

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**MORTON LUIZ FARIA DE MEDEIROS**

**A MISSÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
Análise de sua importância como corte constitucional para o controle do  
poder no Brasil**

**NATAL  
2006**

MORTON LUIZ FARIA DE MEDEIROS

A MISSÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Análise de sua importância como corte constitucional para o controle do poder no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor José Luiz Borges Horta.

NATAL  
2006

Divisão de Serviços Técnicos  
Catalogação da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Central Zila Mamede

Medeiros, Morton Luiz Faria de.

A Missão política do Supremo Tribunal Federal: análise de sua importância como corte constitucional para o controle do poder no Brasil / Morton Luiz Faria de Medeiros. – Natal, RN, 2006.

124 f.

Orientador: José Luiz Borges Horta

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Supremo Tribunal Federal – Dissertação. 2. Corte constitucional – Dissertação. 3. Poder – Dissertação. I. Horta, José Luiz Borges. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/BCZM

CDU 347.991 (043.3)

MORTON LUIZ FARIA DE MEDEIROS

A MISSÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Análise de sua importância como corte constitucional para o controle do poder no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 28-08-06.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Doutor Edílson Pereira Nobre Júnior  
UFRN

---

Prof. Doutor José Luiz Borges Horta (orientador)  
UFMG

---

Prof. Doutor Nelson Saldanha  
UFPE

NATAL  
2006

Dedico esses escritos a Kaká, que soube tolerar essa bigamia com livros, fichas e anotações por quase três anos, e a Gabriel, que, em meus pensamentos e sonhos, sempre me estimulava com seu doce sorriso: “Papai, você é capaz”!

## RESUMO

O presente estudo propõe uma análise do processo de politização que enfrenta a justiça constitucional brasileira, com destaque para o Supremo Tribunal Federal. Para isso, parte-se da perscrutação acerca da relação de intimidade entre Política e Direito, sob a ótica das mais recentes teorias dos sistemas sociais, para caracterizar o sistema político pela exclusividade do uso da força física dirigida à função de tomar decisões coletivamente vinculantes, e o sistema jurídico como generalização congruente de expectativas normativas, dentro de uma interdependência voltada à legitimação e efetividade de ambos os sistemas. Assim, acaba-se por concluir pela politicidade da interpretação constitucional, seja ela realizada por magistrados (como admitia Kelsen), seja pelos demais profissionais do Direito, por amenizarem a sobrecarga de expectativas dirigidas ao Judiciário, sempre buscando na Constituição, vista como o mecanismo de abertura cognitiva do Direito para a Política, a matriz política de sua argumentação. A democratização da Hermenêutica Constitucional resulta do florescimento da democracia participativa, que instaura um permanente estado de vigilância em torno do exercício do poder e favorece a preservação da pluralidade (princípio contra-majoritário) – de onde se extrai a própria natureza democrática das cortes constitucionais, já que, via de regra, não são elas constituídas a partir do sufrágio popular. Nesse diapasão, ruma-se para uma apreciação histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional brasileira, identificando-se as tentativas de o tornarem vulnerável aos apelos da governabilidade e das metas econômicas, a que tem resistido ao ressaltar sua especificidade. Por fim, conclui-se que mesmo os chamados atos de governo, onde a discricionariedade administrativa apresenta a mais firme repulsa à submissão a controle por parte da função jurisdicional, são passíveis de análise sobre sua constitucionalidade, última fronteira a ser explorada pelo Supremo Tribunal Federal em sua missão de expositor de nossa Constituição republicana.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Corte constitucional. Poder.

## ABSTRACT

The following study proposes an analysis of the political process which the Brazilian constitutional justice faces, emphasizing the “Supremo Tribunal Federal”. For that purpose, we start by examining the intimate relationship between Politics and Law, in view of the most recent social systems theories, so that the political system is distinguished by the exclusiveness of using the physical force, intending to make collective tying decisions, and the juridical system as a congruent generalization of the expectations towards the rules and principles, brought together under an interdependence by which both gather legitimacy and effectiveness. In this manner we can notice the political effects of the constitutional interpretation conducted by Judges as well as by other juridical professionals, because these ones decrease the overload of expectations which are pointed to the Judiciary. Constitutional interpretation is democratized since the participative democracy arises and establishes a permanent state of awareness around the exercise of power and favours the preservation of the pluralism (counter-majority principle) – where we can find the origin of the democratic nature of constitutional courts, once, in most cases, their members are not elected by the people. After that, we analyse the historical posture of the “Supremo Tribunal Federal” as a constitutional court in Brazil, so we can realize the attempts to make it vulnerable to the appeals of governability and economical aims, against which this court somehow has resisted, stressing its particularities. At the end, it’s concluded that even the so-called acts of government, whose judiciary control is mostly repelled, are subjected to a constitutional analysis, last frontier to be explored by the “Supremo Tribunal Federal” in its role of exposing our republican Constitution.

Keywords: Supremo Tribunal Federal. Constitutional Court. Power.

**A MISSÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise de sua  
importância como corte constitucional para o controle do poder no Brasil**

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 A POLÍTICA E O DIREITO</b>	
2.1 PROÊMIO.....	13
2.2 O SISTEMA POLÍTICO E O ESTADO.....	15
2.3 O SISTEMA JURÍDICO E A BUSCA POR SUA LEGITIMAÇÃO.....	22
2.4 INTERDEPENDÊNCIA DOS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO.....	28
<b>3 (A)POLITICIDADE DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</b>	
3.1 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE PODER.....	37
3.2 A POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO.....	38
3.3 IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA A DETERMINAÇÃO DA MATRIZ POLÍTICA ADOTADA PELO INTÉRPRETE.....	41
<b>4 SOLUÇÕES JURISDICIONAIS DAS QUESTÕES POLÍTICAS</b>	
4.1 A JURISDIÇÃO E SEU PAPEL NA RECONSTRUÇÃO NA TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES.....	48
4.2 O ENFRENTAMENTO DAS CHAMADAS “DECISÕES POLÍTICAS” PELO JUDICIÁRIO.....	52



4.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS E SUA RELEVÂNCIA NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	56
4.3.1 Gênese do regime democrático.....	56
4.3.2 Crise da democracia representativa.....	59
4.3.3 Significado atual do princípio democrático.....	61
4.3.4 Poder Judiciário e democracia.....	64
4.3.5 Designação dos membros das cortes constitucionais.....	69
4.3.6 Papel das cortes constitucionais na consolidação do Estado democrático de Direito.....	74
<b>5 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA</b>	
5.1 RAÍZES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	80
5.2 ESPECIFICIDADE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	84
5.3 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DOS DEMAIS PODERES.....	95
5.4 CONTROLE DOS <i>ATOS DE GOVERNO</i> PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	103
<b>6 CONCLUSÕES.....</b>	<b>114</b>
<b>7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>120</b>

# 1 INTRODUÇÃO

As ciências sociais têm mantido, entre si, cada vez maior entrelaçamento e proximidade, diante da grave missão de estudar um objeto que se encontra em constante mutação: o fato social. Contudo, nesse âmbito, vem se sobressaindo, com cada vez maior evidência, o contato íntimo entre as ciências política e jurídica, despertando a comunidade científica para fenômenos que ainda carecem de mais criteriosa análise, como a politização do Judiciário, suas chamadas “decisões políticas”, a juridicalização da Política e o papel do Direito na definição de políticas públicas, onde, até há pouco tempo, não ousava se imiscuir.

A análise que ora se inicia, portanto, será feita nesse terreno arenoso, em que muitas tempestades se levantam, atingindo os olhos do cientista político e do jurista, e acabando por prejudicar sua análise desses novéis fenômenos. Busca-se, assim, examinar as ligações entre a Política e o Direito, partindo de uma prévia especificação de seus peculiares elementos constitutivos, dentro da perspectiva proposta pela teoria dos sistemas que teve em Niklas Luhmann um de seus mais destacados corifeus.

Dessarte, sob essa perspectiva, analisar-se-á a Política e seu relacionamento com o Estado, no afã de definir suas figuras fundamentais e de gizar sua especificidade. Em seguida, da mesma forma e para os mesmos fins, será objeto de estudo o sistema jurídico, para concluir com a exposição da natureza do vínculo que o une ao sistema político.

Procura-se, com isso, enfrentar as sérias indagações sobre se a Política e o Direito podem ser entendidos autonomamente e se têm capacidade de se auto-produzir, e como essa autonomia pode ser sustentada diante das aproximações que, constantemente, eles vivenciam, destacando, por fim, os perigos do desrespeito a essa paradoxal libertação e dependência recíproca.

Em seguida, buscaremos explorar os meandros da Hermenêutica Constitucional, a partir da constatação de que a realização da Justiça, ideal decantado e louvado desde os primeiros pensadores e até hoje perseguido pela civilização humana, principia, invariavelmente, pela *interpretação*: da “reação dos deuses” corporificada nos fenômenos naturais que, segundo antigas crenças, premiavam ou castigavam os homens pelos seus atos; dos comportamento humanos, visando a sua correção dentro de parâmetros gizados pela sociedade; e das normas jurídicas, sejam elas transmitidas pela oralidade dos sábios, sejam cristalizadas em documentos escritos que o vulgo sintetizou na temida e venerada *lei*.

Em razão dessa importância, tem merecido a interpretação freqüentes análises, como a que se busca encetar nesta dissertação, sem que se haja esgotado o amplo universo de reflexões sobre ela. Isso porque, como já advertimos alhures, tão natural, espontâneo parece ser o uso da interpretação que, não raro, dela não nos apercebemos, ou dela não apreendemos todos os caracteres, à semelhança do homem, que extrai do ar, mesmo sem o enxergar ou sentir, a base provisional de sua vida.

Nesse diapasão, procuraremos focar a interpretação jurídica em sua missão no âmbito das ações políticas, pressupondo a interdependência entre os sistemas constituídos pela Política e pelo Direito. Em seguida, partiremos para o estudo da hermenêutica constitucional, não adstrita à concretizada pelos órgãos jurisdicionais, e sim considerando a elaborada por todos os atores sociais que manuseiam as normas constitucionais, para, enfim, identificar que papéis pode desempenhar a Constituição no burilamento da atividade do intérprete – e de que maneira pode influir em seus condicionamentos políticos.

Em momento ulterior, centralizar-se-á a análise desencadeada neste estudo no papel do Poder Judiciário na solução das chamadas “questões políticas”, precisamente este Poder que, não obstante figurar, hoje, como freqüente objeto de análises jurídico-políticas – e, principalmente, de críticas, muitas vezes imerecidas – encobre-se, ainda, sob a espessa bruma

da concepção mítica e idealizada que dele têm os poucos cidadãos que, bem ou mal, o conhecem.

Para esse fim, partiremos da análise de dois princípios fundamentais em nosso sistema jurídico-político – o da *divisão e controle dos poderes* e o *democrático* – a fim de averiguar sua compatibilidade com a atribuição de politicidade à atividade jurisdicional. Procuraremos, destarte, aparar as arestas do conceito de “político”, apartando-o de impressões do senso comum que com ele são confundidas, como o próprio partidarismo.

Desde as suas primeiras manifestações, com efeito, a democracia tem apresentado especial vinculação ao processo eletivo, a ponto de considerá-lo o mais importante parâmetro para se aquilatar a legitimidade de suas instituições. Por esse motivo, dentre estas, as que são constituídas a partir de mecanismo diverso – como, via de regra, todos os órgãos jurisdicionais – são constantemente colocadas à prova quanto a sua adequação democrática, sem se atentar, muitas vezes, para a peculiaridade de seus papéis.

Eis por que se pretende examinar, precisamente, a correção desse pensamento, com foco nas cortes constitucionais, em razão da posição destacada de que gozam nos Estados hodiernos. Para isso, parte-se da análise de como foi engendrado o regime democrático, a fim de capturar suas notas essenciais e apontar para as feições que vem assumindo com seu aperfeiçoamento ao longo dos tempos.

Logo após, tenciona-se diagnosticar a relação que o Poder Judiciário mantém com a democracia, e assim identificar a fonte de sua legitimidade, imprescindível para um firme exercício do Poder. Desse diagnóstico, segue-se para um exame mais detido dos tribunais constitucionais, ponderando acerca da designação de seus membros em diversos países em que se têm sobressaído, para, enfim, estabelecer seu papel na consolidação do Estado democrático de Direito.

Em um derradeiro instante, deixaremos a análise generalizada para mergulhar no universo de nossa Corte Suprema, recorrendo à análise histórica de suas origens e de sua evolução para desembocar na delimitação dos caracteres de sua atuação no exercício da jurisdição constitucional e de sua legitimidade democrática para arrostar os atos emanados dos outros “Poderes”.

