

RICARDO NAKAI

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

CENTRO UNIVERSITÁRIO AMPARENSE – UNIFIA
Especialização em Direito Constitucional

SÃO PAULO

2010

RICARDO NAKAI

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Constitucional, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO AMPARENSE - UNIFIA.

SÃO PAULO

2010

Para minha esposa Lidiane e nossa filha
Rebeca Mayumi.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por sua Graça e
minha esposa pelo incentivo na
execução deste trabalho.

RESUMO

Neste trabalho apresentaremos uma reflexão sobre a legitimação da jurisdição constitucional brasileira exercida pelo Supremo Tribunal Federal no atual contexto sócio-político e econômico. Abordando o aumento das demandas sociais produto do Estado Democrático Social de Direito e a alteração do espaço de incidência das decisões da jurisdição constitucional, como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Com o aumento da atuação e das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal, os limites classicamente definidos pelo princípio da separação dos poderes têm se mostrado insuficientes para a efetivação das garantias constitucionais, evidenciando a necessidade da densificação da legitimidade da jurisdição constitucional, a ser realizada com o aumento da força normativa da Constituição e a transformação do Supremo Tribunal Federal, com a democratização da escolha de seus membros.

A jurisdição constitucional representa um dos pilares básicos para o estabelecimento do Estado Democrático Social de Direito adquirindo um papel imprescindível para a concretização dos dispositivos constitucionais, ultrapassando, por causa desse motivo, os modestos limites de sua atuação atribuída por Montesquieu.

Nosso Supremo Tribunal Federal não foi estruturado como um autêntico Tribunal Constitucional, pois também funciona como última instância recursal nas ações em que há lesão aos dispositivos constitucionais. Além disso, os juízes ordinários podem decidir acerca da inconstitucionalidade das leis, não havendo a diferenciação entre jurisdição constitucional e ordinária.

Pela sua importância nas sociedades atuais, em que o tribunal constitucional ou a suprema corte exercem a função de intérpretes últimos da Constituição, há necessidade de se conferir ao Supremo Tribunal Federal maior legitimidade nas suas decisões, fazendo com que seus julgados possam ser amplamente aceitos pela sociedade, aumentando a intensidade normativa da Constituição.

Palavras-chave:

Jurisdição Constitucional.

Legitimidade.

Supremo Tribunal Federal.

Modelos Norte-Americano e Europeu.

Natureza do Órgão.

Fundamentação das Decisões Judiciais.

Direitos Fundamentais.

Política na Jurisdição Constitucional.

Direito Comparado.

Tribunal Constitucional.

Direito Comparado.

Composição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1.1 Constituição	10
1.2 O Supremo Tribunal Federal brasileiro	11
2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	14
2.1 Conceito	14
2.2 Modelos Norte-Americano e Europeu	16
2.3 Natureza do Órgão que exerce a Jurisdição Constitucional	18
2.4 O Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais e o STF	19
2.5 Política na Jurisdição Constitucional	23
2.6 O Supremo Tribunal Federal na Defesa dos Direitos Fundamentais	26
3 TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS	34
3.1 Direito Comparado	34
3.2 Composição do Supremo Tribunal Federal	39
CONCLUSÃO	46
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUÇÃO

Neste trabalho apresentaremos uma reflexão sobre a legitimação da jurisdição constitucional brasileira exercida pelo Supremo Tribunal Federal no atual contexto sócio-político e econômico. Abordando o aumento das demandas sociais produto do Estado Democrático Social de Direito e a alteração do espaço de incidência das decisões da jurisdição constitucional, como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

As maiores críticas com relação à legitimidade da atuação da jurisdição constitucional não ocorrem nem no controle difuso de constitucionalidade, onde a análise se reduz a um caso concreto, nem no controle abstrato clássico, em que o Judiciário retira do ordenamento jurídico normas que foram feitas pelo Poder Legislativo, em contradição com as determinações da Constituição. Ocorrem, de forma preponderante, quando a decisão judicial, tanto no controle concentrado como no difuso, tem a finalidade de colmatar as omissões do Legislativo e as do Executivo em realizar as prestações garantidas na Lei Maior, dentro de uma função que não lhe é típica, segundo os traços da teoria clássica da separação dos poderes.

A jurisdição constitucional representa um dos pilares básicos para o estabelecimento do Estado Democrático Social de Direito adquirindo um papel imprescindível para a concretização dos dispositivos constitucionais, ultrapassando, por causa desse motivo, os modestos limites de sua atuação atribuída por Montesquieu.

Atualmente, assistimos a um aumento no exercício da jurisdição constitucional e das funções judiciárias em quase todos os países ocidentais. Com exceção dos países que seguem o sistema do *common Law*, pelas peculiaridades que lhes são inerentes, essa preponderância de atuação não encontra um respaldo histórico de longa data, sendo formado mais por contingências fáticas, fruto do desenvolvimento do modelo econômico. O fator que mais força exerce para o alargamento da atuação da jurisdição constitucional é o fortalecimento dos direitos fundamentais, que ocorre de forma global, principalmente nas democracias ocidentais. As influências

internacionais de forma clara contribuem para essa expansão e se estendem a todos os países, não de forma homogênea, variando muito sua intensidade de acordo com as realidades sociopolítico-econômicas. No Brasil, essas causas são muito peculiares, temos como elemento unificador a atuação cada vez mais presente da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário, em todas as esferas de atuação estatal.

Inicialmente faremos uma breve abordagem sobre a evolução histórica da Constituição, como a definimos modernamente, bem como apresentaremos as origens do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Estudaremos o conceito, a abrangência e a importância da jurisdição constitucional, analisaremos o modelo norte-americano e o modelo europeu, e, a divisão doutrinária quanto à natureza do órgão que a exerce.

Em seguida apresentaremos os Tribunais Constitucionais existentes em outros países, em especial na Alemanha, e as propostas apresentadas pela doutrina para a transformação do Supremo Tribunal Federal e até mesmo para a criação do Tribunal Constitucional brasileiro, bem como os Projetos de Emenda Constitucional – PEC, referentes ao tema.

Pretendemos, assim, instigar uma reflexão sobre a necessidade de transformação do Supremo Tribunal Federal em um autêntico Tribunal Constitucional, independente e desvinculado do Poder Judiciário, legitimando a prestação da jurisdição constitucional, com a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, uma vez que a influência política na escolha dos seus membros e a influência dos poderes estabelecidos compromete a sua atuação e a aceitação de suas decisões pela sociedade brasileira.

O trabalho foi realizado com base em artigos de jornais, periódicos jurídicos, doutrina, legislação e na exposição do pensamento de alguns autores sobre a jurisdição constitucional no atual Estado Democrático Social de Direito.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 Constituição

O Estado pode ser conceituado como sendo a organização de um povo sobre um território determinado, dotada de soberania e para atingir um conjunto de finalidades. Nesta concepção, a Constituição seria a forma desta organização.

A Constituição provém do racionalismo do século XVIII. Textos anteriores, como a *Magna Charta Libertatum*, importante por estabelecer pela primeira vez, no início do século XIII, o princípio fundamental de que o rei não está acima da lei e os Pactos Medievais, que muitos autores afirmam terem sido formas rudimentares de leis fundamentais, não podem ser considerados como Constituições. Apenas no século XVII aparecem textos que se aproximam do conceito atual de Constituição, tais como o *Mayflower Pact* (1620) e o *Agreement of People* (1647), porém eles também não pretendiam estruturar de forma ampla a vida política do Estado, faltava-lhes visão do conjunto, pois eram apenas produtos de força para proteger interesses específicos.

As primeiras Constituições consideradas liberais abrangiam direitos civis e políticos, sua concretização era preponderantemente formal, sem oferecer nenhum mecanismo para a real efetivação dos preceitos constitucionais. Apenas a burguesia, classe econômica mais influente, poderia obter a efetiva tutela dos seus direitos. Historicamente, a Constituição funcionou como ferramenta para sepultar o absolutismo reinante, estabelecendo a separação das funções estatais, impedindo a concentração do poder em um único órgão e limitando o arbítrio estatal, com a proteção jurídica dos direitos fundamentais.

As pressões e os conflitos sociais têm forçado o constitucionalismo puramente jurídico a ceder lugar ao constitucionalismo político democrático e social, contudo sem perder o seu traço marcante que é a limitação, pelo Direito, da ingerência do Estado (Governo) na esfera privada.

Para José Afonso da Silva, o Direito Constitucional estabelece a estrutura do Estado, a organização de suas instituições e órgão, o modo de aquisição e exercício do poder, bem como a limitação desse poder, por meio, especialmente, da previsão dos direitos e garantias fundamentais¹.

Nesta concepção, a Constituição de 1988 representa na conturbada história constitucional brasileira, o primeiro encontro real entre o poder constituinte e o poder popular, de modo que somente a partir dela é que se pode falar, entre nós, num legítimo Estado Democrático de Direito.

1.2 O Supremo Tribunal Federal brasileiro

O Supremo Tribunal Federal nasceu com a República, inspirado na Suprema corte dos Estados Unidos da América. Foi criado pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890 e regulamentado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro, que organizou seu funcionamento.

