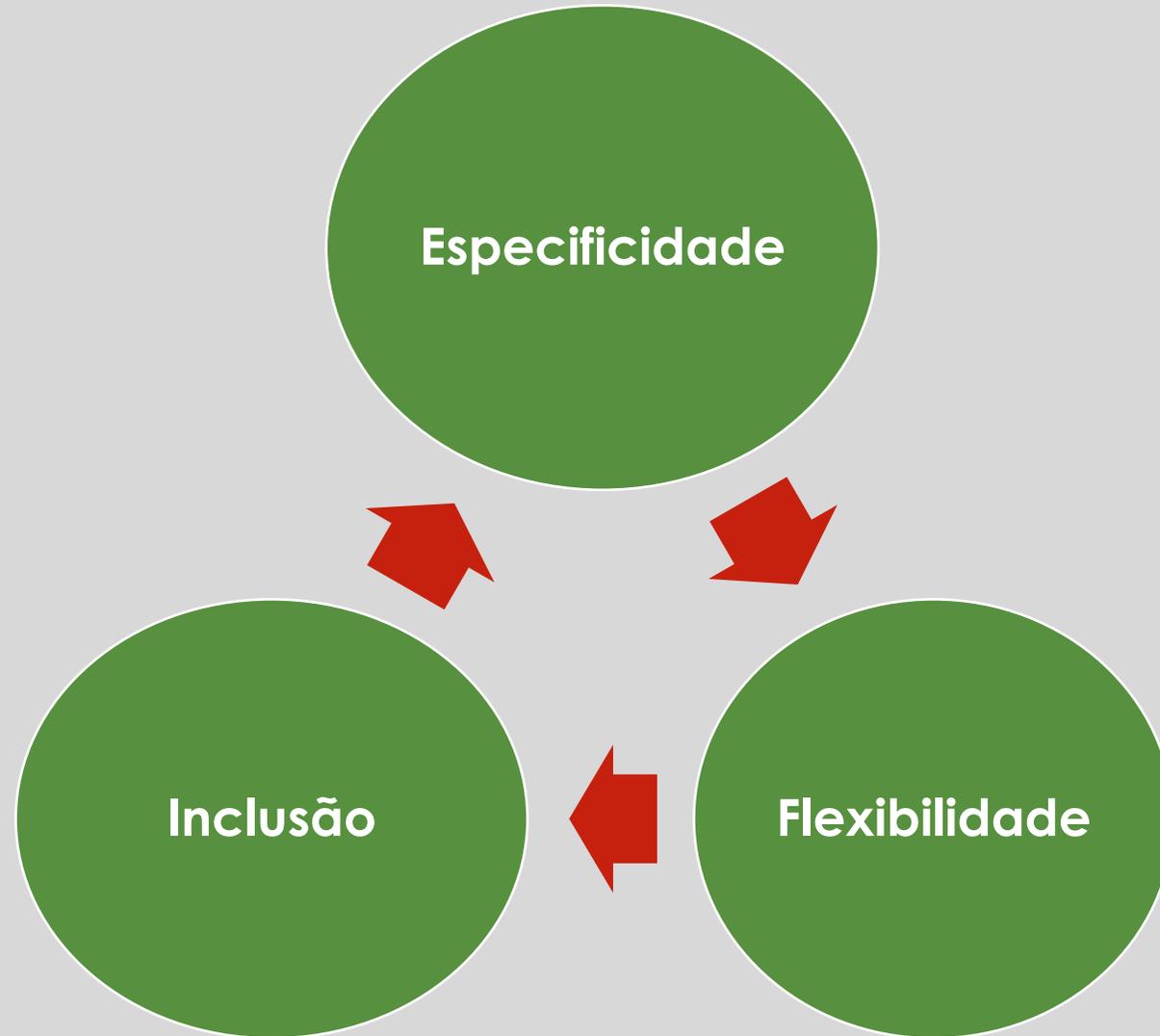
The Endurance of National Constitutions



Política III - Aula 14 - 2023 - Prof Rogério Arantes

FIGURE 2.1. Similarity between Latin American Constitutions and the U.S. Constitution, over Time.

What makes Constitutions Endure? A theory of constitutional renegotiation



Elkins, Ginsburg & Melton (2009)