Ato contínuo, pretendemos indicar as conseqüências político-sociais que a atribuição de politicidade às decisões judiciais iriam fatalmente ocasionar, seja no intuito de obviar os riscos, seja no afã de aperfeiçoar o sistema vigente – razão por que optamos por aludir à *missão* de nossa corte sobranceira, submetida a constantes amadurecimento e desenvolvimento, e não apenas a sua *atuação*, exalada de seus arestos e analisada com o só fito de compreender melhor a história dessa corte. Com isso em vista, buscaremos examinar as relações de poder – concreto e espiritual – existentes entre o Judiciário, os demais “Poderes” e os meios de comunicação de massa.

Por fim, cuidaremos da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle dos atos de governo, no âmbito da jurisdição constitucional, especialmente porque são tais atos os que mais repelem um controle de constitucionalidade – o que, afinal, só evidencia a necessidade de delimitar as específicas ingerências dos sistemas político e jurídico na sociedade, conviventes da atuação de nossa Suprema Corte.

## 2 A POLÍTICA E O DIREITO

*“Ismene: Agora, restamos só nós duas; vê que morte miserável teremos, se à força da lei e à decisão soberana do tirano nos opusermos. Põe na cabeça isso, mulheres somos, não podemos lutar com homens. Há mais, somos dirigidas por mais fortes, temos que obedecer a estas leis e a leis ainda mais duras. De minha parte, rogo aos que estão debaixo da terra que tenham piedade de mim, sou forçada a isso, obedecerei a quem está no poder; fazer mais que isso não tem nenhum sentido.” (Antígona, p. 11)*

*“Hemon: Como teu filho, cabe-me ver para teu bem tudo o que se diz, faz ou murmura. Tua imagem intimidada o homem do povo que não se atreve a pronunciar palavras que não te agradariam.” (Antígona, p. 52-3)*

### 2.1 PROÊMIO

O isolamento metodológico das ciências, em voga há até pouco tempo, se mostrou incapaz de satisfazer as expectativas que a sociedade fazia recair sobre os ombros dos estudiosos, que se sentiam cada vez mais pressionados a ampliar seus horizontes cognitivos, sem olvidar, porém, os lindes diretivos de seu específico ramo do saber.

Dessa forma, os cientistas, com vistas a melhor desempenhar sua função em uma sociedade a cada dia mais complexa e densa, se viram obrigados a investir na interdisciplinaridade para, agregando conhecimento oriundo de outras ciências, entender o mundo que os cerca com mais nitidez e consciência, rumo ao cumprimento de seu papel social. É nesse ponto que se situa, por exemplo, a crise do ensino jurídico na segunda metade do século passado, visto que era “divorciado das demais ciências sociais, destinado exclusivamente a formar profissionais eficientes, ‘doutores em leis’, e não juristas.”<sup>1</sup>

No entanto, tal interdisciplinaridade fez ressurgir, precisamente, o problema que a especialização horizontal do conhecimento procurou resolver, a partir da autonomia

---

<sup>1</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23.

científica concedida a tão distintas veredas do saber: a determinação da singularidade metodológica de cada uma delas, de modo a evitar a hierarquização entre as ciências – com o domínio das mais “influentes” no campo da *práxis* – e a perda de sua identidade. Em outras palavras, com o mais freqüente “encontro” cognoscitivo entre as ciências, passou-se a ter como desafio construir a especificação dos atributos de cada uma delas, para que sobrevivam às ingerências dos conhecimentos das demais.

Deveras, San Tiago Dantas, há mais de meio século, advertia que, acaso as Faculdades de Direito não fornecessem ao país profissionais de maior capacidade média, seria natural que o próprio Direito perdesse “terreno e prestígio para as outras técnicas de controle social, que querem fugir à sua tutela e afirmar com autonomia seus próprios objetivos e fins.”<sup>2</sup>

Esse desafio tem se mostrado ainda mais hercúleo nos prados das ciências sociais, em que o isolamento do objeto de estudo – determinado fato social – não apenas se apresenta difícil, mas até artificial e impraticável, haja vista a realidade fática ser “sempre complexa e interconexa com outros fatos.”<sup>3</sup>

É nesse diapasão que se elaboraram as diversas *teorias dos sistemas*, todas procurando, a um só tempo, precisar o substrato de cada sistema e analisar suas relações com os demais, sem lhe retirar a especificidade, como resposta à hipercomplexidade – crescente a cada dia – da sociedade contemporânea. Assim, para Niklas Luhmann, um sistema “caracteriza-se pela diferença com seu ambiente<sup>4</sup> e pelas operações internas de auto-reprodução de seus elementos.”<sup>5</sup> Por isso é que, nas sociedades modernas, cada sistema possui

---

<sup>2</sup> DANTAS, F. C. San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. **Revista Forense**, São Paulo, a. 52, v. 159, pp. 451-8, mai./jun. 1955, p. 455.

<sup>3</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 53.

<sup>4</sup> Entende-se como *ambiente* do sistema social a reunião dos sistemas vivos (células, moléculas, nervos, organismos) com os sistemas psíquicos, cujos processos seletivos ocorrem no nível da consciência, e não no da comunicação, própria dos sistemas sociais (ZYMLER, Benjamin. **Política e Direito**; uma visão autopoietica. Curitiba: Juruá, 2002, p. 28).

<sup>5</sup> *Apud* CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 66.

uma *função* própria, entendida como a relação do sistema com o sistema social globalmente considerado. Ademais, todos têm “seu próprio código (esquema binário que caracteriza a comunicação do sistema), suas operações específicas de reprodução, ou seja, sua clausura operativa (ou fechamento operativo) e sua abertura ao ambiente.”<sup>6</sup>

Não se afirma, a partir do chamado fechamento operativo, que o sistema não mantenha contatos com o ambiente ou com os demais sistemas, e sim que seus elementos sejam auto-reproduzidos<sup>7</sup> por uma operação interna que lhe atribua especificidade, em contraste com a de outros sistemas. Eis por que, consoante Luhmann, é o fechamento operativo responsável pela própria unidade do sistema, que, estruturando todas as operações de sentido como uma escolha entre sim e não (código binário), reduz a complexidade do ambiente e permite captar, sem tanta desfiguração, as intrincadas condições do ambiente<sup>8</sup>.

O principal desiderato desta nossa análise inicial, portanto, é buscar identificar as características de dois importantes subsistemas sociais – o político e o jurídico – e, concomitantemente, os elos que os unem, dentro da proposta de interdisciplinaridade hodiernamente propugnada.

## 2.2 O SISTEMA POLÍTICO E O ESTADO

A gama de predicados que se agregam ao termo “Política” tem variado ao longo dos tempos, desde que surgiu, com pujança, na antiguidade clássica. Aristóteles, opositor da fusão da civilização helênica com a oriental – ironicamente materializada na construção do vasto império de Alexandre, de quem foi preceptor – demonstra seu interesse

---

<sup>6</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>7</sup> É interessante perceber que, para Luhmann, a autopoiese se dá no nível do sistema, que auto-produziria seus elementos, ao contrário da idéia esposada por Humberto Maturana – em quem foi buscar inspiração para sua teoria – para quem a autopoiese se daria no nível dos elementos, que se auto-produzem (*apud* GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**; introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 61).

<sup>8</sup> ZYMLER, *op. cit.*, p. 40.



pela filosofia da condução dos povos em sua obra “*Política*” e, considerando o homem, “por natureza, um animal político”<sup>9</sup>, enuncia o significado clássico de Política, como tudo aquilo que se refere à cidade (*pólis*, sua matriz etimológica), ao social, arte ou ciência do governo, às formas como as comunidades se organizam, segundo expressão de Moncada<sup>10</sup>. Este autor português, inclusive, seguindo tal idéia, aponta a equivalência entre os termos de *político* e *social*, já que o *político* “não é, no fim das contas, senão a *vida social humana perfilada em forma*.”<sup>11</sup>

Talvez por isso, o termo “Política” tenha sido tão intimamente ligado às “coisas do Estado”, uma vez que este – presumia-se – englobava todos os aspectos da vida do homem em sociedade – seu estado natural. Entretanto, Moncada adverte que as expressões “político” e “referente ao Estado” não devem ser confundidas, já que se relacionam como gênero e espécie, respectivamente, porquanto o Estado – em suas diferentes formas – é uma das realizações possíveis da idéia do “político”, que sobrevive até à ausência de Estado, como imaginado hoje.

Dessarte, não é a pertinência ao Estado que define o “político”, e sim o Estado é que se define “em função das coisas políticas”<sup>12</sup>, mesmo porque, para Luhmann, “o Estado é uma ‘autodescrição’ do sistema político, que busca simplificar o incremento de sua complexidade ao longo da história”<sup>13</sup>. No mesmo sentido, para Nelson Saldanha<sup>14</sup>, “a estatalidade concerne à presença de uma estrutura política específica”, ao passo que ao termo

---

<sup>9</sup> ARISTÓTELES. *Política*. In: **Aristóteles**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, coleção “Os pensadores”, p. 146.

<sup>10</sup> MONCADA, Luis Cabral de. Do conceito e da essência do político. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 30, Imprensa Universitária/UFMG, Belo Horizonte, jan. 1971, p. 8.

<sup>11</sup> *Id., ib.*, p. 33.

<sup>12</sup> *Id., ib.*, p. 12.

<sup>13</sup> *Apud* ZYMLER, *op. cit.*, p. 145.

<sup>14</sup> SALDANHA, Nelson. Politicidade do Direito e o problema do Direito Natural. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 5, 1994, p. 24.

*politicidade* imprime sentido mais amplo, abrangente de todos os elementos institucionais da vida humana: o familiar, o pedagógico, o econômico e o religioso.<sup>15</sup>

Não se pode negar, por seu turno, que o conceito de Política seja intimamente ligado ao de Poder, entendido por Thomas Hobbes como o conjunto de “meios para se obter alguma vantagem”<sup>16</sup> e por Blackburn como “a capacidade de se mobilizarem forças econômicas, sociais ou políticas para obter um certo resultado”<sup>17</sup> – conceitos que, por enquanto, nos satisfazem.

É dentro desse sentido, pois, que foi elaborada a tipologia aristotélica do Poder, distinguindo as formas de Poder paterno, despótico e político, este último exercido, na forma correta de governo, no interesse de quem governa e de quem é governado, invocando a idéia do “bem comum”. Modernamente, porém, Bobbio propõe uma classificação “que se funda sobre os meios dos quais se serve o sujeito ativo da relação para condicionar o comportamento do sujeito passivo”<sup>18</sup>: os poderes econômico, ideológico e político, este último sendo fundado “sobre a posse dos instrumentos através dos quais se exerce a força física.”<sup>19</sup> A nota distintiva do poder político, por conseguinte, reside na “exclusividade do uso da força em relação a todos os grupos que agem em um determinado contexto social”<sup>20</sup>, nota essencial para a própria subsistência do Estado. Como consequência desse atributo, ao poder político se reconhecem as características da universalidade (capacidade de os detentores do poder político tomarem decisões efetivamente operantes para toda a comunidade) e da

---

<sup>15</sup> SALDANHA, *op. cit.*, p. 25.

<sup>16</sup> *Apud* BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**; a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 160.

<sup>17</sup> *Apud* MEDEIROS FILHO, Francisco Honório de. **Poder político e Direito**; a instrumentalização política da interpretação jurídica constitucional. Natal: A S Editores, 2003, p. 50.

<sup>18</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 162.

<sup>19</sup> *Id., ib.*, p. 163.

<sup>20</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 164. É nesse diapasão que Ferdinand Lassale (**O que é uma Constituição?** Tradução por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 52), no século XIX, apontava o *Exército* como o instrumento de poder político do rei, não deixando de reconhecer, por outro lado, nos “funcionários da justiça” e nos “empregados da administração pública” – componentes do *Estado* que são – recursos orgânicos de poder de uma sociedade (*Id., ib.*, p. 71).

inclusividade, encaminhando os membros do grupo “para um fim desejado ou distraíndo-os de um fim não-desejado.”<sup>21</sup>

Quando se fala em *fim*, há de se ressaltar, Bobbio não deixa de reconhecer a inexistência de fins da política para sempre estabelecidos<sup>22</sup>, apontando, todavia, “um fim mínimo da política: a ordem pública nas relações internas e a defesa da integridade nacional nas relações de um Estado com os outros Estados.”<sup>23</sup> Esse objetivo mínimo das ordens interna e internacional pode ser encontrado no esforço de Carl Schmitt em conceituar o “político”, que, para ele, foi pensado numa intuição *a priori*, para se fundar no binômio amigo/inimigo, ou pertencente ou não a dada comunidade. Desse modo, cabe ao Estado suprimir a divisão de seus membros e tolerar, apenas, “as simples rivalidades agonísticas ou as lutas dos partidos”<sup>24</sup>, caracterizando-se o “político”, pois, por seus “conflitos que não podem ser resolvidos em última instância senão com a força.”<sup>25</sup> Por essa razão é que, para Schmitt, o Estado deve manter o monopólio do “político”, não admitindo a influência política de grupos de interesse, a menos que suportem a responsabilidade política por suas decisões políticas.<sup>26</sup> Do contrário, se olvidaria a possibilidade de que “inimigos” na ordem interna e em determinadas circunstâncias se irmanassem como “amigos” na guerra que repelisse, por exemplo, a ingerência estrangeira, hipótese recorrente e motivo de elevado e natural fator de coesão nacional<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 166.