No período colonial, o órgão recursal existente eram os Tribunais de Relação, que funcionavam como segunda instância dos juízes singulares. Após a vinda da família real portuguesa, foi criada a Casa de Suplicação, instituída por Alvará Régio, do Príncipe Regente D. João, que passou a exercer o papel de esfera recursal dos Tribunais de Relações provinciais. Sob a vigência da Constituição de 1824, a Casa de Suplicação foi transformada em Superior competente para o julgamento definitivo de todas as lides, independentemente de seu valor.

O Superior Tribunal de Justiça era composto de 17 juízes, escolhidos das Relações pelo critério de antiguidade e condecorados com o título de conselheiro. Dentre suas principais competências, devem ser mencionadas a de conceder ou denegar as causas julgadas pelos Tribunais de Relações, nos casos de manifesta nulidade ou injustiça notória; conhecer os delitos e nos casos de manifesta nulidade ou injustiça notória; conhecer os delitos e os erros de ofício cometidos por seus conselheiros, membros das Relações, empregados do corpo diplomático e Presidentes das Províncias;

¹ José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 1999, p.551

além de decidir sobre os conflitos de jurisdição e de competência entre as Relações.

O Superior Tribunal de Justiça foi o órgão judiciário que se configurou no embrião para a criação do Supremo Tribunal Federal, inclusive fornecendo os membros para sua composição.

A estruturação do Supremo Tribunal Federal, no momento de sua criação, seguiu o modelo da Suprema Corte norte-americana, de controle difuso, enquanto os tribunais constitucionais típicos de países europeus, de controle concentrado.

O STF não seguiu os moldes dos tribunais constitucionais europeus, que têm a exclusividade de exercício da jurisdição constitucional. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Além da missão de guardião da Constituição, desempenha o papel de órgão recursal, funcionando como uma quarta instância para o Poder Judiciário. Com essa dupla função, não consegue se dedicar exclusivamente à jurisdição constitucional. Outro problema gerado por essa acumulação de funções é que interesses corporativos podem interferir em sua atuação, pelo fato de representar o órgão máximo da estrutura do poder judiciário.

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado muito cuidado para não ingressar no mérito das questões propriamente políticas, que lhe são submetidas, mesmo que o conceito envolva aspectos jurídicos, em nome da Separação dos Poderes. No entanto, nem sempre esta postura é social e institucionalmente possível, uma vez que a completa inércia da Corte pode causar prejuízos irreparáveis à sociedade e ao Estado. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a Corte brasileira “só tem levado em consideração, até o dia de hoje, o elemento político quando é o interesse da classe dominante e jamais considera o da maior parcela da população brasileira”².

A abrangência de competências e a forma centralizadora de escolha de seus membros fazem com que o Supremo Tribunal Federal venha recebendo críticas de vários setores da sociedade, que contribuem para o

² Celso Antônio Bandeira de Mello, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2005 p.8

fortalecimento da proposta de transformá-lo em um tribunal constitucional, nos padrões europeus, com adaptações, evidentemente, a nossa realidade social.

Orlando Soares elenca os motivos de insatisfação com a atuação do Supremo: “Dentre os motivos e fatores, que frustraram as expectativas, quanto à missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, podem ser citados os seguintes: decisiva influência do poder econômico, nos destinos do país; autoritarismo político; prepotência e indisciplina das Forças Armadas; pressões imperialistas, atuando nos bastidores, provocando instabilidade institucional, permanentemente; concepções ideológicas retrógradas, por parte das chamadas elites jurídicas, e assim por diante”³.

O professor José Afonso da Silva⁴ destaca que a redução da competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional, não o converte em Corte Constitucional, pois não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal ou juiz a conhecer de prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção e porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar a inconstitucionalidade.

³ Orlando Soares. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 1991, p. 458

⁴ José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 1999, p.556.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Conceito

Podemos conceituar a jurisdição constitucional como a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que a realidade fática seja devidamente normatizada pelas estruturas abstratas, abrangendo toda a prestação jurídica compreendida nos dispositivos constitucionais, garantindo o princípio da universalidade de jurisdição e o resguardando o Estado Democrático Social de Direito.

Neste sentido, a jurisdição constitucional abrange: a proteção e garantia da concretização dos direitos fundamentais, o controle e fiscalização do sistema eleitoral, englobando os institutos da democracia participativa, como o plebiscito e o referendo, velando pela lisura das eleições, o funcionamento como instância judiciária para assegurar o equilíbrio federativo, solucionando os litígios entre os entes componentes do Estado, fixando os limites de incidência da competência dos entes federativos e controlando os poderes públicos para que possam atuar com eficiência e atender ao bem comum da sociedade.

O desenvolvimento dos regimes democráticos, com o predomínio da vontade popular na criação das leis, a reformulação da teoria da separação dos poderes, onde a autonomia das atividades dos poderes serve tanto para aumentar a eficiência dos órgãos estabelecidos e impedir a formação de regimes autoritários, quanto para concretizar as prerrogativas previstas na Constituição, impedindo que os dispositivos constitucionais tenham valor meramente simbólico, possibilitaram a implantação de um órgão incumbido de exercer a jurisdição constitucional, seja por intermédio de um tribunal constitucional, seja por meio de uma suprema corte.

A teoria da separação dos Poderes mostrou-se insuficiente, assim como está superado o modelo de democracia puramente representativa, uma vez que o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa a

ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes (Legislativo e Executivo), no âmbito do Estado moderno.

A jurisdição constitucional é um valioso instrumento para a superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação e pelos grupos de interesses. Os juízes e tribunais constitucionais são imprescindíveis para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório.

O desenvolvimento da atuação da jurisdição constitucional só foi possível devido à densificação do princípio da supremacia das normas constitucionais, com a submissão de todos os poderes estatais ao conteúdo estipulado na Constituição, que deixa de ser concebida como um texto que legitima a atuação das classes dominantes, para se constituir em texto de eficácia concreta plena, com a participação de todos os poderes estabelecidos.

Neste sentido, podemos afirmar que a jurisdição constitucional tem a função, de garantir a concretude normativa dos mandamentos da Constituição, por ser o alicerce do ordenamento jurídico, sua força normativa tem que ser continuamente densificada porque a ineficácia de suas normas representará a ineficácia de todo o sistema normativo.

Assim, a jurisdição constitucional implica no abandono do papel passivo na defesa da Constituição para uma atuação ativa, assegurando-lhe concretude normativa, principalmente para as normas constitucionais programáticas.

Nosso Supremo Tribunal Federal não foi estruturado como um autêntico Tribunal Constitucional, pois também funciona como última instância recursal nas ações em que há lesão aos dispositivos constitucionais. Além disso, os juízes ordinários podem decidir acerca da inconstitucionalidade das leis, não havendo a diferenciação entre jurisdição constitucional e ordinária.

Pela sua importância nas sociedades atuais, em que o tribunal constitucional ou a suprema corte exercem a função de intérpretes últimos da Constituição, há necessidade de se conferir ao Supremo Tribunal Federal maior teor de legitimidade, fazendo com que seus julgados possam ser amplamente aceitos pela sociedade, aumentando a intensidade normativa da Constituição.

2.2 Modelos Norte-Americano e Europeu

Os modelos que exercem maior influência na jurisdição constitucional mundial são o norte-americano (natureza difusa) e o europeu (natureza concentrado), que centraliza suas decisões em um tribunal constitucional.

A origem das diferenças entre eles decorre de fatos históricos, formados ao longo da história constitucional dos dois modelos. O sistema europeu foi estruturado em decorrência da formação de regimes autoritários, que contavam com o respaldo popular e ensejaram todas as hecatombes da Segunda Guerra Mundial. Por sua vez, o sistema americano foi influenciado pelos direitos ligados ao liberalismo político, desenvolvidos ao longo do processo de independência, que formaram a essência da cultura jurídica dos Estados Unidos.

O modelo europeu foi inspirado no Tribunal Constitucional austríaco de 1920, influenciado pela Confederação Helvética (século XIX), que criou um tribunal específico para dirimir conflitos entre normas produzidas pelo poder central e as de diversos cantões e províncias, tem apresentado maior influência em outros países, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, com o reconhecimento progressivo do princípio da supremacia da Constituição.

A influência do modelo norte-americano decorre do fato de ter sido o primeiro a estabelecer a prerrogativa de anular os dispositivos infraconstitucionais que violassem os mandamentos constitucionais (*null and void*), construindo a partir desta decisão um arcabouço jurisprudencial que reafirma o papel da Suprema Corte como guardião da Constituição.

Nos Estados Unidos o *judicial review* não teve assento expresso no texto constitucional, havendo resultado de uma construção jurisprudencial levada a efeito por John Marshall, em *Marbury v. Madison*. O controle no sistema americano é realizado no desempenho normal da atividade judicial, de modo incidental e difuso. No modelo europeu, por sua vez, foram criados tribunais constitucionais, fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário, com a função específica de guarda da Constituição, competência que exercem privativamente, de forma concentrada, embora o acesso à corte possa ocorrer de modo principal (ação direta) ou incidental.

Em comum, os dois sistemas concordam quanto à finalidade da jurisdição constitucional, instrumento de desenvolvimento do regime democrático e aprimoramento dos *checks and balances*, para o aperfeiçoamento da defesa dos direitos fundamentais.