<sup>22</sup> Do mesmo modo, Souza Neto admite “inviável um consenso generalizado sobre os fins que devem ser perseguidos pelo Estado”, haja vista a pluralidade, complexidade e multiculturalidade das sociedades contemporâneas (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. **Teoria da Constituição**; estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 30).

<sup>23</sup> BOBBIO, p. 167.

<sup>24</sup> *Id., ib.*, p. 170.

<sup>25</sup> *Id., ib.*, p. 171.

<sup>26</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The concept of the political. **Law as politics**. Durham/London: Duke University Press, 1998, p. 48.

<sup>27</sup> Prova disso é o que vem se constatando no Iraque, em que as historicamente conflitantes facções sunita e xiita vêm se unindo contra os Estados Unidos, visto como um inimigo comum (...UM grande atoleiro. **Veja**, São Paulo, Abril, 14 de abril de 2004, p. 61).

Ao lado das críticas exclusivamente vinculadas ao comprometimento umbilical de Schmitt com o supedâneo do regime totalitário nazista na primeira metade do século XX, outras restrições têm sido feitas quanto ao conceito schmittiano do “político”, como a de que a antítese amigo/inimigo não constitui propriedade do “político”, senão do próprio homem<sup>28</sup>. Ademais, segundo Moncada,

“não é o *político* que terá de ser definido em função da distinção entre amigo e inimigo, assim como não é tão-pouco a distinção das pessoas entre parentes e não parentes, ou entre vizinhos e não vizinhos, que nos pode dar o critério para definir o que é família ou o que é vizinhança.”<sup>29</sup>

Por outro lado, a acusação, dirigida contra Schmitt, de esquecimento no que tange à política doméstica<sup>30</sup> é rebatida por Böckenförde, segundo o qual Schmitt nela via o papel de manter os conflitos e debates dentro da armação da coexistência pacífica, sem olvidar que, não cumprido tal papel, a relação amigo/inimigo pode se manifestar, embora se reconheça a anormalidade desse fenômeno.<sup>31</sup>

Transplantando as idéias expostas para a teoria dos sistemas luhmanniana, evidencia-se que a *exclusividade do uso da força*, característica do poder político, atribui à Política a *função* de tomar decisões coletivamente vinculantes, dispondo uma “diferenciação hierárquica das relações de poder entre superiores e inferiores, que recebe uma formulação técnica na distinção governo/oposição.”<sup>32</sup> Destarte, na medida em que a Política determina a divisão entre governantes e governados, delineia, com isso, seu código lingüístico específico, distinto do de qualquer outro sistema.

Sob essa perspectiva, o código operativo governo/oposição permite uma comunicação entre os elementos intrínsecos da Política, totalmente distinta da observada, a

---

<sup>28</sup> MONCADA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>29</sup> *Id.*, *ib.*, p. 16.

<sup>30</sup> V. MONCADA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>31</sup> BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 39.

<sup>32</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 71.

partir de seus códigos binários próprios, nos demais sistemas: Moral (bem/mal), Ciência (verdade/falsidade) e Direito (lícito/ilícito)<sup>33</sup>, para citar alguns. Assim é que se impede que os elementos da Política sejam considerados segundo sua agradabilidade, veracidade ou juridicidade, e sim a partir de *programas* nomeadamente políticos (v.g., programas político-eleitorais e propostas de governo), *funcionalmente* destinados à tomada de decisões coletivamente vinculantes.<sup>34</sup> Os programas do sistema político, portanto, fazem com que ganhem relevo muito mais os *fins* almejados ou declarados por seus agentes do que os *meios* para alcançar esses fins.

A ação política, por conseguinte, consoante já exposto por Maquiavel, só pode ser julgada em sua bondade ou maldade a partir de seu *fin*<sup>35</sup>, e não da essência do ato isoladamente analisado. Na esteira do que se afirma, Bobbio considera a Política como ética do grupo ou da responsabilidade, em contraste com a ética da convicção empregada para julgar ações individuais, resultando na desnecessidade – e intolerabilidade – da violência individual em razão da suficiência da violência coletiva.<sup>36</sup>

Partindo da autonomia da Política em relação à Moral, chega-se à grave indagação sobre se as ações políticas se produzem sem qualquer compromisso com os padrões éticos vigentes em uma sociedade, idéia cuja defesa cega e apressada redundaria no ataque mortal à própria democracia. Bobbio procura desfazer tal perplexidade assinalando que as regras éticas

“são, sim, universais, no sentido de que valem para todos os tempos e para todos os homens, mas não são absolutas, no sentido de que não valem em todos os casos, admitem exceções, e

---

<sup>33</sup> Recusa-se, aqui, a tradução realizada por Campilongo (*op. cit., passim*) do *recht/unrecht* luhmanniano para direito/não-direito, que levaria ao equívoco de se fazer supor que algo contrário ao direito (ilícito) não se situa na órbita do jurídico (não-direito), constituindo paradoxo inaceitável.

<sup>34</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 77.

<sup>35</sup> *Apud* BOBBIO, *op. cit.*, p. 228.

<sup>36</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 175-6.

portanto, em certos casos especificamente determinados e determináveis, podem admitir uma derrogação.”<sup>37</sup>

Nesse terreno de discussão sobre a eticidade dos atos políticos foi surgir a conhecida “doutrina da razão ou questão de Estado”, mencionada por Francis Bacon, já no século XVII, em pleno auge da formação dos Estados nacionais, com a percuciência que o caracteriza: “*I call matter of state, not only the parts of sovereignty, but whatsoever introduceth any great alteration or dangerous precedent, or concerneth manifestly any great portion of people.*”<sup>38</sup>

Com isso, pretendeu ele alargar o sentido de questão de Estado – que, à época, se adstringia à defesa da soberania perante os demais Estados recém-surgidos – para compreendê-la como qualquer elemento idôneo a causar considerável alteração no sistema social e que produza conseqüências extensivas a uma grande parcela da população.<sup>39</sup>

No mesmo sentido, Bobbio, tal como os gregos, que distinguem entre as esferas social (Política) e individual (Ética)<sup>40</sup>, define “razão de Estado” como

“o conjunto de princípios e máximas com base nas quais ações que não seriam justificadas se cumpridas por um indivíduo isolado não são apenas justificadas mas em alguns casos de fato exaltadas e glorificadas se cumpridas pelo príncipe, ou por qualquer pessoa que exerça o poder em nome do Estado”<sup>41</sup>,

---

<sup>37</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 229. A rigor, Bobbio assim caracteriza as regras *morais*, apartando-as das regras *éticas*, por ele situadas na esfera individual. Não comungamos dessa terminologia, por esposarmos o pensamento segundo o qual o saber ético tem por objeto de estudo a *ação* moral, e não apenas as *regras* morais, o que retira da Ética a natureza puramente *normativa*, para imprimir-lhe a feição *filosófico-especulativa* (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 445, e OLIVEIRA, Nelci Silvério. **Introdução ao estudo do Direito**. Goiânia: AB, 1999, p. 44). No mesmo sentido, Hans Kelsen (**Teoria Pura do Direito**. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 407) ponderava que a Ética “descreve as normas de uma determinada Moral, ensina-nos como nos devemos conduzir de acordo com essa Moral; porém, como ciência, nada prescreve sobre a maneira por que nos devemos conduzir.”

<sup>38</sup> BACON, Francis. Of judicature. In: **Essays**. London: Everyman’s Library, 1983, p. 165. Em tradução nossa: “Eu chamo questão de Estado não apenas porções de soberania, mas tudo aquilo que introduz uma grande alteração ou precedente perigoso, ou manifestamente diz respeito a grande porção de pessoas.”

<sup>39</sup> Supre-se, de algum modo, o relativo “vazio” apontado na obra de Schmitt por seus críticos no que tange à denominada “política doméstica”.

<sup>40</sup> Cf. ressalva da nota 37 *supra*.

<sup>41</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 176.

para concluir que a Política é a razão do Estado, na mesma medida em que a Moral é a razão do indivíduo, ou seja, “o fim da Política é o bem comum, entendido como bem da comunidade distinto do bem dos indivíduos que a compõem.”<sup>42</sup> A “razão do Estado”, enfim, “já não seria mais razão humana e, sim, uma suposta síntese de *razões* comprometidas com a operacionalidade das vontades coletivas – se é que isso existe – no sentido da realização dos *fins* do Estado”<sup>43</sup>, e, por isso, poderia ser invocada em situações extraordinárias, chamadas “estados de necessidade” ou “estados de emergência”, que não cabe na pretensão destas linhas definir.

### 2.3 O SISTEMA JURÍDICO E A BUSCA POR SUA LEGITIMAÇÃO

Sumariadas as linhas que conferem especificidade ao sistema político, cabenos, utilizando a mesma matriz sistêmica, caracterizar o sistema jurídico, embora seja este, por diversas vezes, tratado como mero subsistema da Política. Defende-se, não raramente, a subordinação do Direito à Política, já que aquele é apresentado como uma “característica intrínseca” desta<sup>44</sup>, haja vista a norma jurídica fundamental, sendo *pressuposta* e não *estabelecida*, brotar de uma opção política. Calmon de Passos, por sua vez, reconhece no Direito a missão de, simplesmente, contribuir “para consolidar e operacionalizar um sistema de produção e uma organização política que o precedem e lhe ditam a fisionomia e o destino”<sup>45</sup>, talvez por julgá-lo mera técnica, e não propriamente um sistema.<sup>46</sup>

Esse entendimento perfunctório, que subordina a ordem jurídica ao poder político, é explicado em face de o Direito ter surgido, historicamente, como um sistema

---

<sup>42</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 219.

<sup>43</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco lições de Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 33.

<sup>44</sup> MEDEIROS FILHO, *op. cit.*, p. 67.

<sup>45</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**; julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 50.

<sup>46</sup> V. item 2.4.

socialmente difuso, exercendo sua *função* específica de regulação da conduta humana pelo uso da força, arbitragem ou transação, e para isso utilizando-se de elementos extraídos da Moral, da tradição e dos costumes<sup>47</sup> - o que leva à constatação de que o Direito depende, em última instância, da força física já apontada, anteriormente, como nota distintiva do poder político. Entretanto, essa redução do Direito a poder puro e simples acaba por deixar sem resposta a indagação filosófica sobre como diferenciar uma comunidade jurídica de um bando de ladrões – ou do que vulgarmente hoje se denomina de “Estado paralelo” – ambos detentores, em dadas circunstâncias, da força física atuante na regulação de condutas.<sup>48</sup> Mesmo se adotando a idéia da necessária correspondência entre o Direito e a Justiça, como expressa por Santo Agostinho, para quem figura esta como *ratio essendi* daquele<sup>49</sup>, a questão persiste não respondida, já que os princípios da justiça são passíveis de serem preenchidos por qualquer conteúdo<sup>50</sup>.

É nesse momento de perplexidade que Bobbio, na esteira do que já defendia Max Weber<sup>51</sup>, invoca a diferença entre *poder legítimo* e *ilegítimo*, como meio de distinguir “o poder político, como poder juridicamente fundado, das várias formas de poder de fato”<sup>52</sup>. Com isso, convém aprofundarmos a análise do Poder, já conceituado em linhas passadas como o conjunto de meios para se obter alguma vantagem (Hobbes), e entendermo-lo, agora, como a “capacidade de gerar obediência, consentida (fala-se em um poder legítimo) ou não consentida (fala-se em um poder ilegítimo)”<sup>53</sup>. Na mesma direção, Chaïm Perelman define o Poder como a “força de que se dispõe e com cuja ajuda se pode obrigar os outros a escutar ou

---

<sup>47</sup> ZYMLER, *op. cit.*, p. 67.

<sup>48</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 233.

<sup>49</sup> *Apud* BITTAR, *op. cit.*, p. 189.

<sup>50</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 234.

<sup>51</sup> *Apud* GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do Direito**; uma introdução política ao Direito. Brasília Jurídica, 2000, p. 17.

<sup>52</sup> *Id.*, *ib.*.

<sup>53</sup> BITTAR, *op. cit.*, p. 491.



a obedecer”<sup>54</sup>. Essa só discriminação termina por inverter o pólo de preponderância na relação entre a Política e o Direito: “não é mais o poder político que produz o direito, mas o direito que justifica o poder político.”<sup>55</sup> Essa tarefa aparece nítida no pensamento de Weber, ao identificar a *autoridade legal* como uma das formas básicas de manifestação da *legitimidade*, atuando na regulamentação da *autoridade*<sup>56</sup>. Lembra-nos Nelson Saldanha, por sua vez, que os teóricos do liberalismo “viam no progresso uma gradual submissão do poder ao Direito.”<sup>57</sup>

Vislumbrada a possibilidade – pelo menos – de o Direito gozar de autonomia em face do sistema político, trataremos de analisar seus caracteres, deixando para imergir, definitiva e mais profundamente, nas relações que une os dois sistemas no capítulo seguinte.

Já foi acima destacada uma primeira finalidade possível a ser cumprida pelo Direito, qual seja a justificação do poder político. Parece-nos que é esse o fim que Moncada identifica na ordem jurídica: “a estruturação e organização das relações da conduta humana na sua interferência intersubjetiva a fim de fazer com essas relações dentro dos grupos um todo mais ou menos estável e coerente de vida”<sup>58</sup>.

Não obstante, deve-se reconhecer que, acaso a ordem jurídica se limitasse a justificar o poder político, patentear-se-ia seu integral condicionamento às variantes políticas, com o que nem todos os pensadores já citados concordam. Por isso, talvez apareça até com mais realce sua finalidade de atribuir ao Estado – e ao modelo de sociedade por ele instituído – a *estabilidade* e o *equilíbrio* necessários à sua sobrevivência, o que significa, nas palavras de Calmon de Passos, “emprestar o máximo de racionalidade, segurança e previsibilidade às opções sócio-político-econômicas institucionalizadas pelo grupo social.”<sup>59</sup> Desse modo, o

---

<sup>54</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 329.

<sup>55</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 234.

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 118.

<sup>57</sup> SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

<sup>58</sup> MONCADA, *op. cit.*, p. 7.

<sup>59</sup> PASSOS, *op. cit.*, p. 82.

Direito se destaca como *poder legitimado*, e não como mero legitimante do poder – o que o transmutaria em simples ideologia<sup>60</sup>.

Mais elaborada se nos afigura a construção luhmanniana de Direito, como “generalização congruente de expectativas normativas”<sup>61</sup>. Com efeito, a *generalização* imuniza o sistema diante das mudanças no ambiente, privilegiando as expectativas estruturadas normativamente. Já a *congruência* confere ao sistema a necessária segurança para sua sobrevivência com autonomia, combatendo as desilusões com a positivação, o dissenso com a procedimentalização e as incoerências e contradições com programas que fixem o sentido da generalização<sup>62</sup>.

Por sua vez, as *expectativas normativas* se distinguem das *expectativas cognitivas* na mesma medida em que Kelsen<sup>63</sup> diferenciava o *Direito* produzido pela autoridade jurídica, com finalidade *prescritiva* (norma jurídica), da *Ciência do Direito*, com finalidade meramente *descritiva* (proposição jurídica), embora não concordemos integralmente com essa posição do jusfilósofo de Viena<sup>64</sup>, mesmo porque ele próprio reconhece que “duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem”<sup>65</sup>, afinal patenteando a força condicionante da produção científica do Direito.

Deveras, a *norma jurídica* estabelece um dever-ser, não pretendendo informar sobre o que efetivamente acontece, e com isso constrói uma neutralização simbólica das expectativas humanas, em face de a expectativa normativa já indicar um previsível desapontamento: por mais eficaz que seja o Direito, o dever-ser por ele prescrito admite desobediência, e para isso é que também se prevêem sanções para dissuadir o homem de sua

---

<sup>60</sup> GUERRA FILHO, **Teoria (...)**, *op. cit.*, p. 19.

<sup>61</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 79.

<sup>62</sup> *Id., ib.*, p. 19.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, p. 82.

<sup>64</sup> Cf. item 3.3.

<sup>65</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 84.

prática. Se tal prática ocorre, nasce a expectativa de que sobre o infrator repouse um ato de coação previamente desenhado pela ordem jurídica. E mesmo que essa expectativa não seja atendida, por deficiência do sistema (gerando impunidade, sentimento de injustiça ou desobediência civil), não é a *coerção* – própria do Direito – que se vê maculada, mas o *ato coativo* que cumpre à Política implementar, levando em consideração que, segundo Kelsen e sua idéia de que o ilícito não é negação e sim pressuposto do Direito, os atos de coação estatuídos pela ordem jurídica não devem ser confundidos com sanções no sentido específico de conseqüência do ilícito<sup>66</sup>. Desse modo, as expectativas normativas resistem à contradição dos fatos e à frustração daí decorrente.

Deve se frisar, contudo, que o Direito, para cumprir sua função normativa, e assim realizar sua missão de preservar a integralidade do sistema, evitando mudanças excessivas, e viabilizar as transformações necessárias para prevenir sua estagnação, “dispõe de uma estrutura cognitiva, a qual lhe permite dar conta, por exemplo, do constante descumprimento de suas normas, ao que poderá reagir não só insistindo em sua aplicação, mas também revogando-a e/ou editando outra”<sup>67</sup>, mesmo que seja a partir da atuação jurisdicional.

Entendido nesses termos, divisa-se que o sistema jurídico apresenta programas *normativos*, já que as normas jurídicas é que, a partir de qualquer de suas formas pragmáticas (a lei em sua literalidade, ou adaptada às modificações sociais por meio da jurisprudência, ou ainda derogada pela vontade dos interessados a partir de pactos juridicamente aceitos, quando for tal faculdade admitida pelas normas permissivas ou de ordem privada<sup>68</sup>), são

---

<sup>66</sup> KELSEN (*op. cit.*, p. 124), deveras, chama a atenção para que a relação entre ilícito e conseqüência do ilícito não consiste “em a uma ação ou omissão, pelo fato de representar um ilícito ou delito, ser ligado um ato de coação como conseqüência do ilícito, mas em uma ação ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser ligado um ato de coação como sua conseqüência”.

<sup>67</sup> GUERRA FILHO. **Autopoiese (...)**, *op. cit.*, p. 65.

<sup>68</sup> Ferraz Júnior reconhece que “os atos negociais são fonte de normas individuais vinculantes para as partes” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 243).

hábeis a atribuir *generalização e congruência* às *expectativas normativas* no interior do sistema.

Tais programas, por sua vez, implementam o código binário específico do sistema jurídico (lícito/ilícito ou *Recht/Unrecht*), segundo o qual, ao invés de se *negarem* os conflitos, se prevêem os “que são conflitos para o Direito e se oferecem as soluções que são conformes ao Direito”<sup>69</sup>. Assim, analogamente ao que ocorre ao sistema político, mesmo que os referidos programas possuam conotações morais, científicas ou políticas, os elementos do Direito não serão considerados segundo sua agradabilidade, veracidade ou finalidade última, mas conforme sua juridicidade.

A partir de tal código operativo de reprodução, a valoração dos fatos – mesmo aqueles relevantes para ou advindos de outros sistemas – é “realizada por sujeitos investidos do *poder* de realizá-la de forma vinculante para outros, externando-a em uma norma de Direito”<sup>70</sup>. Desse modo, para garantir ao Direito a capacidade de se auto-produzir, imposição gerada pela própria evolução da sociedade e conseqüente incremento da complexidade social, atentou Hans Kelsen para a necessidade não só de estabelecer normas de conduta (objeto de estudo do que chamou “Estática Jurídica”), como também normas que regulam condutas na produção de outras normas jurídicas (“Dinâmica Jurídica”) ou, em suas próprias palavras, “a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento.”<sup>71</sup>

Não obstante, é preciso ressaltar que a Dinâmica Jurídica kelseniana tratou, ao lado dos legisladores, da jurisprudência, reconhecendo o caráter constitutivo da decisão judicial e, portanto, a *autoridade* também conferida aos juízes de produzir normas jurídicas – agora, em regra, de caráter individual – uma vez que o magistrado “não tem simplesmente de

---

<sup>69</sup> GUERRA FILHO. *Autopoiese (...)*, *op. cit.*, p. 63-4.

<sup>70</sup> *Id.*, *ib.*, p. 68.

<sup>71</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 219.

descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída”<sup>72</sup>, mas, pelo contrário, contribuir para esta produção, assumir sua função constitutiva. Outrossim, como ao juiz é defeso deixar de se pronunciar sobre determinado caso que lhe é submetido a julgamento (princípio da indeclinabilidade ou da proibição do *non liquet*), essa vedação destinada aos órgãos jurisdicionais termina por conferir o fechamento operativo ao sistema jurídico<sup>73</sup>, constituindo o chamado *paradoxo da transformação da coerção em liberdade*, porquanto o magistrado, que “se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de suas decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito.”<sup>74</sup>

Sob tal perspectiva, faz-se ressurgir a problemática ligação entre os sistemas político e jurídico, desde que se acolha como *autoridade* “o direito de dirigir e comandar, de ser escutado ou obedecido pelos outros”<sup>75</sup>, compartilhado pelos principais agentes dos referidos sistemas. Daí é que nasce a necessidade de cuidarmos de suas ligações, no afã de aclararmos suas especificidades.

## 2.4 INTERDEPENDÊNCIA DOS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO

Com precisão sempre merecedora de aplausos, Bobbio apontou o conceito de *Poder* como o principal elemento de união entre os estudos políticos e jurídicos<sup>76</sup>. Essa vinculação se explica a partir da idéia de *Poder* esposada no item 2.3 acima, como a capacidade de gerar obediência, consentida ou não. Tal enunciado nos transporta a uma outra discussão levantada no mesmo item, sobre a distinção entre *poder de fato* e *poder de direito*,

---

<sup>72</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 264.

<sup>73</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 81.

<sup>74</sup> LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, n. 49, Porto Alegre, jul. 1990, p. 163.

<sup>75</sup> PERELMAN, *op. cit.*, p. 329.

<sup>76</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 238.

até concluirmos, como já feito anteriormente, pelo papel desempenhado pelo Direito de legitimar o sistema político e dar estabilidade ao Estado e à sociedade.

Essa missão jamais pode ser negligenciada, em face dos enormes efeitos por ela produzidos: a legitimação do Direito (ou o *poder* legitimado, a que fizemos menção no item anterior) transmuda a força física pura e simples do sistema político em *autoridade*, à medida que incute maior suportabilidade das pessoas à sujeição a tal força.

Essa legitimação, porém, não pode ser apartada da força física e do consenso, antes busca neles seu incremento, seja pela eficácia simbólica generalizante dessa força, seja pela participação em processos<sup>77</sup>, de modo que o sistema político, sob o pálio da autoridade construída a partir da legitimação do Direito, passa a ter muito maiores possibilidades de se manter íntegro, já que a coerção que garante sua sobrevivência se vê reforçada pelo consenso que incute nos governados da conveniência de determinado programa normativo. Está-se, aqui, a falar – há de ser ressaltado – do *consenso ético*, que, diferentemente do *consenso lógico*, não precisa ser “racional (demonstrável), mas razoável, aceitável no sentido de estar de acordo com a natureza do homem, não ser absurdamente atentatório contra ela”<sup>78</sup>. João Maurício Adeodato adverte, a respeito, “que esse consenso significativo é também retórico, não é necessariamente fruto de um acordo real sobre tal ou qual critério de solução de conflitos, podendo assumir os mais diversos aspectos, inclusive o de ser apenas presumido.”<sup>79</sup>

Não por acaso, John Locke, em inovadora referência ao *direito à resistência*<sup>80</sup>, asseverava que “aquele que usa de *força sem direito*, assim como todos aqueles que o fazem na sociedade contra a lei, coloca-se em *estado de guerra* com aqueles contra os quais a usar e,

---

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 64. Tradução de: *Rechtssoziologie II*.

<sup>78</sup> FERREIRA, Mariá A. Brochado. **Consciência moral e consciência jurídica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 152.

<sup>79</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**; uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204.

<sup>80</sup> HORTA, José Luiz Borges. Uma breve introdução à filosofia do Estado de John Locke. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 90, Imprensa Universitária/UFMG, Belo Horizonte, jul./dez. 2004, p. 253.

em tal estado, todos os antigos vínculos são rompidos, todos os demais direitos cessam e cada qual tem o direito de defender-se e de *resistir ao agressor*”<sup>81</sup>. Jean-Jacques Rousseau, por sua vez, em sua clássica obra de Ciência Política, pontificou: “O mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, senão transformando sua força em direito e a obediência em dever.”<sup>82</sup> O próprio Luhmann reconhece que a expectativa genérica de que ninguém se rebele contra a sujeição à força física não pode depender apenas dessa força, uma vez que a “utilização exclusiva desse mecanismo levaria a um regime de terror extremamente instável, que permaneceria instável por não poder excluir eficientemente a possibilidade de suposição de um interesse comum contra o terror.”<sup>83</sup> Em outras palavras, um sistema político só pode ser duradouro “se o seu respectivo poder for institucionalizado, definitivamente regulado também ele pelo direito”<sup>84</sup>, de maneira a permitir que os *processos* possam “especificar os temas conflitantes, *antes do desencadeamento da força física*, no sentido de isolar e despolitizar o relutante enquanto indivíduo.”<sup>85</sup> Não há de se duvidar, pois, de que o *poder legítimo* “confere ao meio poder/direito grande capacidade de engendrar uma rede de comunicações estabilizada pelo nível de motivação e segurança gerado no seu interior.”<sup>86</sup>

Em contrapartida, defendendo o sistema político a exclusividade do uso da força física, atribui ao Direito a *efetividade* necessária para que suas normas válidas não sejam absolutamente despidas de observância ou de respeitabilidade. O próprio Kelsen reconhece essa vinculação, ao defender que “um sistema em seu todo é válido (e, por conseguinte, são

---

<sup>81</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução por Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 588-9. Tradução de: *Two treatises of government*.