Em ambos, a consequência prática da declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte ou pelo Tribunal Constitucional importa na paralisação da eficácia da norma, com alcance *erga omnes*, ou em sua retirada do sistema jurídico, atividade equiparada à de um legislador *negativo* (que não cria norma, mas pode suprimi-la)⁵.

O professor Alessandro Pizzorusso⁶ defende que nas últimas décadas a diferença entre o sistema norte-americano e o europeu tem se reduzido bastante porque os dois estão apresentando características semelhantes. No sistema europeu, principalmente na Alemanha e na Espanha, há proximidade com o sistema difuso, através do juízo de prejudicialidade, em que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, assume, em via reflexa, o caráter de nulidade de um ato normativo ou de uma decisão judicial. Nas ações do sistema concentrado, a exemplo do recurso de amparo e do *verfassungsbeschwerde*, somente se pode recorrer ao tribunal constitucional depois da impetração de recurso de última instância, requisito que exige que se esgotem todas as instâncias da jurisdição ordinária, procedimento necessário e igual para que um recurso possa ser decidido pela Suprema Corte norte-americana, por essa razão defende que a diferenciação não seria mais entre o

⁵ Walber de Moura Agra. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. 2005, p. 19 e ss

⁶ Alexandre Pizzorusso. **Sistemi giuridici comparati**. 1998, pp. 248-249.

sistema europeu e o norte-americano, mas entre um sistema concreto e outro abstrato de controle de constitucionalidade das normas.

Em resumo podemos dizer que o sistema europeu tem como objetivo fundamental a proteção do princípio da igualdade (proteção dos valores democrático-sociais), enquanto o norte-americano tem como escopo a proteção do princípio da liberdade (defender os valores liberais).

2.3 Natureza do Órgão que exerce a Jurisdição Constitucional

Quanto à natureza do órgão que exerce a jurisdição constitucional, a doutrina se divide entre os que defendem a natureza jurídica e os que defendem a sua natureza política.

Os doutrinadores, como Kelsen, que defendem a natureza jurídica do órgão que exerce a jurisdição constitucional partem dos seguintes argumentos: que os conflitos são solucionados com base na Constituição e em métodos jurídicos; que a discricionariedade das decisões não é absoluta por causa do marco da Lei Fundamental; que as decisões prolatadas têm que ser fundamentadas com base na Carta Magna; que essa jurisdição não pode ser exercida por um órgão que participa do processo de criação normativa.

Outra parte da doutrina, como Carl Schmitt, defende que o órgão encarregado de realizar a Jurisdição constitucional tem natureza política, sustentam que: a subsunção normativa não ocorre diante de um caso concreto, atingindo normas de forma genérica e abstrata; suas decisões inovam no ordenamento jurídico e em consequência não podem ser controladas por órgão jurídico; sua definição como taxionomia jurídica super dimensionaria o Poder Judiciário, criando um “Estado Judicial”; que o grau de discricionariedade contido nas decisões dessa jurisdição é igual ao contido nas decisões políticas. Ou seja, apesar dos limites impostos pelo texto constitucional, sua incidência é guiada por interesses políticos, que são sempre os alicerces das decisões judiciais, bem como político é o critério de indicação de seus juízes.

No entanto, as decisões de um tribunal constitucional não são qualitativamente diferentes das proferidas pelas instâncias inferiores, a

diferença é que essas resolvem controvérsias relacionadas à aplicação de normas infraconstitucionais, enquanto o tribunal atua com legislador negativo, pois expurga a norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

No Brasil, a maior parte da doutrina considera que a taxionomia do Supremo Tribunal Federal e suas decisões tem natureza jurídica, apesar de existir alguma discordância acerca desse fato. Ele, ao contrário dos tribunais constitucionais europeus, não pode ser considerado como um poder distinto dos demais, pois faz parte do Poder Judiciário, configurando-se como seu órgão de cúpula. Fazendo parte desse poder, em que seus órgãos têm natureza nitidamente jurídica, sua taxionomia não poderia ser diferente, apesar da maior discricionariedade de suas decisões e da forma peculiar de sua composição. O que não pode se negar é que os ministros do Supremo Tribunal Federal atuam em normas jurídicas que apresentam alto teor de sentido político, os mandamentos constitucionais.

A motivação das decisões do Supremo Tribunal Federal envolve, mesmo que de forma extrínseca, apenas argumentos jurídicos, recolhidos ao longo do processo. A motivação das decisões judiciais é a mais segura garantia de que serão proferidas nos moldes jurídicos, mesmo que diante de matérias que tragam notórias conseqüências políticas e dentro de um amplo campo de discricionariedade.

A teoria da neutralidade do Judiciário tem a finalidade de legitimar a jurisdição constitucional sem fugir aos parâmetros estabelecidos pelo princípio do *rule of Law*, concebendo as decisões dos tribunais constitucionais como imparciais, justificando sua atuação no processo político, na medida em que realizam a função de velar pela eficácia dos mandamentos da Lei Maior.

2.4 O Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais e o STF

O Poder Constituinte Originário reiterou a exigência de fundamentar as decisões judiciais, no artigo 93, IX da Magna Carta, consagrando-o como princípio constitucional, “espécie” do princípio “gênero” do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, dentre as garantias individuais e coletivas,

dirigidas não apenas às relações entre indivíduos, mas também, entre indivíduo e Estado, protegendo todo e qualquer cidadão de eventuais arbitrariedades.

Houve uma evolução na forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, para proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para poder impugnar a decisão, permitindo que os Tribunais pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Atualmente, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência, a própria Justiça decide com imparcialidade e com conhecimento de causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional, trata-se de um juízo lógico que visa perpetuar a justiça, onde é indispensável a apresentação clara de sua motivação, por ser uma regra de proteção da sociedade, e não apenas das partes, evitando-se a arbitrariedade da vontade estatal.

Na lição de Rui Portanova, o princípio da motivação das decisões judiciais é *“uma imposição do princípio do devido processo legal em que se busca exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa”*⁷.

Eduardo Couture, quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais, diz que se trata de *“uma maneira de fiscalizar a atividade intelectual do Juiz frente ao caso, a fim de poder-se comprovar que sua decisão é um ato refletido, emanado de um estudo das circunstâncias particulares, e não um ato discricionário de sua vontade arbitrária”*⁸.

Deste modo, a fundamentação não se resume a mencionar a norma. A visão tridimensional do direito deve estar presente, nas palavras de Rui Portanova *“sendo o direito, pelo menos, fato, valor e norma, fundamentação bastante é aquela que atende a essas três dimensões.”* Diz ainda, que *“além da análise da norma, fundamentar também significa proceder a exame discriminado, específico, dos fatos e das provas, informando o motivo do maior ou menor peso atribuído”*.

⁷ Rui Portanova. **Princípios do Processo Civil**. 2005, p. 248

⁸ Eduardo Couture. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**. p 286

O juiz deve levar em conta o fato, a norma e a valoração. Deve especificar os fatos alegados pelas partes e as provas produzidas, dar fundamento por que aceitou tal prova, porque rejeitou outra e dizer como chegou à conclusão, ou seja, é preciso que uma fundamentação valorativa, o juízo de valor deve ser levado em consideração, pois o direito não se encerra na norma.

A fundamentação das decisões judiciais, quando consegue reproduzir exatamente o itinerário lógico que o magistrado percorreu para chegar à sua conclusão é uma grande garantia da justiça, pois permite facilmente verificar, através dos fundamentos, em que altura do caminho o juiz se desorientou ou foi induzido a um erro.

De igual forma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que: *“A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz, em sua concepção básica, poderoso fator de limitação do próprio poder estatal, além de constituir instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Atos jurisdicionais, que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória, são atos estatais nulos”*. (Min. Celso de Mello, HC 68.530/SP).

No entanto, esse dever de fundamentação não significa que os órgãos jurisdicionais tenham tão somente que explicar de forma expressa as suas decisões, os motivos que os levaram a julgar em determinado sentido, pois isto envolveria apenas os aspectos subjetivos da formação intelectual da pessoa que profere a decisão. Entendo que o relevante é que a decisão seja objetivamente justificada, pois as razões justificadoras são exigências impostas aos julgadores no Estado Democrático de Direito, embora não sirvam para entender por que se realizou uma ação ou tomou certa decisão, servem para avaliá-la, para determinar se ela foi boa ou má segundo diferentes pontos de vista. Assim, o julgador deve mostrar que extraiu determinada norma do ordenamento jurídico e ainda justificar que a interpretação feita é formalmente correta e materialmente aceitável.

Do acima explicitado podemos concluir que o dever de fundamentação das decisões judiciais tem como principais finalidades: a) assegurar ao próprio julgador que tenha o cuidado na formação da vontade

decisória, o desenvolvimento do seu convencimento e a preocupação com a escolha da melhor solução para o caso concreto, extraída do ordenamento jurídico; b) possibilitar o controle das decisões seja pelos jurisdicionados como pela sociedade, pois é a fundamentação da decisão que permitirá a elaboração do recurso pela parte, a sua revisão pela instância superior e a sua aplicação nas relações sociais e, c) garantir a transparência das decisões, que é uma exigência do Estado Democrático de Direito.