<sup>82</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: **Rousseau**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, coleção “Os pensadores”, v. 1, p. 59.

<sup>83</sup> LUHMANN, **Sociologia (...)**, *op. cit.*, p. 65.

<sup>84</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 236.

<sup>85</sup> LUHMANN, **Sociologia (...)**, *op. cit.*, p. 66, grifado no original.

<sup>86</sup> ZYMLER, *op. cit.*, p. 143.

válidas todas as suas normas), apenas se as normas que ele produz são em linhas gerais (*im grossem und ganzen*) observadas, isto é, se o sistema em seu todo é efetivo.”<sup>87</sup>

Analisando o problema desse modo, enxerga-se quão estreitos são os elos a unir a Política ao Direito, bem assim quão forte é sua interdependência, na esteira do que já defendia Moncada, para quem o “político” constitui o *ato* daquilo que no “jurídico” se acha *em potência*, ou, em outra expressão, “todo o jurídico aspira ao político, bem como todo o político pressupõe e reclama o jurídico.”<sup>88</sup> Na verdade, o monopólio da força física, atributo do sistema político, confere ao sistema jurídico a efetividade para sua auto-produção, como também para reforçar a base de sustentação do sistema político, que sobrevive não só da força, mas fundamentalmente do *consenso* quanto aos *procedimentos* manejáveis, fruto de sua *legitimação*.

Não se confunda, porém, o consenso procedimental com o relativo ao conteúdo da norma jurídica ou ao fim a ser buscado pelo Estado, por exemplo, já que “em sociedades fortemente diferenciadas e com um direito positivo, a legitimidade do direito não pode ser dependente de que entrem em função de determinadas estruturas motivacionais psíquicas.”<sup>89</sup> Vê-se, com isso, que a legitimação assume função simbólica, e não racional, já que a expectativa normativa a ser generalizada pelo Direito é dirigida à *obtenção de uma decisão jurídica*, e não a *um determinado conteúdo dessa decisão*, portanto mantendo a *congruência* do sistema jurídico mesmo diante de contradição de sentidos de uma mesma norma jurídica atribuídos por dois magistrados distintos. Para tanto, não se pode perder de vista o “perigo da equidade”, na expressão de Isidoro Sacristán, por ele definido como “*el peligro de que se subjetivice de tal manera que se planteen y resuelvan de distinta forma litígios*

---

<sup>87</sup> *Apud* BOBBIO, *op. cit.*, p. 245.

<sup>88</sup> MONCADA, *op. cit.*, p. 25.

<sup>89</sup> LUHMANN, *Sociologia (...)*, *op. cit.*, p. 68.



*sustancialmente iguales, sobre la base del talante del juzgador*”<sup>90</sup>, a fim de que não se confundam as divergências decorrentes do princípio da independência e as produzidas pela mera arbitrariedade judicial.

Em termos práticos, o acoplamento se dá quando o sistema político apresenta ao jurídico as premissas para as decisões judiciais, e este retribui oferecendo as premissas para o emprego da força física (controle e legitimação da violência)<sup>91</sup>. Não por acaso Talcott Parsons enxerga no Direito a função *integrativa*, intermediária dos mecanismos de motivação individual e coletiva<sup>92</sup>, de modo a se servir de *inputs* e expelir *outputs* para outros sistemas, em uma intensa e recíproca troca de informações<sup>93</sup>. Sob a mesma inspiração, Calmon de Passos considera o Direito não como uma instância à parte, mas como técnica pela qual se dá a integração entre os poderes político, econômico e ideológico, com vistas a dar “segurança e operacionalidade à ordem social impositivamente implementável.”<sup>94</sup>

Embora não se veja nessa idéia mácula inextirpável quanto à autonomia do sistema jurídico, com ela não concorda Luhmann, avesso à consideração do Direito como instrumento de controle social. Com isso, reforça a *clausura operativa* que sua teoria expõe, o que não obsta a *abertura cognitiva* aos elementos dos demais sistemas e do ambiente. Em outros termos: Luhmann não rejeita a possibilidade de o Direito ter importância como ação política ou que, por exemplo, “uma decisão judicial preste relevantes serviços para o sistema político”<sup>95</sup>; entretanto, nisso não vê ele relação de *causalidade*, e sim mera *casualidade* condicionada pelos elementos que compõem cada sistema.

---

<sup>90</sup> SACRISTÁN, Isidoro Álvarez. **La Justicia y su eficacia**; de la Constitución al proceso. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 39-40.

<sup>91</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>92</sup> V. a distinção entre a “razão do indivíduo” e a “razão do Estado” desenhada no final do item 2.2.

<sup>93</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 155.

<sup>94</sup> PASSOS, *op. cit.*, p. 50.

<sup>95</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 177.

Não destoam desse entendimento, portanto, Bobbio – para quem a ação política se exerce através do Direito, enquanto este delimita e disciplina a ação política<sup>96</sup> - e José Joaquim Gomes Canotilho, ao examinar a teoria auto-organizativa ou autopoietica dos sistemas, segundo a qual se privilegiam o Judiciário e as produções comunitariamente espontâneas e se impede que o Direito “seja reduzido a uma componente subordinada da regulação política.”<sup>97</sup>

Em caminho inverso, afirmando a subordinação do Direito à Política por motivos já anteriormente expostos, Medeiros Filho demonstra como os aparatos teóricos já serviram o poder político para sua justificação: a Razão serviu à Revolução Francesa, o Direito Natural à nobreza liberal contra o novo regime e o Direito Romano aos interesses da Igreja na Idade Média. Defende, enfim, que a idéia de direito escrito para assegurar a obtenção da Justiça é criação política.<sup>98</sup> Não obstante, deixa esse autor potiguar de considerar a perda de controle dos efeitos produzidos pela irritação do sistema político sobre o jurídico, à semelhança do que ocorre quanto à linguagem, em que o sistema psíquico perde o controle da recepção (compreensão) da mensagem pelo sistema social, e uma determinada informação pode engendrar efeitos imprevistos e mesmo imprevisíveis. Os sistemas sociais são, portanto, distintos de máquinas triviais, em que, mediante determinado *input*, se obtém, com grande teor de certeza e considerável controle, um dado *output*.

Mesmo no turbilhão dos embates entre se considerar o sistema jurídico autopoietico – e, portanto, autônomo da Política – ou alopoiético – em decorrência do insuficiente fechamento operacional principalmente quanto à Política – pode-se determinar, sem sombra de dúvida, que mecanismo mais apropriadamente se mostra idôneo a realizar o acoplamento entre os sistemas político e jurídico, tão pujante é sua importância para ditos

---

<sup>96</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 232.

<sup>97</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002 (?), p. 1.369.

<sup>98</sup> MEDEIROS FILHO, *op. cit.*, p. 61.

sistemas e que tão freqüentemente lida com os problemas ligados ao Poder, à sua legitimação, ao sistema social global, ao Estado e suas razões: **a Constituição**, tida por Campilongo como “o mecanismo de abertura cognitiva do direito para a política.”<sup>99</sup> Semelhantemente, Böckenförde, conquanto defenda a idéia schmittiana de subordinação do Direito à Política, vê no Direito Constitucional genuíno Direito político, como a ordem normativa de ligação com o “político”, no afã de facilitar, preservar e apoiar o Estado como unidade e ordem políticas<sup>100</sup>. Idêntica importância lhe atribui Buzanello, para quem “as Constituições modernas, fundadas no Estado democrático, estabelecem um equilíbrio entre as diferentes forças políticas que disputam espaço de influência e decisão dentro da sociedade estatal”<sup>101</sup>, substituindo, pois, o antigo amparo buscado no Direito natural, a reforçar a função já ilustrada no item 2.3 do Direito como princípio de estabilidade do Estado e da sociedade por este concebida.

A própria gênese da Constituição oferece solução para a caracterização do sistema jurídico como autopoietico, desde que se ultrapasse a idéia dicotômica da autopoiese proposta por Luhmann, e se perfilhe o *gradualismo* autopoietico de Günther Teubner, para quem “o estágio autopoietico só é realmente alcançado nas fases mais avançadas da evolução social”<sup>102</sup>.

Com efeito, o poder constituinte originário que, por não se prender a limites formais, é caracterizado por Paulo Bonavides como essencialmente político ou extrajurídico<sup>103</sup>, dá vida a uma Constituição que, por sua vez, engendra um novo Estado. Nesse momento, tal como se observou na fase histórica inicial do Direito mesmo, este se

---

<sup>99</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 24. Em outras palavras, conforme anotado por Lassale (*op. cit.*, p. 71): “os problemas constitucionais não são, primordialmente, problemas de *direito*, mas de *poder*”.

<sup>100</sup> BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 40.

<sup>101</sup> BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. **Revista de Informação Legislativa**, n. 136, Brasília, Senado Federal, out./dez. 1997, p. 30.

<sup>102</sup> ZYMLER, *op. cit.*, p. 65.

<sup>103</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 125.

sujeita a uma grande interpenetração dos demais subsistemas sociais<sup>104</sup>. Contudo, o que se espera do Direito em seguida, conforme a tônica do gradualismo de Teubner, é que ele passe a reproduzir, com cada vez maior autonomia, seus próprios elementos e estruturas, até alcançar a clausura operativa ideal, mesmo porque, conquanto a Constituição seja elaborada sob os influxos do sistema político, este sistema não mantém o controle sobre o desenvolvimento normativo, função delegada ao sistema jurídico. É no âmbito deste sistema, portanto, que ocorre a *transição constitucional*, definida por Canotilho como “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional”<sup>105</sup>, sem, entretanto, contrariar os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição.

Para isso é que assoma a importância de a própria Constituição disciplinar os “estados de necessidade” ou “estados de emergência”, consoante advertência de Konrad Hesse, já que tais situações não podem ser resolvidas com base no exercício das competências convencionais previstas na Constituição<sup>106</sup>. Caso contrário, revelar-se-ia “uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos”<sup>107</sup> – vale dizer, da instância política, haja vista ser sob tais circunstâncias que a própria Política derroga as normas morais ou jurídicas ordinariamente aceitas. Em suma, quanto menos se deixar à Política importância na solução dos problemas endereçados ao sistema jurídico, regulando-os constitucionalmente, maior será a força normativa da Constituição, e mais robusto será o fechamento operacional do sistema.

---

<sup>104</sup> Corroborar essa constatação Nelson Saldanha (**Sociologia...**, *op. cit.*, p. 149), quando afirma que “a criação da ordem jurídica, historicamente, depende sempre de fatores políticos”, ou, em outras palavras, a *potestas* faz a *ordo*; contudo, com grande discernimento, ressalva esse jusfilósofo pernambucano que depois se possibilita a recíproca.

<sup>105</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional (...)**, *op. cit.*, p. 1.214.

<sup>106</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 30. Tradução de: *Die normative Kraft der Verfassung*.

<sup>107</sup> *Id., ib.*, p. 32.

Desse modo, vê-se que o citado acoplamento nem sempre é favorável à divisão funcional dos dois sistemas, já que, se o sistema político não considera seus limites estruturais, “perde o controle sobre suas operações e passa a pedir e oferecer aos demais subsistemas [principalmente o Direito] prestações impossíveis de serem satisfeitas”<sup>108</sup>, fazendo com que o sistema jurídico reaja a um problema de tal ordem que seu código binário específico já não atenda com suficiência, sendo, por isso, substituído drasticamente pelo de outros sistemas – e, assim, perdendo suas valiosas autonomia e capacidade autopoietica. De outro modo, mesmo que se logre firmar a tendência de manutenção do código jurídico, a instabilidade derivada das conexões inter-sistêmicas exerceria pressão para a alteração do *programa* do sistema jurídico, promovendo um aumento dramático da indeterminação do direito<sup>109</sup>.

Nasce, assim, a necessidade de estabelecer canais comunicativo-discursivos entre a Política e o Direito, na feliz expressão de Canotilho<sup>110</sup>, sem que, com isso, se escancarem as portas do sistema jurídico a toda sorte de ingerências advindas de outros sistemas.

---

<sup>108</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 75.

<sup>109</sup> ZYMLER, *op. cit.*, p. 204.

<sup>110</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. **Perspectivas constitucionais**; nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 877.

### 3 (A)POLITICIDADE DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

*“Hemon: Pai, sou teu. Teus úteis conselhos me traçam o caminho. Devo segui-los. Nenhum casamento me estará acima do teu sábio governo.*

*Creonte: Meu filho, este é, na verdade, o sentimento que te convém: subordinar tudo à vontade paterna. Esta é a razão de quisermos criar filhos obedientes em nossos lares, que ataquem com rigor o inimigo e que honrem o amigo como o próprio pai.” (Antígona, p. 50)*

#### 3.1 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE PODER

A interpretação consiste, primacialmente, na extração de significado de símbolos, com o objetivo de compreendê-los. Esta tarefa implica na busca da percepção de cada signo, isoladamente (incursão *semântica*), e, depois, agrupado (incursão *sintática*), o que já representa problema sem solução objetiva, porém ao jurista cumpre ir mais além: determinar a *força* e o *alcance* dos símbolos, ou seja, “conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento.”<sup>111</sup>

Tal compreensão *qualificada*, própria da Hermenêutica Jurídica, foi estruturada por Hans Kelsen em dois níveis: a interpretação *autêntica*, realizada por órgãos estatais competentes para a elaboração e aplicação do Direito e dotada de força vinculante, e a interpretação *doutrinária*, destinada, apenas, a demonstrar a plurivocidade que caracteriza as normas jurídicas, a partir de um *juízo de realidade*, e não de um *juízo de valor* – só permitido ao intérprete *autêntico*.

Com isso, ambas as categorias de interpretação mencionadas apontam para uma definição de interpretação como seleção de possibilidades comunicativas da complexidade discursiva<sup>112</sup>, com a distinção de que, na autêntica, incumbe ao intérprete, segundo *sua vontade*, optar por *uma* das citadas possibilidades, o que é vedado ao cientista do

<sup>111</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução (...)**, *op. cit.*, p. 252.

<sup>112</sup> *Id.*, *ib.*, p. 256.

Direito ao fazer uso da interpretação doutrinária, adstrita a “estabelecer as possíveis significações de uma norma”.<sup>113</sup> Resta, porém, perscrutar: tais interpretações configuram instrumento de poder?

Para ver respondida essa indagação, cumpre lembrar o conceito de “poder”, inicialmente apresentado no item 2.2 como o conjunto de meios para se obter alguma vantagem, e finalmente aduzido, já no item 2.3, como a capacidade de gerar obediência, consentida ou não.

Nesse ponto, não nos parece difícil identificar como instrumento de poder o exercício da interpretação autêntica, em cujo realizador Kelsen vislumbra a função de verdadeiro *criador do Direito*<sup>114</sup>, com seus *atos de vontade* configurados em ordens a serem obrigatoriamente cumpridas ou observadas pelas partes a quem eles são dirigidos. Justifica-se, assim, haver Luhmann defendido que “a lei só adquire validade propriamente dita, eficácia social, quando de sua aplicação pelo juiz.”<sup>115</sup> Contudo, como não se reconhece na interpretação doutrinária senão *atos de conhecimento*, que Kelsen pretendia imparciais e axiologicamente neutros, sua admissão como instrumento de poder parece mais complicada, razão por que as linhas que seguem focalizarão essa análise.

### 3.2 A POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO

A grande ressalva que Kelsen aponta à resolução dos problemas de equivocidade próprios da interpretação da norma jurídica pelos cientistas do Direito é que eles, ao elegerem uma só interpretação dentre as várias possíveis, “como a única ‘acertada’”, não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política (de política

---

<sup>113</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 395.

<sup>114</sup> *Id.*, *ib.*, p. 393.

<sup>115</sup> *Apud* GUERRA FILHO. **Autopoiese (...)**, *op. cit.*, p. 101.

jurídica)”<sup>116</sup>, papel desempenhado, no campo hermenêutico, apenas pelos juízes e legisladores, segundo fazia crer.

A adotar-se esse pensamento, dificulta-se a qualificação da interpretação doutrinária como instrumento de exercício do poder, mesmo porque seu conceito é intimamente ligado ao de Política. No entanto, a comunicação entre os sistemas político e jurídico é uma realidade cada dia mais incontestável, consoante já frisamos no item 2.4, motivo que nos leva a discutir a interdependência que se lhes atribui.

Como já visto, Bobbio destacou o conceito de *Poder* como o principal elemento de união entre os estudos políticos e jurídicos, uma vez que a legitimação jurídica transmuta a força física pura e simples do sistema político em *autoridade*, consoante antes definido, blindando o poder de modo mais consistente.

Não por acaso, portanto, Ferdinand Lassale considera as questões constitucionais não questões *jurídicas*, mas originalmente *políticas*, haja vista que a Constituição real e efetiva de um país, mais que mera folha de papel, é “formada pelo somatório de fatores reais e efetivos [de poder] que vigoram na sociedade.”<sup>117</sup>

E, no âmbito do Direito Constitucional, avultam as chamadas *normas programáticas* como “o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política”<sup>118</sup>, daí por que tão freqüentemente lhes é negado conteúdo normativo e sua função é – equivocadamente – apontada como de mera declaração de boas intenções do constituinte. Contra essa idéia, adverte Canotilho que “a interpretação da constituição é interpretação-concretização de uma *hard law* e não de uma *soft law*: as regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples ‘directivas práticas’”<sup>119</sup>,

---

<sup>116</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 396.

<sup>117</sup> LASSALE, *op. cit.*, p. 53.

<sup>118</sup> BONAVIDES, *Curso (...)*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>119</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional (...)*, *op. cit.*, p. 1.185.



conquanto se reconheça que as normas constitucionais apresentam, em geral, uma maior abertura – e, portanto, uma menor densidade<sup>120</sup>.

Malgrado se incuta, precisamente, na *programaticidade* das normas constitucionais a responsabilidade pela dissolução do conceito jurídico de Constituição<sup>121</sup>, é mister frisar que tal pecha só se justifica se se considerarem tais normas como se fossem *despidas de eficácia*.

Sem embargo, verifica-se, hoje, um rijo movimento constitucionalista dirigido ao reconhecimento de eficácia a *todas* as normas constitucionais, inclusive as programáticas e, nesse particular, ressalta Konrad Hesse que “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”<sup>122</sup>, louvando a dinâmica da interpretação *construtiva*, a fim de preservar a força normativa mesmo diante da mudança das relações fáticas<sup>123</sup>.

Porém, quando essa preservação, ainda assim, não for possível, “dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*)”<sup>124</sup>, permitindo-nos concluir que o recurso à instância “política” só deve se dar em último caso, e posteriormente à constatação de ineficiência da instância constitucional<sup>125</sup>.

Ratifica-se, assim, a idéia superficialmente apresentada linhas atrás de que o intérprete autêntico – conforme a nomenclatura utilizada por Kelsen – desempenha incontestemente papel político, ao optar pelo sentido da norma mais adequado a um caso concreto, e considerando as circunstâncias históricas do momento da interpretação da norma.

---

<sup>120</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional (...)*, *op. cit.*, p. 1.194.

<sup>121</sup> BONAVIDES, *Curso (...)*, *op. cit.*, p. 207.

<sup>122</sup> HESSE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>123</sup> *Id., ib.*, p. 23.

<sup>124</sup> *Id., ib.*, p. 25.

<sup>125</sup> Daí a importância, ressaltada por Hesse (*op. cit.*, p. 30), de que as chamadas “situações de emergência” ou “estados de necessidade” sejam também regulados pela Constituição, consoante já aduzido no final do tópico 2.4.

Nesse diapasão, merece destaque o *princípio da interpretação conforme a Constituição*, cada vez mais amiúde invocado pelos tribunais pátrios – especialmente pelo Supremo Tribunal Federal – e em decorrência do qual “o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental”<sup>126</sup>. Esse especial princípio permite afastar possibilidades comunicativas indesejáveis – por contrárias à Constituição – oferecendo, em outras palavras, “ao operador jurídico topoi instrumentadores da hermenêutica jurídica, verdadeiros pontos de apoio que garantem ao hermeneuta a possibilidade de conjugar o texto da norma e seu setor normativo”<sup>127</sup>. Resta indagar, porém, se esse mesmo mecanismo pode ser utilizado por qualquer protagonista do Direito para o exercício da interpretação que lhe cumpre realizar.

### 3.3 IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA A DETERMINAÇÃO DA MATRIZ POLÍTICA ADOTADA PELO INTÉRPRETE

Já se afirmou que Kelsen não admitia a incursão valorativa do cientista do Direito, a ponto de pugnar por uma interpretação doutrinária que se limitasse a revelar “todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador”<sup>128</sup>. O risco de um tal pensamento foi vivenciado, em seus matizes mais sombrios, no esplendor do Estado nazista alemão, cuidadosamente erigido, com o apoio teórico de Carl Schmitt, sobre firmes bases legais, e que representou um dos mais marcantes episódios de negação de direitos humanos experimentados pelo homem em sua História.

---

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**; fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 175.

<sup>127</sup> SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, n. 143, Brasília, jul./set. 1999, p. 22.

<sup>128</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 396.

Ademais, lembra Tércio Sampaio Ferraz Júnior que a coerência de Kelsen, ao tratar da interpretação jurídica, quanto ao esforço avalorativo pugnado em sua obra, além de dificultar a compreensão da “diferença entre a mera opinião, não técnica, sobre o conteúdo de uma lei, exarada por alguém que sequer tenha estudado Direito e a opinião do doutrinador, que busca, com os meios da razão jurídica, o sentido da norma”<sup>129</sup>, frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático, tornando-o inócuo, no fim das contas, subjugado que seria ao arbítrio do julgador<sup>130</sup>.

Por seu turno, se o próprio Kelsen admite que as proposições jurídicas podem condicionar a validade das normas jurídicas<sup>131</sup>, verifica-se a relevância do mister do cientista do Direito em, pelo menos, extirpar do leque de interpretações possíveis as que maculem os elevados valores salvaguardados pelo ordenamento jurídico e, dentre estes, principalmente os garantidos pela Constituição.

Dessas advertências advém a imperiosidade de atribuir ao mister do cientista do Direito alguma repercussão prática – até na vinculação de comportamentos. Primeiramente, cumpre sublinhar que a *vontade* que o magistrado cristaliza em sua decisão não deve ser arbitrária, uma vez que não é seu *individual desejo* que o sistema jurídico pretende ver conformando os comportamentos humanos, e sim a vontade de consolidação do *próprio Estado* que garante a obrigatoriedade das normas – e, em última instância, a vontade expressa na *Constituição* mesma, ela que determina no Estado sua fisionomia. Com efeito, mesmo estando sujeitos os juízes a condicionamentos – de ordem ideológica, por exemplo<sup>132</sup> -

---

<sup>129</sup> FERRAZ JÚNIOR, **Introdução (...)**, *op. cit.*, p. 259.

<sup>130</sup> ZYMLER (*op. cit.*, p. 73) frisa, aliás, que “a doutrina cumpre o papel de estabelecer os contornos do sistema jurídico”, e essa descrição de si mesmo é fundamental para que tal sistema se considere autopoietico.

<sup>131</sup> Cf. item 2.3.

<sup>132</sup> GUIBOURG, Ricardo A. **Provocaciones**; en torno del derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2002, p. 83.

deve ser na Constituição onde irá encontrar o fundamento – e os limites – de sua incursão hermenêutica<sup>133</sup>.

Por outro lado, há de se advertir que não é apenas o discurso *decisório* que apresenta a função *persuasiva*, “correspondendo às atividades de convencimento, persuasão, formação de prova, interpelação, exegese”<sup>134</sup>, mas também o discurso *científico*, próprio dos juristas<sup>135</sup>. Por essa razão, e considerando que qualquer discurso jurídico se apresenta com finalidade operativa, transformadora, e marcada pela capacidade de gerar efeitos e de produzir resultados, e não se restringe à mera descrição dos fatos ou ao simples deleite estético<sup>136</sup>, o jurista, principalmente nos prados do Direito Constitucional, pode forjar discurso de grande força, ao menos para, analogicamente à *interpretação conforme a Constituição*, eliminar do raio de possibilidades comunicativas aquelas que afrontarem o espírito das normas constitucionais.