A legitimação da jurisdição constitucional com base no texto constitucional significa que os juízes têm a função de meramente aplicar as normas formadas pela vontade popular. A soberania popular é o elemento primordial da democracia, a única forma de se evitar atrito contra a essência do sistema político é que as decisões dessa jurisdição sejam de acordo com a Constituição.

A concepção da jurisdição constitucional brasileira deve ser pensada como função que possa responder às necessidades sociais crescentes, impedindo o desenvolvimento de incertezas jurídicas, mormente em um Estado pós-moderno que aprofunda a crise no padrão normativo convencional.

A principal missão do Supremo Tribunal Federal é a de garantir a estabilidade do ordenamento jurídico, densificando o conteúdo substancial da Constituição, em que os órgãos estatais possam satisfazer os direitos fundamentais outorgados aos cidadãos.

A jurisdição constitucional não se configura um simples ato de cognição, pois há espaço para a atuação discricionária dos operadores jurídicos, mormente dos membros do Supremo Tribunal Federal. Como a maior parte das normas constitucionais é de caráter principiológico, os intérpretes da Lei Maior dispõem de certo poder de discricionariedade para realizar o fenômeno da subsunção.

Não seria improvável que o órgão máximo encarregado de interpretar a Constituição em última instância viesse a interpretá-la diversamente do consenso social, inclusive modificando-a na sua aplicação, até contrariamente ao estabelecido pelo poder constituinte. Se o judiciário e, em especial, o STF têm este poder de *mutação constitucional*, é necessário justificá-lo, deveras, considerando que todo o poder precisa de justificação, obviamente o exercício da jurisdição, como parcela de exercício desse mesmo

poder, não pode ficar à margem dessa discussão. O exercício da jurisdição precisa passar pelo teste justificador, sem o que a parcela de poder que desempenha não encontrará legitimidade a sustentá-lo.

2.5 Política na Jurisdição Constitucional

Observa-se, tanto no discurso jurídico quanto no discurso político, uma crescente preocupação em torno de um suposto caráter “político” da função jurisdicional e, em particular, da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Jurisdição constitucional não significa apenas controle de constitucionalidade. A rigor, o primeiro é gênero do qual o segundo é espécie. Neste sentido, Walber Angra aponta que “jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática. Ela exprime a intenção de estabilizar relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco de arrefecimento de sua força normativa (...). A jurisdição constitucional compreende além do controle de constitucionalidade, a regulamentação do processo de *impeachment*; os conflitos de atribuições; as garantias processuais contidas na Constituição; a tutela dos direitos fundamentais; a estrutura dos poderes estabelecidos; o delineamento do sistema federativo do Estado; a criação dos partidos políticos; as normas do regime político, etc.”⁹

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorrida ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se

⁹ Walber de Moura Angra. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. 2005, p. 19 e ss

reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Após a 2ª Guerra Mundial, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário, sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação dos tribunais constitucionais.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso¹⁰, as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver e sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, que são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

O mesmo autor destaca que o Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a **injustiça** passeia pelas ruas com passos firmes e a **insegurança** é a característica da nossa era.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Desta forma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente. Quanto ao papel do juiz já não lhe caberá apenas a função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O interprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

¹⁰ Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2003

Estas transformações, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

No exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal verificamos um maior atrito entre os sistemas jurídico e político. Ao lidar com matéria política, o Tribunal deve se manter no marco dos limites estruturais do sistema jurídico, subordinando-se ao seu código específico, pois decidir sobre temas políticos não significa decidir politicamente.

A jurisdição constitucional tem se convertido em um novo espaço para a efetiva concretização e realização das normas constitucionais, em especial, aquelas referentes aos direitos fundamentais, tal fato fica mais evidenciado em países como o Brasil, onde boa parte dos indivíduos ainda não usufruiu direitos básicos ligados intimamente à dignidade da pessoa humana. Desta forma, passa-se a exigir um maior ativismo judicial por parte da jurisdição constitucional. A expansão da jurisdição constitucional nos atuais Estados Democráticos não representa, necessariamente, a assunção, por parte do direito, das funções desempenhadas pelo sistema político.

O Tribunal Constitucional realiza o juízo de conformação de leis e embates levados ao seu exame de acordo com a Constituição, porém deve-se em consideração que questões constitucionais não são originariamente questões jurídicas, mas sim questões políticas, pois a Constituição do Estado, após períodos de autoritarismo e concentração de poderes, apareceu como instrumento hábil para uma pretendida limitação da disposição política sobre o direito. Ficando a cargo da jurisdição constitucional a palavra final sobre os dizeres da constituição, fica clara a sua função política.

Na tradução e interpretação da Constituição e das leis, a jurisdição constitucional ativamente cria o Direito, agindo politicamente na construção do ordenamento jurídico. Essa criação encontra respaldo na atribuição de eficácia a institutos amplos carentes de força por inaplicáveis, atuando politicamente, no interesse do Estado, como meio para consecução dos fins jurídicos, ainda que pesem críticas quanto à ausência de limites expressos.

Assim, a jurisdição constitucional rompe de vez com a aplicação robótica do Direito, saindo de uma balançar de olhos entre a Constituição e o fato concreto para, por vezes criar, ela própria, o Direito. Se há crítica de carência de legitimidade para isso, é certo que o tribunal constitucional se torna legítimo pela “aprovação social” de seu comportamento, sem o qual os textos legais permaneceriam “frios e inacabados”.

A jurisdição constitucional exerce um fundamental papel político, atuando no interesse do próprio Estado, por meio do controle de constitucionalidade, da interpretação cada vez mais ativa dos preceitos abertos da Carta e do estabelecimento de instrumentos de consecução dos direitos fundamentais quando inerte o Estado.

Apesar das críticas sobre os limites dessa atuação a pretexto de concretização da Constituição: tais como frear a arbitrariedade e eventual contrariedade à vontade geral transformada em política pela lei ? No campo do executivo, até que ponto age legitimamente o judiciário ao reconhecer o direito de saúde ao enfermo que ingressa em juízo, sendo que outras pessoas à sua frente aguardam idêntico tratamento ? Seria o poder judiciário competente para aquela triagem ? Entendemos que até o presente momento não dispomos de mecanismo de resolução institucional de problemas políticos superior à jurisdição constitucional, por vezes balizada por posições pessoais, se afigura como o modelo mais técnico possível para enfrentamento da crescente complexidade do desenvolvimento estatal e social, ainda que imatura e carente de parâmetros de atuação que a tornem menos suscetível a ingerências das outras funções estatais e regramentos dos poderes dos magistrados que a exercem, uma vez que no Brasil ainda se encontra em franco amadurecimento, havendo ainda muito que se desenvolver na sua atuação em relação aos outros países.

2.6 O Supremo Tribunal Federal na Defesa dos Direitos Fundamentais

A Constituição pode ser descumprida tanto por ação quanto por omissão. Com relação à violação devido a um comportamento comissivo, os

ordenamentos jurídicos em geral prevêm mecanismos aptos a sanar a inconstitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro temos o controle concentrado pela ação direta de inconstitucionalidade e o controle difuso pela via incidental, e ainda a polêmica e questionada argüição de descumprimento de preceito fundamental, cujo delineamento ainda não se firmou.

Quando se trata, entretanto, de uma inconstitucionalidade manifestada através de uma omissão, os ordenamentos jurídicos, em geral, não estão aparelhados para sancionar e sanar a omissão ou inércia dos órgãos estatais. Dentre os casos de inconstitucionalidade por omissão destacamos a omissão do órgão legislativo em editar lei integradora de um comando constitucional, que para J. J. Gomes Canotilho significaria “que o legislador não ‘faz’ algo que positivamente lhe era imposto pela constituição”.

Deste modo, a omissão inconstitucional não se trata de um mero “não fazer” por parte do legislativo, e sim de não fazer aquilo que estava constitucionalmente obrigado de forma concreta e explícita. A realização constitucional deve ser aqui compreendida conforme definida por J. J. Gomes Canotilho, como tudo aquilo que se faz necessário para “tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais”¹¹, sendo esta realização uma tarefa não só dos Poderes do Estado, mas também de toda a sociedade.

A Constituição de 1988 criou dois novos institutos com o objetivo de enfrentar a inconstitucionalidade por omissão: a) ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e b) o mandado de injunção, em termos criativos e inovatórios, pois se uma lei inconstitucional não pode prevalecer num ordenamento jurídico, também não poderiam persistir omissões e vazios inconstitucionais, que em certa medida podem ser até mais danosos por quase sempre dizerem respeito à não realização dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. A jurisdição constitucional, surgida como uma garantia de submissão do poder constituído à vontade constituinte deve representar não só um mecanismo de controle de medidas legislativas arbitrárias e contrárias aos valores constitucionais, mas também contra as omissões dessas medidas que seria condição de realização desses mesmos valores.

¹¹ José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional**. 1993, p.201

Uma questão que se apresenta é saber se ao dever de legislar imposto pela constituição corresponde um direito à emissão de normas por parte do cidadão. A doutrina contrária a esta tese sempre termina por fundamentar nas premissas de “separação dos poderes” e “inexequibilidade judicial desse direito” (criação do direito pelo Judiciário).

No entanto, o próprio mandado de injunção previsto no nosso ordenamento jurídico seria um contraponto à crítica referente à inexequibilidade do direito à emissão de normas, já que implicaria uma forma de atuação desse direito perante o Judiciário. Até mesmo Gilmar Ferreira Mendes, que defende uma posição restritiva com relação aos efeitos do mandado de injunção, reconhece que: “A adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador”¹².

Ao contrário do que se pode pensar, garantir a mandamentalidade do mandado de injunção não ofende, em tese, o princípio da separação de Poderes. Ao contrário, essa medida pode ser veículo para prestigiá-lo, desde que assentado em sua dimensão positiva.

O mandado de injunção é uma garantia, um instituto de meio, inserido na ordem constitucional brasileira com o objetivo de servir de instrumento para atender à finalidade de efetivar direitos fundamentais, e isto significa que, diante da omissão do legislador, seja possível utilizar um meio processual adequado, e nisso interferirá, finalmente, o juiz. Vale lembrar a opinião do Professor Eros Grau, agora Ministro do STF, quando em seu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* expõe que a lei é resultado de uma negociação política, cabendo ao juiz complementar o trabalho do legislador. Esse é, certamente, o papel do interpretador autêntico, pois nem sempre haverá texto para que se cumpra a interpretação, daí a tarefa de criar não a lei, mas a norma que efetivará o direito.

No mandado de injunção, é tutelado, de forma direta, o direito subjetivo de o cidadão exigir a regulamentação de determinado direito ou

¹² Gilmar Ferreira Mendes. **Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 1996, p. 292

prerrogativa e, de forma indireta, o direito subjetivo constitucionalmente assegurado que está a depender de regulamentação. Há, pois, dois direitos subjetivos envolvidos: o direito subjetivo de obter a norma regulamentadora e o direito subjetivo constitucional (carecedor de regulamentação).

Os escopos políticos, sociológicos e jurídicos do mandado de injunção somente podem ser atingidos na medida em que esses elementos sejam realmente aplicados, na idéia de suprimir a lacuna e fornecer sentido vivo ao ditado constitucional, que não pode mais permanecer na letra do texto sem efetividade.

É necessário um poder judiciário – e, sobretudo, um STF – ativamente mais democrático e, neste sentido, mais social e político (no sentido de promover o bem-estar, aprimorar valores e assegurá-los em benefício da sociedade), a alcançar a participação popular, já que o povo não participa de outras etapas de composição e funcionamento do órgão. Afinal, mais do que jurídico, a *legitimidade* é tema sociológico e político.

Segundo Alexandre de Moraes¹³, em relação aos efeitos do mandado de injunção, as posições doutrinárias dividem-se basicamente em duas: concretista e não-concretista. A posição concretista seria aquela segundo a qual o Poder Judiciário, ao julgar o mandado de injunção, poderia, através de uma decisão constitutiva, declarar a existência da omissão inconstitucional e ao mesmo tempo implementar o exercício do direito requerido, até a superveniente regulamentação, esta posição apresenta variantes, quanto à extensão dos efeitos (erga omnes ou inter partes). Para a posição não-concretista, a finalidade única do mandado de injunção seria o reconhecimento formal da omissão, dando-se ciência ao órgão omissivo.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo não sendo unânime, tem apresentado orientação não concretista, ou seja, de que apenas se deve comunicar a omissão ao poder ou órgão que está dando causa, como se fosse o writ uma espécie de ação direta de inconstitucionalidade por omissão com legitimação mais ampla. Essa corrente é a que menos tem efeitos práticos, esvaziando o mandado de injunção de qualquer consequência efetiva no sentido de tornar viável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, que estão obstados ante a falta de norma regulamentadora.

¹³ Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 2000.

Para Marcela Albuquerque Maciel “deixou o STF, assim, de buscar pela máxima efetividade constitucional em grave ofensa ao seu principal dever institucional, qual seja, o de guardar a Constituição”¹⁴.

O mandado de injunção é mecanismo de participação democrática do cidadão na elaboração do conjunto regulamentador do texto constitucional. O efeito *erga omnes*, pautado na responsabilidade e razoabilidade caso a caso, é uma necessidade de nosso tempo, condizente com o aperfeiçoamento do Estado de Direito, não uma arbitrariedade teórica ou uma ilusão, se levadas em conta faculdades que hoje ostenta o tribunal de cúpula. Deste modo, apenas o Supremo Tribunal Federal poderá outorgar esse efeito, pois estamos diante da extração de uma norma de decisão com juízo de constitucionalidade sobre a intencionalidade que se imprime no momento de ser redigida a norma que consta no Texto Maior.

Não deve o mandado de injunção ser relegado ao esquecimento devido a sua trajetória de pouco sucesso até agora. Luis Roberto Barroso¹⁵ chega a chamar o mandado de injunção de algo “que foi sem nunca ter sido”, infelizmente tem sido esta a postura da doutrina, de deixar de demonstrar seu inconformismo, agindo de forma ora derrotista ora adesista, como se a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção fosse definitiva e impassível de mudança, o que não é verdade. O mandado de injunção tem natureza mandamental, sendo que de ordinário, essa mandamentalidade representa apenas a notificação da autoridade coatora sobre a existência de mora. Em certos casos, tem admitido o Supremo Tribunal Federal que o descumprimento da ordem judicial importará na concessão de tutela específica (MI 670 e 712), ou com resultado semelhante (MI 232), ou na conversão da obrigação de fazer em perdas e danos (MI 283). Em todas essas hipóteses, as consequências pelo descumprimento devem sempre ser suportadas pelo Estado (MI 361). Deste modo, há indicativo seguro de que a jurisprudência do Supremo caminha para, em casos específicos, admitir verdadeira mandamentalidade ao *writ*, para além da mera declaratividade.

¹⁴ Marcela Albuquerque Maciel. **O Supremo Tribunal Federal e a Omissão Inconstitucional: A Tarefa Realizadora da Constituição e o Mandado de Injunção – O Novo Processo Civil Coletivo**. Obra coletiva. 2009

¹⁵ Luis Roberto Barroso. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2002

Para J.J. Gomes Canotilho: “os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa de pressupostos de direitos fundamentais. Consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Por fim, o mesmo professor afirma que: “Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vasar em moldes normativos regras actuais de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial, se conseguir chegar a uma protecção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos”.

Em sendo assim, no julgamento de mandado de injunção, deve imperar a lógica da prudência: i) o princípio da mínima interferência (como corolário da justa ordenação dos Poderes); ii) a maior parcimônia do julgador (maior tolerância para declarar a mora, maior prazo para supri-la) em situações que demandem interferência judicial mais intensa; e iii) a reserva do possível.

Assim, podemos concluir que a maior efetividade do mandado de injunção estará estritamente vinculada ao exercício responsável do *múnus* público de julgar. Afinal, sob o prisma positivo do princípio da separação de poderes, a atuação de um Poder está associada à existência de estrutura orgânica funcionalmente adequada, o que se verifica pela legitimidade para a decisão e pela responsabilidade pela decisão.

Comparando o Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988 e aquele dos primeiros anos da República, conclui-se que o órgão já foi mais aguerrido e de visão mais ampla, apesar de todas as dificuldades da época. Basta lembrar a doutrina do *habeas corpus*, quando a Corte brasileira o estendeu à defesa das liberdades públicas, como predecessor do mandado

de segurança. Ou seja, mesmo sem um remédio jurídico apropriado, a Corte deu-lhe eficácia tamanha a ponto de interferir em questões políticas e lançar importantes luzes sobre o comportamento e as diretrizes governamentais, em defesa das liberdades públicas, tentando consolidar valores democráticos onde o Estado os negava ao cidadão. Por outro lado, hoje o STF tem à disposição vários instrumentos constitucionais e processuais aptos à defesa das liberdades públicas, sendo mister invocar o mandado de injunção e as ações de controle de constitucionalidade. Mas, não confere a eficácia necessária a estas medidas tipicamente políticas. E, no final, mesmo que não tenha sido seu propósito, não aprecia as grandes discussões, segundo o desejado pela sociedade, caindo no cancelamento da política governista, com os honrosos e vários julgamentos em contrário.

Dentre as decisões que demonstram o distanciamento do STF da sociedade e a sua afinação com os interesses do governo do momento, podemos citar:

- O bloqueio de ativos financeiros pelo Presidente Collor de Mello e os expurgos inflacionários dos Planos Bresser e Collor, em que o STF mudou o conceito de direito adquirido para dar sustentação jurídica a uma política econômica, porquanto o pagamento salarial daqueles períodos aos trabalhadores poderia comprometer o orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, além de minar a sobrevivência das próprias empresas;
- O processo de privatização,
- A antecipação do plebiscito pela EC 2/92(1993);
- A emenda da reeleição;
- O seqüestro de verba pública, por falta de cumprimento de precatório judicial e a rejeição dos pedidos de intervenção nas unidades políticas;
- O valor do salário mínimo;
- O mandado de injunção, destinado a assegurar direitos fundamentais, ante a incúria do legislador. O Supremo acabou aniquilando a garantia processual constitucional, impondo-lhe vários obstáculos e encobrimdo-o com um nefasto véu de ineficácia, situação que só foi alterada em 20007 (Mis 712, 708 e 670);
- Taxas anuais de juros (12% ao ano), com a decisão proferida na ADI 4-7 DF, o STF entendeu não ser auto-aplicável o dispositivo constitucional que

limitava a 12% ao ano a taxa de juros aplicada pelo sistema financeiro nacional, o que foi objeto da Súmula Vinculante nº 7;

- A ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública que verse sobre tributos;

- A impunidade de autoridades públicas – a) O “caso Sardenberg”: afastamento da Lei de Improbidade aos agentes políticos e prevalência do foro privilegiado; b) O “esquema do mensalão”. Recebimento da denúncia pelo STF.