Destarte, a interpretação da norma jurídica procedida por um cientista do Direito, desde que fundada em firme e sólida construção argumentativa, e encontre respaldo na Constituição, pode se transformar em verdadeiro instrumento de poder<sup>137</sup>, ao exibir força de – senão obrigar os outros a *obedecer* – pelo menos obrigar os outros a *escutá-lo*<sup>138</sup>, e, portanto, demonstra nota política clara, que em nada macula a juridicidade de seu conteúdo, mesmo porque, diferentemente da argumentação prática geral, a argumentação jurídica tem

---

<sup>133</sup> Mesmo na Inglaterra, onde não existe um modelo rígido de Constituição, o *Chief Justice* Edward Coke, já no século XVII, sustentava a idéia de que todas as leis devem se referir à *lei fundamental* do Estado (VERDU, Pablo Lucas. Estado de derecho y justicia constitucional; aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación. **Revista de estudios políticos**, Madrid, n. 33 (nueva epoca), mai./jun. 1983, p. 28) – nada mais do que sua Constituição material mesma, conquanto a alusão desse magistrado inglês fosse toda dirigida aos costumes.

<sup>134</sup> BITTAR, *op. cit.*, p. 470.

<sup>135</sup> A propósito, defende Ivo Dantas que o jurista, como cientista do Direito, “*interpreta, sistematiza e constrói* a realidade que estuda por meio de determinados comportamentos e limitações metodológicas” (DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. **Revista de informação legislativa**, n. 134, Brasília, abr./jun. 1997, p. 237).

<sup>136</sup> BITTAR, *op. cit.*, p. 475.

<sup>137</sup> No sentido atribuído por Perelman e citado no item 2.3.

<sup>138</sup> Desse modo, faz-se perceber certa *autoridade* mesmo na função do conhecimento jurídico desempenhada pelos juristas, contrariando expressa distinção cunhada por Kelsen (*Op. cit.*, p. 81), conquanto tenha este reconhecido que o conhecimento do Direito constitui o estágio preparatório das funções legislativa ou jurisdicional – e nada impede (antes se recomenda) que tal conhecimento seja buscado na produção científica.

como limites a Constituição, o precedente, a dogmática ou as regras procedimentais do processo<sup>139</sup>, que, definindo como falsos alguns resultados interpretativos, pelo menos auxiliam o aplicador do Direito na descoberta da verdade em temas menos controvertidos<sup>140</sup>.

Não se identifique, porém, nesses argumentos confusão intransponível entre os sistemas científico, político e jurídico, porquanto a *verdade*, constituinte do código binário específico da Ciência, deve se impor a partir da vivência dos participantes da comunicação, e não a partir da reputação – ou autoridade, para utilizar a nomenclatura kelseniana – de quem afirma, como sucede à Política e ao Direito, que manuseiam comunicações baseadas em valores<sup>141</sup>. Por outro lado, por mais que se admita o recurso aos “valores políticos” na interpretação da Constituição, ele será legítimo só e enquanto tais valores “constituírem ‘valores’ positivados, integrados no conteúdo da norma constitucional a interpretar.”<sup>142</sup>

Sob a inspiração do método hermenêutico-concretizador, por seu turno, a atividade interpretativa pode contribuir para a definição do *domínio* ou *âmbito* da norma constitucional, definidos por Friedrich Müller<sup>143</sup> como a estrutura do segmento da realidade social regulada pelo teor literal – ou *programa* – da norma. Nesse particular, acabam por ganhar peso político as interpretações procedidas por advogados e, *a fortiori* – haja vista integrarem o próprio Estado – pelos membros do Ministério Público, Defensores Públicos e procuradores de entes públicos, uma vez que, respeitando certos limites difusos, enriquecem o espaço de discussão das matérias controvertidas em Juízo, agindo ora no *âmbito* da norma (com dados reais relevantes para a solução do caso, como estatísticas e conhecimentos científicos), ora no *programa* normativo (a partir do recurso à doutrina, ao direito comparado e à jurisprudência, por exemplo). Desse modo, o juiz pode ser convencido por esses atores ou,

---

<sup>139</sup> SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 49.

<sup>140</sup> MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 159.

<sup>141</sup> ZYMLER, *op. cit.*, p. 51.

<sup>142</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional (...)**, *op. cit.*, p. 1.193.

<sup>143</sup> *Apud* MORO, *op. cit.*, p. 168.

na pior das hipóteses, não lhes aplicará sanções por temeridade ou malícia<sup>144</sup>, e, enfim, construirá a *norma de decisão* apresentada como resultado final da concretização<sup>145</sup>.

Além de todos esses protagonistas, também os legisladores e administradores públicos democráticos desempenham importante papel na interpretação da Constituição, afinal são eles os principais responsáveis pela formulação das políticas públicas, e a própria Constituição, quando “recorre a valores e a direitos fundamentais, não indica que o juiz seja o único que deve velar por eles”<sup>146</sup>. Desse modo, cumpre-lhes relevante tarefa de *controle preventivo* de constitucionalidade de leis e atos normativos, por intermédio das comissões legislativas de Constituição e justiça e do veto jurídico manejado pelo chefe do Executivo, sempre no afã de “purificar” o ordenamento jurídico, já em sua fase jurígena inicial, de intoleráveis atentados às normas constitucionais, que devem inspirar a formação de todo o sistema jurídico.

Assim, ao lado da Dogmática Jurídica, tais ingerências hermenêuticas se encontram no âmbito do sistema jurídico, servindo como controle de consistência das decisões judiciais – e mesmo das políticas – e por isso mesmo não podem romper radicalmente com os pontos de partida normativos, já que a Constituição, se não define os conteúdos concretos das decisões estatais, ao menos indica a orientação a seguir<sup>147</sup>.

A Hermenêutica Constitucional impõe ao intérprete, portanto, que busque na *Constituição* – que, afinal, encerra as opções políticas adotadas pelo legislador constituinte – a matriz de quaisquer de suas construções teóricas, com arrimo no princípio da supremacia da Constituição, e mediante o peculiar compromisso de ir além da exploração do texto, para assumir sua *construção* – defendida por Hesse para preservar a força normativa da

---

<sup>144</sup> GUIBOURG, *op. cit.*, p. 85.

<sup>145</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional (...)*, *op. cit.*, p. 1.187.

<sup>146</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004, p. 251.

<sup>147</sup> *Id., ib.*, p. 184.

Constituição<sup>148</sup> – que lhe permite recorrer a considerações extrínsecas<sup>149</sup>. Quiçá por esse caminho se atinja o ideal enunciado por Guibourg, em termos de continuidade da vida jurídica mediante o implemento de instituições confiáveis:

*“que los constituyentes sean acatados y obedecidos, que los legisladores cumplan su tarea, que los jueces no sean llamados a hacer el trabajo de unos ni de otros sino en casos excepcionales y que los abogados sepan distinguir entre la defensa de su cliente, la propuesta de una doctrina novedosa y la reforma lisa y llana de una norma vigente.”*<sup>150</sup>

Canotilho, por fim, prega que a interpretação da Constituição é tarefa que se impõe metodicamente a *todos* os aplicadores das normas constitucionais, na medida de seu dever de: “(1) encontrar um resultado constitucionalmente ‘justo’ através da adopção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este *resultado* também de forma racional e controlável.”<sup>151</sup> Tudo isso com o fito de preencher a abertura de valoração – ou, em outras palavras, incrementar a densificação – própria das normas constitucionais.

Não se pretende, aqui, a minimização da importância dos órgãos jurisdicionais – e, muito menos, dos especialmente incumbidos da “guarda” da Constituição – no processo de concretização constitucional; antes, visamos a reforçar a relevância dos outros atores jurídicos, com vistas a “prevenir a imposição de sobrecargas ao direito, evitando principalmente o estabelecimento pela política de objetivos inalcançáveis pela via jurídica”<sup>152</sup>, de modo a permitir ao Judiciário formular as *normas de decisão* dentro do ideal autopoietico do sistema jurídico.

Desse modo, democratizando-se o processo interpretativo à semelhança da proposta concretista da “Constituição aberta” de Peter Häberle, conquanto se corra o risco de

---

<sup>148</sup> Ver início deste tópico.

<sup>149</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 98.

<sup>150</sup> GUIBOURG, *op. cit.*, p. 86.

<sup>151</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional (...)**, *op. cit.*, p. 1.193.

<sup>152</sup> ZYMLER, *op. cit.*, p. 105.

afrouxamento da normatividade e juridicidade da “Carta Política”<sup>153</sup>, dar-se-á inolvidável passo rumo ao **resgate da importância da Constituição**, ainda mais desejável diante das vicissitudes e incertezas do mundo hodierno.

---

<sup>153</sup> BONAVIDES, **Curso (...)**, *op. cit.*, p. 466.



## 4 SOLUÇÕES JURISDICIONAIS DAS QUESTÕES POLÍTICAS

*“Creonte: O insolente, o transgressor das leis, o que se opõe às autoridades não conte com meu aplauso. A que a cidade conferiu poder, a este importa obedecer, seja nas grandes questões seja nas justas... e até nas injustas. Atrevo-me a declarar que deverá governar bem quem se dispõe a ser governado.” (Antígona, p. 51)*

*“Hemon: Não é assim, não espero consideração a malfeitores.*

*Creonte: Não é este o mal que te afeta?*

*Hemon: Não é este o parecer da cidade de Tebas.*

*Creonte: A cidade, acaso, me dirá como devo agir?*

*Hemon: Não percebes que falas como um jovem inexperiente?*

*Creonte: Por vontade de outro hei de governar esta cidade ou por minha?*

*Hemon: Não há cidade que seja de um só.*

*Creonte: A cidade não pertence a quem governa?*

*Hemon: Belo governante serias, sendo único numa cidade deserta.” (Antígona, p. 55-6)*

### 4.1 A JURISDIÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NA RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES

Desde seu nascedouro, dirigem-se ao Poder Judiciário insistentes cuidados para não corrompê-lo a ânsia de poder político, perseguido naturalmente pelos demais Poderes - Executivo e Legislativo. O próprio Francis Bacon, antes de Montesquieu erigir sua grandiosa teoria do poder tripartido, enunciou: *“Judges ought to remember that their office in jus dicere, and not jus dare; to interpret law, and not to make law, or give law.”*<sup>154</sup> Nesse sentido, pretendia ele que os Juízes se conformassem com a igualmente nobre missão de apenas interpretar leis formuladas e sancionadas pelos outros agentes públicos, ditos “políticos”, decerto ignorando o caráter político que reveste a interpretação, como já ressaltamos. Outro pensador inglês, John Locke, já em fins do século XVII expunha a necessidade do controle do poder, esboçando os fundamentos da separação de poderes como meio de resguardo da liberdade<sup>155</sup>, embora apenas imaginasse a divisão entre os poderes *executivo e federativo* –

<sup>154</sup> BACON, *op. cit.*, p.162. Em nossa tradução: “Os Juízes deveriam se lembrar que seu dever é *jus dicere*, e não *jus dare*; interpretar o Direito, e não fazer, ou dar o Direito.”

<sup>155</sup> *Apud* PALU, *op. cit.*, p. 40.

tidos como derivados ou inferiores – de um lado, e o *legislativo*, de outro, elevado à categoria de “alma que dá forma, vida e unidade à sociedade política.”<sup>156</sup>

A clássica divisão do poder proposta por Montesquieu não apenas esclarecia o paradigma orgânico de Estado que lhe parecia mais consistente para enfrentar as novas vicissitudes da sociedade após a então iminente implosão do modelo estatal monárquico-absolutista; ressentia-se, profundamente, do temor de que as já vislumbradas revoluções liberais persistissem em concentrar todo o poder estatal sob o controle de uma só pessoa ou órgão – como ocorria quanto ao rei. Ademais, não pode passar despercebido o “profundo sentimento de repulsa popular contra o abuso da função jurisdicional exercido pelas altas cortes de justiça no tempo do ‘ancien régime’”<sup>157</sup> na França, nem tampouco a idéia liberal do Legislativo como o poder “popular” por excelência<sup>158</sup> e, como tal, merecedor de certa primazia diante dos demais, consoante defendido por Locke, que o via como “poder supremo da sociedade política”<sup>159</sup>.

Destarte, a teoria de Montesquieu era imbuída de inegável propósito de defenestração da concepção mono-hierárquica do sistema político, razão pela qual Tércio Sampaio Ferraz Júnior via nela não um princípio “de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca”<sup>160</sup>, de modo que os atos estatais fossem controlados no âmbito do próprio Estado. Não é difícil inferir que disso decorreu a neutralização política do Judiciário, em contraposição aos demais Poderes – efetivamente “políticos” – com danosas e ainda palpáveis conseqüências: sob o pretexto da pretensa imparcialidade, escondiam-se os magistrados por detrás dos biombo da isenção política, para se distanciarem da realidade social em que as leis deveriam ser aplicadas e, conseqüentemente, assumirem a cômoda –

---

<sup>156</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 573.

<sup>157</sup> CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 366, mar./abr. 2003, p. 134.

<sup>158</sup> SALDANHA, **Sociologia (...)**, *op. cit.*, p. 177.

<sup>159</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 503.

<sup>160</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 9, 1995, p.41.

porém inaceitável – posição de irresponsabilidade absoluta pelos seus julgados. Assim, os culpados por eventual decisão injusta seriam, em última instância, o legislador, que elabora as leis a que apenas se subsumem os fatos pelo Juiz, ou o administrador público, exercente de uma discricionariedade escancarada pela amplitude de atuação aberta pelos órgãos legislativos.