- A reforma da previdência (EC 41/2003), com o uso do direito para dar sustentação a uma medida econômica, com argumentos impróprios, não sendo devidamente discutido de forma ampla os números e projeções dos encargos da previdência pública, faltando transparência nos julgamentos.

Houve casos em que a postura adotada pelo STF ou o silêncio momentâneo do órgão olvidaram as suas conseqüências sociais, deixando de emitir pronunciamento do qual a sociedade tanto carecia, numa opção política (ou econômica), que às vezes se mostrava juridicamente razoável, mas socialmente desaconselhável, em razão dos danos causados aos cidadãos e ao regime jurídico, ofendendo princípios e direitos fundamentais, como da segurança e o da propriedade.

3 TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

3.1 Direito Comparado

Os Tribunais Constitucionais pela importância de suas decisões são considerados “parte essencial dos sistemas jurídico-políticos modernos. São instrumentos através dos quais é possível adequar eficazmente todo o ordenamento jurídico à Constituição e compatibilizar o exercício do poder com as exigências fundamentais da democracia”¹⁶.

A democratização da Europa no cenário pós-guerra, a desconfiança nos juízes ordinários e o fracasso do legislador em cumprir sua missão, além de os órgãos do Estado haverem demonstrado a aptidão de serem opressores, são fatores que fomentaram a instituição de Tribunais Constitucionais. Era necessária a criação desses Tribunais para controlar os parlamentos, que poderiam pôr em risco as liberdades, tão necessárias naquele momento. A formação da Corte deveria ser eclética, com integrantes provenientes das várias Instituições, com perfil humanista, conhecedores da realidade e capazes de assegurar o novo sistema constitucional.

A seguir comentaremos a estrutura e o papel desempenhado por algumas Cortes Constitucionais de outros países, de relevante função e respeitável desempenho.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional tem a função de zelar pela jurisdição constitucional. Conquanto tenha natureza jurisdicional por seu procedimento de atuação e de adoção de decisões e por sua independência ante outros órgãos constitucionais, o Tribunal é um órgão especial, separado do Poder Judiciário. É composto de 12 membros, nomeados pelo Rei, para mandato de nove anos, renovando-se por terceiras partes. Desses integrantes, quatro são compostos pelo congresso, por maioria de três quintos de seus membros; quatro por proposta do senado, por idêntica maioria; dois são propostos pelo Governo; e, dois mediante proposta do Conselho Geral do

¹⁶ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, **Controle da Constitucionalidade das Leis – A Experiência Francesa**.

Poder Judicial. Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados e fiscais, professores universitários, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de 15 anos de exercício profissional (Constituição da Espanha, art. 159).

Nos EUA, onde se adota o sistema de controle de constitucionalidade difuso (*in concreto*), a Suprema Corte é composta de 9 juízes vitalícios nomeados pelo Presidente da República, depois da aprovação do Senado, e tem a atribuição precípua de julgar os casos que ela própria selecionar, por meio do *writ of certiorari* (se ela decidir não examinar certo processo, fica valendo a decisão do tribunal inferior). O Presidente da República designa o Presidente da Suprema Corte, que valerá para todo o tempo em que o escolhido integrar o colegiado. Por isso, o seu período à frente do Tribunal é conhecido pelo seu nome: a “Corte de Warren” (Earl Warren) ou a “Corte de Burger” (Warren Burger). A Suprema Corte sempre esteve à frente nas importantes mudanças ocorridas naquela País, tomando decisões de grande repercussão no panorama das garantias das liberdades civis, esclarecendo dados essenciais para o sistema constitucional americano e para a interpretação da Magna Carta. Foi exatamente por isto que adquiriu grande prestígio no sistema político americano, em dimensão normalmente não atingida por Cortes em outras nações. Apesar de incumbir a ela própria selecionar os casos que apreciará, a Corte não tem se esquivado de cumprir seu papel no cenário jurídico-político e no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, baseando sua atuação sobretudo no primado do devido processo legal.

Na França, o Conselho Constitucional é o órgão político. Mas a doutrina lhe atribui caráter jurisdicional. Como ensina Willis S. Guerra Filhos, sem que a negação disto impeça considerá-lo “investido da autoridade máxima para pronunciar-se sobre a constitucionalidade – e, logo, a natureza de órgão constitucional, investido da jurisdição constitucional”¹⁷.

O Conselho Constitucional é composto de dois tipos de integrantes: uns são membros de direito, vitalícios, em razão do cargo, outros são membros designados. Estes últimos somam nove membros, sendo três nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três

¹⁷ Willis S. Guerra Filho. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2007 p. 21

pelo Presidente do Senado, todos para um mandato de nove anos, não renovável – porém com substituição parcial de um terço a cada triênio, revezadamente. Os vitalícios, ou membros natos, são os ex-presidentes da República (art. 56, da Constituição da França).

Na Áustria, o controle de constitucionalidade é feito pelo Tribunal Constitucional (*Verfassungsgericht*), de composição mista, semelhante ao alemão, ou seja, há juízes federais e outros membros (funcionários públicos, catedráticos, magistrados) eleitos em partes iguais pelo Legislativo e pelo Executivo e nomeados pelo Presidente da República. A Alta Corte resultou da influência de Kelsen na Constituição austríaca, consagrada em 1920, e apresenta formidável contribuição na tutela dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios constitucionais. Na esteira do art. 147 da Constituição da Áustria (revisado em 1929), a Corte compõe-se de um Presidente, um Vice-Presidente e outros 12 membros, além de seis suplentes. O Presidente, o Vice-Presidente, seis membros e três suplentes são nomeados pelo Presidente da República por proposta do Governo Federal, enquanto os demais são nomeados pelo Presidente da República em listas tríplices provenientes do Conselho dos Estados-membros e das profissões.

Na Itália, a Corte Constitucional julga arguições de inconstitucionalidade, sendo composta por 15 juízes, um terço nomeado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pelos tribunais superiores ordinários ou administrativos. Referido membros serão escolhidos dentre os magistrados, inclusive aposentados, dos tribunais superiores, os professores de Direito e os advogados, com mais de 20 anos de exercício do cargo ou da profissão, e nomeados para mandato de nove anos, proibida a recondução.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional desempenha o controle de constitucionalidade preventivo e repressivo, concreto e abstrato. O Tribunal é composto de 13 juízes, sendo 10 designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes, para um mandato de seis anos. Seis dos seus integrantes serão obrigatoriamente escolhidos dentre juízes dos tribunais restantes e, os demais, dentre juristas (art. 224, Constituição portuguesa).

No Peru, a reforma constitucional de 1993 criou o Tribunal Constitucional fora da estrutura do Judiciário, aproximando-se do modelo

européu. É composto de 7 membros, eleitos por dois terços dos membros do Congresso da República, para mandato de cinco anos, sendo requisito para ser eleito ter sido magistrado da Corte Superior ou Fiscal Superior durante 10 anos, ou ser advogado ou professor universitário em direito por 15 anos, sendo vedada a reeleição imediata. (art. 201, Constituição do Peru).

A Argentina não tem Corte Constitucional. A Corte Suprema de Justiça é o órgão máximo do judiciário e é composto por advogados com 8 anos de exercício e que possuam qualidade para ser senador (art. 111, da Constituição argentina).

Paraguai e Venezuela não possuem corte especificamente constitucional, aproximando-se do modelo brasileiro.

O modelo que atualmente mais tem inspirado as demais Cortes do mundo, encontrando grande difusão no Brasil, em razão do quadro positivo característico daquele País e da excelência de seus julgados é o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), constituído por 2 Senados, de igual hierarquia, compostos por 8 juízes, eleitos paritariamente pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*), nomeados pelo Presidente da República, cujo ato é meramente homologacional, para um mandato de 12 anos. A fim de evitar a sobrecarga na distribuição de processos entre um e outro, o § 14 da Lei de Organização do Tribunal autoriza o Pleno a estabelecer regras especiais, visando restaurar a igualdade na distribuição. Para o exame prévio sobre o cabimento de recursos constitucionais, existem em cada Senado, Câmaras compostas por três juízes. Em alguns casos de afastamento ou impedimento, o juiz de um Senado pode substituir integrante de outro Senado, em havendo urgência e falta de *quorum* para julgamento da causa.

Os juízes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha devem ter o mínimo de 40 anos de idade e preencherem os requisitos para o exercício da magistratura. A aposentadoria compulsória se dá aos 68 anos de idade. Três membros de cada Senado são escolhidos dentre juízes que integram outros Tribunais Federais. Incumbindo a eleição dos juízes constitucionais exclusivamente às duas corporações políticas federais, deste modo como registra Luís Afonso Heck, obtém, “como órgão constitucional e em vista da sua

atribuição e posição no Estado, a necessária legitimação política e democrática”¹⁸.

O juiz permanecerá na Corte durante o mandato (12 anos) ou até sobrevir a idade limite para a aposentadoria (68 anos), sendo vedadas a recondução e a reeleição.

O Tribunal Constitucional Federal alemão é uma autêntica Corte Constitucional, faz questão de sê-lo e tem elementos e condições para tanto. Diferentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões, em via recursal, no sentido de que não é órgão aplicador de **justiça**, senão de: mera análise de regularidade processual; respeito à hierarquia normativa; manutenção da legalidade; encarregado de dirimir conflitos federativos e julgar autoridades de foro super privilegiado, prendendo-se a aspectos formalísticos. Demonstra que o seu objetivo não é analisar a questão de constitucionalidade em grau recursal, a justiça da medida combatida, tanto assim que o Tribunal já consagrou não caber recurso extraordinário para reexame de prova (Súmula 279 do STF).

Infelizmente, em um país como o Brasil, onde a maioria dos parlamentares desconhece o Direito, o sistema jurídico e a cadeia de hierarquia normativa, apesar de ser lá que nascem as leis a serem aplicadas, é essencial a firme atuação do Judiciário, sobretudo do STF, órgão responsável por manter o controle da constitucionalidade *erga omnes*, pois o desconhecimento do funcionamento sistemático da realidade normativa por parte do Legislativo leva à produção de normas antinômicas e incompatíveis entre si, rompendo a idéia de *sistema*.

Na Alemanha, a influência do Tribunal Constitucional Federal não se manifesta apenas nas questões a ele submetidas. Já no curso do processo de elaboração das leis, os parlamentares procuram se orientar de acordo com o entendimento firmado pelo Tribunal em outras decisões. Não raro, a Corte reconhece que a lei ou situação jurídica não se tornou “ainda” inconstitucional, conclamando o legislador para que proceda, às vezes dentro de determinado prazo, à correção ou à adequação desta “situação ainda constitucional”. Designa-se *Appellentscheidung* a decisão na qual o Tribunal reconhece a

¹⁸ Luis Afonso Heck. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**, 2006. p. 111

situação como “ainda constitucional”, anunciando a eventual conversão desse estado de “constitucionalidade imperfeita” numa situação de completa inconstitucionalidade.

3.2 Composição do Supremo Tribunal Federal

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal é composto de onze Ministros, escolhidos entre cidadãos, brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, *caput*, da CF).

Não é requisito para o ingresso no STF o exercício da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública nem da Advocacia em si. São necessários, apenas o “notável saber jurídico” e a “reputação ilibada”, além dos limites de idade para ingresso no órgão. No mais, o que pesa mesmo é o trânsito político do candidato a Ministro, frente à cúpula dos demais Poderes. Foi por isto que, no Governo de Fernando Henrique Cardoso, na prática, costumou-se nomear Ministro do STF integrantes de pastas dos Ministérios do Executivo Federal ou de função do alto escalão do Governo, como foi o caso do Min. Gilmar Ferreira Mendes, ex-Advogado Geral da União e do Min. Nélson Jobim, ex-Ministro da Justiça.

Adauto Suannes, comentando a composição dos membros da Suprema Corte norte-americana, salienta que, dos 60 juízes indicados pelo Presidente da República no século XX, cinco foram rejeitados pelo Senado norte-americano, ponto no qual registra a experiência diferente do Brasil, conforme noticia o autor “jamais tivemos um candidato a Ministro da Suprema Corte rejeitado pelo Senado, que se limita a inquirir candidato, sem qualquer preocupação com seu passado e sua cultura jurídica. Tivemos, como é de todos sabido, o incrível caso de um juíz que, renunciando ao cargo, foi servir ao Poder Executivo, de onde retornou ao Supremo Tribunal Federal, ali se aposentando. Além disso, chegaram a integrar nossa Corte Suprema um médico e dois generais”¹⁹

¹⁹ Adauto Suannes. **Os fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**, 2006. p.117

De acordo com o princípio da pluralidade, a escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal não pode ficar adstrita aos imperativos da vontade do Presidente da República, mesmo que depois a indicação tenha que ser aprovada pelo Senado Federal, o que no Brasil infelizmente não passa de mero formalismo jurídico. Uma sugestão apresentada seria que um terço dos membros fosse escolhido pelo Congresso Nacional, um terço pelo Presidente da República, e o último pelos magistrados componentes dos Tribunais Superiores, nos dois últimos casos, sempre referendados pelo Congresso Nacional. Dentre os escolhidos determinado número deveria provir de advogados, membros do Ministério Público e professores universitários.

André Ramos Tavares²⁰ defende serem legítimos os membros dos Tribunais Constitucionais e, mais especificamente, os do STF brasileiro, quando chegam à alta corte por nomeação presidencial, tornando-se vitalícios. Sustenta seu argumento na democracia indireta e no fato de a democracia respeitar, também, o Governo das minorias, ressalta que a vitaliciedade afasta a partidarização dos integrantes do Tribunal.

No entanto, na prática é notória a existência de grupos de pressão sobre a Corte brasileira, especialmente provenientes do Planalto, de forma tanto velada quanto, em algumas questões, aberta.

O professor Dalmo de Abreu Dallari não é muito otimista sobre o real papel que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando na estrutura do Poder no Brasil. É dele a seguinte passagem publicada no Jornal Folha de São Paulo, de 16.01.1998, numa clara referência ao ex-Ministro Nelson Jobim, então integrante da Corte: “O verdadeiro Poder Legislativo, aquele que realmente se exercita, está nas mãos do Presidente. E o Supremo Tribunal Federal, que tem hoje entre seus membros um “líder do governo”, mas serviçal do chefe do Executivo do que juiz, além de outros membros tradicionalmente submissos ao Executivo, não cumpre a sua função primordial de guarda da Constituição. Logo, também uma boa parcela do Poder Judiciário está sendo exercida, na realidade, pelo Presidente da República.”

O novo esboço da jurisdição constitucional brasileira seria feito através dos seguintes fatores: a transformação do Supremo Tribunal Federal em tribunal constitucional, com mandato fixo para seus magistrados; a

²⁰ André Ramos Tavares. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**, 2007. pp. 35, 71 e 84

fragmentação da indicação de seus membros com a participação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; uma firme atuação para garantir os direitos fundamentais, mormente o conteúdo estipulado nas normas programáticas; a determinação de uma “densidade suficiente” ou “conteúdo mínimo” dos direitos fundamentais, defendidos pelo *entrenchment* dessas prerrogativas; que as regras procedimentais que regulamentam as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ensejem uma abertura da discussão jurídica, incorporando vários setores da sociedade ao debate, para que os magistrados possam auferir todos os subsídios necessários para prolatar suas decisões.

Vários autores apresentaram propostas de reestruturação das competências do Supremo Tribunal Federal. A competência originária se restringiria às questões substanciais da jurisdição constitucional, como o controle de constitucionalidade, o processo de *impeachment*, as questões federativas e os conflitos de competência entre os entes estatais. As demais matérias seriam deslocadas para o Superior Tribunal de Justiça, que também passaria a exercer a competência recursal originária do STF, que continuaria apenas com a competência recursal extraordinária, com maior rigidez no juízo de admissibilidade

Com o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, seria conveniente que ele não mais fosse considerado como órgão do Poder Judiciário, para não causar desequilíbrio da isonomia de prerrogativas entre os três poderes. Sua natureza jurídica seria de um órgão estranho aos poderes estabelecidos, ao mesmo tempo em que sua composição seria formada por indicação de todos os poderes estabelecidos, o que configura um limite à sua atuação. Deste forma poderia atuar como um “poder moderador”, arbitrando os litígios entre os poderes estabelecidos e zelando pela eficácia das normas constitucionais, passaria a ter uma atuação pró-ativa, com atividade mais destacada no sentido de assegurar a concretude normativa dos direitos fundamentais, sendo essa a finalidade primordial de sua existência.

Para Luis Roberto Barroso²¹, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional enfrenta algumas objeções consistentes, dentre as quais se destaca a denominada *difficuldade contramajoritária*. De fato, o Poder Judiciário, integrado por agentes públicos não eleitos, pode invalidar atos do

²¹ Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2008, p. 232

Executivo e do Legislativo, cujos membros têm o batismo do voto popular. Nada obstante, é certo que a democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária das pessoas. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.

Gustavo Binenbojm condensando as lições de Dworkin e Habermas, sintetizou que: “A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a *favor*, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”²².

Outra forma de legitimar e democratizar as decisões do Supremo Tribunal Federal refere-se à origem dos membros que exercem esta jurisdição constitucional. Quanto maior o respaldo que seus membros gozaram na sociedade, maior será a autoridade de suas decisões, por isso a sua composição deve ser plural, permitindo a participação das forças políticas da sociedade, reduzindo as resistências às suas decisões.

De igual modo, a definição de mandatos prefixados para os Ministros pode ser uma ferramenta para densificação da legitimidade das decisões, para que a modificação da composição acompanhe a dinâmica das forças sociais, havendo sincronia entre a sociedade e a composição do órgão que exerce a fiscalização constitucional.

Conforme pesquisa realizada pela Associação dos Juízes Federais – AJUFE no final de 2009, a maioria dos seus associados é contra o atual critério previsto na Constituição Federal para a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. De acordo com a consulta interna, 75,61% dos associados defendem que deve haver reserva de origem para as vagas dos ministros do

²² Gustavo Binenbojm. **A nova jurisdição constitucional brasileira**, 2001, p. 224

STF, sendo uma parte para a magistratura, outra para a advocacia e o Ministério Público de forma alternada, e a última parte reservada para indicação do Congresso Nacional e do presidente da República, em alternância, bem como são favoráveis à fixação de mandato para os ministros do Supremo para, desta forma, garantir a rotatividade na Corte.

Os magistrados federais também são favoráveis ao estabelecimento de restrições para quem pretenda ser nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, tais como não ter exercido cargo em comissão ou político em período anterior à indicação e, ainda, que sejam estabelecidos impedimentos (quarentena) ao exercício de determinados cargos para quem deixe o cargo de ministro do STF. A pesquisa revela que mais de 90% dos juízes federais são favoráveis a que o Supremo Tribunal Federal tenha mais membros oriundos da magistratura federal e que a Corte seja, em sua maioria, composta por juízes de carreira.

Dentre as sugestões apresentadas pelos magistrados federais, destacamos a do juiz federal William Douglas, para quem o STF deveria ter três ministros indicados pelo presidente da República e oito ministros eleitos em um sistema semelhante ao quinto já existente nos tribunais. “Destes oito, dois seriam oriundos do Ministério Público e da Advocacia. Os outros seis seriam oriundos da magistratura de carreira, sendo um indicado pelo próprio STF, um pelos Tribunais Superiores, três eleitos entre os membros de cada uma das magistraturas de 2º Grau e, por fim, um ministro eleito entre os membros da magistratura de 1ª instância. Todos com mandato de oito anos”.

Francisco Gérson Marques de Lima²³ propõe que a Corte Constitucional brasileira seja composta por 12 membros, para mandato de 10 anos, exceto se a idade para aposentadoria compulsória sobrevier a este lapso, sendo proibida a recondução. A composição deve ser a mais eclética possível, exigindo-se o notório saber jurídico, com exercício profissional na respectiva categoria há pelo menos 10 anos, idade mínima de 40 anos, ilibada idoneidade moral e profissional, sugerindo que: a) um quarto (3 membros) provenha da magistratura (dois dos Tribunais Superiores e um de outro Tribunal – TRF, TRT ou TJ), eleitos mediante voto direto e secreto de todos os juízes do País; b) um sexto (2 membros) provenha do Ministério Público e da

²³ Francisco Gérson Marques de Lima. **O STF na crise institucional brasileira**, 2009, p. 162

Advocacia, paritariamente, também eleitos direta e secretamente pelas próprias categorias; c) um membro seja nomeado pelo Presidente da República, após aquiescência do Senado Federal; d) um membro seja indicado pelo Congresso Nacional, dentre juízes, advogados, membros do Ministério Público, servidores públicos, professores universitários ou estudiosos do Direito; e) um membro provenha do Tribunal de Contas, sendo nomeado pelo Presidente da República; f) dois membros sejam cidadãos eleitos pela população, nacionalmente, dentre experientes bacharéis em Direito, mediante voto direto e secreto; g) um membro escolhido pela própria Corte Constitucional; h) um membro indicado pelos partidos políticos minoritários.

Foram apresentados alguns projetos de emenda constitucional propondo a criação de uma Suprema Corte Constitucional no Brasil (PEC 252/2004, proposta pelo Deputado Almir Moura, já arquivada) ou mesmo para limitar a excessiva liberdade de nomeação dos Ministros do STF pelo Presidente da República. A PEC 68/2005, de autoria do Senador Jefferson Peres, sugeria que se conferisse aos órgãos de representação da magistratura, do Ministério Público e da Advocacia o direito de escolher, dentre os integrantes dos respectivos, dois candidatos para cada vaga no STF. Destes seis nomes, o STF escolheria um, cabendo ao Presidente da República limitar-se a nomeá-lo. Na PEC 358/2005, consta a contribuição de várias instituições, associações e organismos, destacando-se a proposta apresentada pela ANAMATRA, sugerindo mudanças na estrutura e composição do STF, que passaria a contar com 15 membros, com mandato de 9 anos, assegurado o retorno dos Ministros da Corte às Instituições de origem.

Apesar das PECs sobre a Corte Constitucional no Brasil, parece que a idéia ainda demorará para se transformar em realidade, pois é necessário uma atuação mais incisiva da sociedade, não apenas restrita aos períodos eleitorais, mas também participando do debate jurídico, discutindo a melhor forma de interpretar a Constituição, fazendo com que toda a população, inclusive os cidadãos mais humildes, interessem-se por essas questões, pois a Constituição é a referência para o resgate de um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Assim, defendemos que é tempo de se criar uma Corte Constitucional no Brasil, *mutatis mutandis*, à semelhança do Tribunal

Constitucional Federal alemão, na qual se modifique o modo atual de ingresso dos membros que comporão a Corte, fixando-lhe mandato, com atribuições restritas à *jurisdição constitucional*. Passando a ter atribuições idênticas às da Corte alemã, a composição deveria se adaptar à realidade brasileira.

CONCLUSÃO

Ao longo do século XX a norma constitucional passou ao *status* de norma jurídica. O modelo europeu que vigorava até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político ficou superado. Até então, a concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Atualmente, assistimos a um aumento no exercício da jurisdição constitucional e das funções judiciárias em quase todos os países ocidentais, fruto do desenvolvimento do modelo econômico. O fator que mais força exerce para o alargamento da atuação da jurisdição constitucional é o fortalecimento dos direitos fundamentais, que ocorre de forma global, principalmente nas democracias ocidentais. As influências internacionais de forma clara contribuem para essa expansão e se estendem a todos os países, não de forma homogênea, variando muito sua intensidade de acordo com as realidades sociopolítico-econômicas. No Brasil, essas causas são muito peculiares, temos como elemento unificador a atuação cada vez mais presente da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário, em todas as esferas de atuação estatal.

A jurisdição constitucional surge como instrumento para a superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação e pelos grupos de interesses.

Os juízes e tribunais constitucionais são imprescindíveis para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório.

Num país como o Brasil, onde infelizmente a maioria dos parlamentares e chefes do executivo desconhece o Direito, o sistema jurídico e a cadeia de hierarquia normativa, temos uma grande produção de normas antinômicas e incompatíveis entre si, rompendo a idéia de *sistema*, acentuando a necessidade de uma efetiva atuação do Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável por manter o controle da constitucionalidade *erga omnes*.

No entanto, antes de tudo é necessário que o próprio Supremo Tribunal Federal adote posturas para dar legitimidade às suas decisões, para que possam ser aceitas pela sociedade, verdadeira destinatária final.

De acordo com o princípio da pluralidade, a escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal não pode ficar adstrita aos imperativos da vontade do Presidente da República, mesmo que depois a indicação tenha que ser aprovada pelo Senado Federal, o que no Brasil infelizmente não passa de mero formalismo jurídico.

O novo esboço da jurisdição constitucional brasileira seria feito através dos seguintes fatores: a transformação do Supremo Tribunal Federal em tribunal constitucional, com mandato fixo para seus magistrados; a fragmentação da indicação de seus membros com a participação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; uma firme atuação para garantir os direitos fundamentais, mormente o conteúdo estipulado nas normas programáticas e que as regras procedimentais que regulamentam as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ensejem uma abertura da discussão jurídica, incorporando vários setores da sociedade ao debate, para que os magistrados possam auferir todos os subsídios necessários para prolatar suas decisões.

Com o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, seria conveniente que ele não mais fosse considerado como órgão do Poder Judiciário, para não causar desequilíbrio da isonomia de prerrogativas entre os três poderes.

Assim, defendemos que é tempo de se criar uma Corte Constitucional no Brasil, *mutatis mutandis*, à semelhança do Tribunal Constitucional Federal alemão, na qual se modifique o modo atual de ingresso dos membros que comporão a Corte, fixando-lhe mandato, com atribuições

restritas à *jurisdição constitucional*. Passando a ter atribuições idênticas às da Corte alemã, a composição deveria se adaptar à realidade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRA, WALBER DE MOURA, **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro. Forense, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e aplicação da Constituição**, Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6. Ed. Atual. São Paulo: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Revista. Coimbra, PT: Almedina, 1993.
- GUERRA FILHO, Willis S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACIEL, Marcela Albuquerque. **O Supremo Tribunal Federal e a Omissão Inconstitucional: A Tarefa Realizadora da Constituição e o Mandado de Injunção – O Novo Processo Civil Coletivo**. Obra coletiva. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 292
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**, São Paulo: Malheiros, 2009.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PIZZORUSSO, Alexandre. **Sistemi giuridici comparati**. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.