Dessa absoluta neutralidade, rumou o Judiciário de alguns países, a exemplo do sucedido à Suprema Corte norte-americana, para o chamado “governo dos Juízes”, posição cuja pujança foi posteriormente abrandada por essa mesma corte, preparando o terreno para uma novel interpretação da teoria de Montesquieu, ao substituir a apertada e inflexível continência dos “poderes” pela ampla e democrática noção de “funções”, reciprocamente coligadas e limitadas segundo uma separação funcional ou orgânico-formal – e não material<sup>161</sup>, melhor descrita como um sistema de “freios e contrapesos”<sup>162</sup>. Tão significativa mudança de perspectiva representou a razão mais próxima da difusão e aceitação do que seria denominado “Tribunal Constitucional”, porquanto conseguiu enfraquecer a vetusta noção de tripartição dos Poderes, pela qual as competências eram rigidamente distribuídas entre estes, e o Judiciário não era senão escravo do “império das leis”.

A partir de tal evolução, portanto, os Juízes abandonaram a antiga postura de alheamento político, para assumir sua politicidade e, por conseguinte, compartilhar a responsabilidade pela realização da justiça social com os integrantes dos demais Poderes. No dizer de Ferraz Júnior, sob a égide dessa nova construção doutrinária, alimentada pelo advento do Estado do bem-estar social, ao Judiciário

“não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos

---

<sup>161</sup> PALU, *op. cit.*, p. 88.

<sup>162</sup> CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 137.

resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).”<sup>163</sup>

Neste palco político, exsurge o Poder Judiciário que, mais que às leis, deve obediência à Constituição, a qual subjuga e limita o exercício do poder pelos legisladores e administradores públicos tão-somente por sua natureza magna, expressa, por exemplo, no parágrafo único do art. 1.º de nossa Constituição da República (CR): “Todo o poder emana *do povo* (...)”<sup>164</sup> Tem início, assim, a terceira fase comum – com maior ou menor intensidade – a quaisquer Cortes Constitucionais: o controle constitucional não apenas da função jurisdicional desempenhada pelos Juízes e tribunais *a quo*, como também das funções legislativa e administrativa.

Não obstante, convém sublinhar que a independência do magistrado não pode ser entendida como absoluta e só se deve reconhecer sua atividade criativa se integrada à obra geral de criação estatal do Direito – e não expressão da *vontade* do juiz. Como se vê, há de se concordar com Sacristán, quando aponta os três apoios sobre os quais deve basear-se o juiz no momento de proferir sua decisão, quais sejam: a responsabilidade profissional, a motivação lógico-jurídica e o *entorno sociológico*<sup>165</sup>, considerado este com ponderação e de modo o mais alheio possível a apreciações nominalistas da lei e ideologias da moda. Eis, nesse sentido, a lição de Campilongo:

“Se, nos chamados ‘casos difíceis’, o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas – muitas vezes por delegação do próprio legislador – essa criatividade é exercida nos limites da legitimidade legal-racional. O legislador pode rever a delegação ou fixar a opção política. Entretanto, até que isso aconteça, a determinação de uma linha política por parte do juiz – desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento – não significa, necessariamente, um comportamento antidemocrático, contrário à divisão de poderes ou ofensivo ao Estado de Direito.”<sup>166</sup>

Assim, se, para Luhmann, no caso de conflito entre *legislação e jurisdição* vale a decisão do legislador e não a do Juiz, por outro lado “são os Tribunais que decidem se

---

<sup>163</sup> FERRAZ JÚNIOR, O Judiciário (...), *op. cit.*, p.45.

<sup>164</sup> Grifado adrede.

<sup>165</sup> SACRISTÁN, *op. cit.*, p. 187.

<sup>166</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 48.

estamos diante de um caso de conflito ou não, como para compensar os prejuízos causados pela regra.”<sup>167</sup>

#### 4.2 O ENFRENTAMENTO DAS CHAMADAS “DECISÕES POLÍTICAS” PELO JUDICIÁRIO

Neste ponto da explanação, já se utilizou o vocábulo “política” diversas vezes, já tendo sido sinalizada a acepção que adotamos para tratar do objeto do presente estudo. Contudo, há de se esclarecer que, em várias passagens, quando mencionamos “política”, ora fizemos eco ao pensamento dos autores citados, ora nos referimos a uma noção de política facilmente perceptível pelo senso comum. Cumpre-nos, ainda assim, iluminar os sentidos que tal palavra assume quando qualifica as decisões judiciais, desfazendo enganos e sedimentando a politicidade dessas decisões.

Desde que o homem constatou sua necessidade de agrupamento, uma vez que, inserido em um corpo social, dispõe de mais subsídios não só para sua sobrevivência e defesa contra outros grupos hostis, mas também para seu desenvolvimento cultural e o aprimoramento de sua qualidade de vida, impôs-se-lhe conformar seus interesses particulares aos do grupo. Neste instante, irrompeu a Política como a arte da conciliação, do ajuste entre as vontades divergentes dos detentores do poder, que era exercido, em princípio, de maneira difusa e não concentrada.

O surgimento do Estado organizado fez nascer outra necessidade para acompanhar o intrincado processo de evolução humana: uma carta política que reunisse declarações de direitos abstratos e genéricos capazes de garantir a harmoniosa convivência social – a Constituição. Nela, portanto, é definida a fisionomia do Estado, à medida que, por intermédio de suas normas, enuncia os valores e diretrizes adotadas pela nação. Dessa forma,

---

<sup>167</sup> LUHMANN, A posição (...), *op. cit.*, p. 157.

corporifica as “questões de Estado” – vale dizer, políticas – tão bem sintetizadas por Bacon no item 2.2.

A essas premissas maiores aponha-se a de que o Judiciário, na História recente, é incumbido da *defesa* – mais que *observância* – das leis e, precipuamente, da Constituição, para concluirmos que, no exercício desse múnus, estão-se tutelando não apenas direitos particulares, e sim a própria manutenção do Estado de Direito, por meio de decisões que se revestem de irrefutável caráter político - ao menos no sentido que, até agora, aduzimos.

Aliomar Baleeiro, fazendo suas as palavras proferidas pelo *Justice* americano Robert Jackson, não denegou às decisões judiciais o atributo que acabamos de lhes conceder, uma vez que a “linha demarcatória entre a Ciência Política e a Ciência do Direito não é definida e qualquer decisão legal declaratória de como o povo deve viver, ou que atinja suas instituições, tem real sentido político.”<sup>168</sup> Mais uma vez, reporta-se-nos ao ensinamento de Francis Bacon acima referido.

No entanto, é de um sentido mais restrito de “política” que muitos se utilizam para criticar o Judiciário<sup>169</sup>, acusado de, ao privilegiar a opinião pessoal do magistrado em detrimento da expressa determinação legal – ou mesmo em face de sua lacuna – pretender instaurar o “governo dos Juízes” idealizado por Marshall nos Estados Unidos. Assim, incorre-se no erro de confundir os efeitos políticos das decisões com a politicidade do órgão de que elas promanam, já que, acaso fosse político (*stricto sensu*) o Judiciário, não poderia

---

<sup>168</sup> BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 54.

<sup>169</sup> Veja-se, por exemplo, artigo publicado na revista *Época*, em que se expurgavam as “sentenças políticas”, assim entendidas as que deixavam transparecer a preocupação com a justiça social por parte do magistrado, em detrimento da “estrita aplicação da lei”, apontando dados estatísticos que aquilatavam os efeitos deletérios dessa mentalidade no desempenho da economia do país! (BARROS, Antonio Machado de. *Sentenças políticas*. *Época*, São Paulo, n. 272, agosto 2003, p. 42). Em outro artigo, este publicado na revista *Veja*, faz-se referência à excelência do *Anuário Exame de Infra-Estrutura 2004-2005*, que, dentre outras conclusões, aponta a “importância de uma Justiça rápida e despolitizada”! (Hora de construir. *Veja*, São Paulo, ed. 1.879, n. 45, nov. 2004, p. 138). Ainda na revista *Veja*, foi escrita nota irônica denunciando os juízes que “tinham a pretensão de fazer justiça social”, caracterizando tal atitude como pura “empulhação”, já que, sob o ponto de vista defendido, “o juiz que faz ou pretende fazer primordialmente justiça social deixa de fazer justiça. Além de usurpar um mandato que não lhe foi concedido pela sociedade” (JARDIM, Lauro. Juízes heróis. *Veja*, São Paulo, ed. 1.891, n. 6, fev. 2005, p. 33).

desempenhar com isenção de *preconceitos* – na acepção weberiana – o importante papel de guardião do ordenamento jurídico. Desfaçamos, pois, essa confusão.

Desde a construção da teoria da tripartição dos poderes, como visto no item anterior, impõe-se acentuada reserva ao exercício político dos Juízes, como meio de asseverar-lhes a independência e a conseqüente imparcialidade imprescindíveis ao salutar exercício da jurisdição. Montesquieu chegou a afirmar que “o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo”<sup>170</sup>, haja vista a necessidade de seus julgamentos serem éticos, justos e imparciais, e sua inata missão de aplicar, no caso concreto, as leis elaboradas pelo Legislativo, com a participação do Executivo.<sup>171</sup> Com isso, pretendia Montesquieu formular uma perfeita distinção de papéis entre seus idealizados “Poderes”, no que enxergava a única maneira de sobreviver o Estado sem lançar mão da tirania ou do despotismo.

O venerável jurista italiano Piero Calamandrei, no âmbito de sua obra que tem recebido tantos encômios fervorosos quanto poucas outras têm merecido, amaina a rigidez da doutrina de Montesquieu, pontificando:

“mesmo que o juiz pudesse esquecer, enquanto julga, suas opiniões e sua condição pessoal, sempre teria o dever, para aplicar fielmente a lei, de interpretá-la. Mas interpretá-la quer dizer remontar à ratio de que nasceu, isto é, substancialmente, à inspiração política que circula nela e a torna socialmente atual. O que leva a considerar que, em toda interpretação jurídica, há certa margem de opção política.”<sup>172</sup>

Vemos, portanto, que as decisões, por encartarem opções quanto ao sentido que se deve atribuir à norma interpretada, podem ser caracterizadas como políticas, sem, não obstante, impedir que se trate o Judiciário de autêntico órgão jurisdicional. Por que se esperar, portanto, dos Juízes, que desempenhem seu múnus público absolutamente isentos das

---

<sup>170</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 169. Tradução de: *L'esprit des lois*.

<sup>171</sup> MORRIS, Jessica Raquel Carvalho. Ponderações acerca da reforma do Poder Judiciário. **Revista jurídica In verbis**, Natal, v. 3, n. 5, jan./jun. 1997, p.122.

<sup>172</sup> CALAMANDREI, Piero. Das relações (boas ou más) entre a Justiça e a Política, como foram ontem e como são hoje. *In: Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.245.

vicissitudes, dos apelos sociais e da própria consciência? Discordamos, pois, de Angel Ossorio, quando afirma que o juiz, “*como cualquier particular, puede tener las opiniones políticas que guste, pero en el ejercicio de sus funciones no ha de hacer otra cosa sino aplicar las leyes,*”<sup>173</sup> primeiro porque, como demonstraram Calamandrei e o próprio Kelsen, toda interpretação implica uma opção política; segundo porque, nesse processo interpretativo, é extremamente difícil que o magistrado – nas palavras de Calamandrei – “consiga distanciar-se de si mesmo, a ponto de não introduzir em seu julgamento, mesmo sem perceber, suas opiniões políticas (...).”<sup>174</sup>

Disto, no entanto, se aparta o partidarismo, consistente na filiação do Juiz a partido político de que participe ativamente. A atividade partidária – em tese, pelo menos – não implica apenas em opção política adotada diante da realidade social, mas, principalmente, em uma rígida vinculação – isto é, dever de fidelidade, hoje pouco observado no Brasil - ao ideário do partido, o que, previsivelmente, resultaria em nódoa desnecessária na confiança popular acerca da imparcialidade e equidistância do magistrado em relação às partes, qualquer que sejam as opções políticas destas. A respeito dessa proscrição dirigida ao juiz, cabe lembrar a realista ponderação de Isidoro Sacristán: “*Bien es cierto que la ideologia cercana a sus quehaceres puede influir en la impronta de las decisiones. Pero, al menos, no se verá vinculado por mandato relacional*”<sup>175</sup>, como seria se estivesse o magistrado filiado a partido político.

Atentos a esse risco, nossos legisladores constitucionais têm, desde 1934, segundo noticia Alcides de Mendonça Lima<sup>176</sup>, incluído a proscrição de os Juízes se dedicarem à atividade político-partidária expressamente nas Constituições, prevista, na atual, em seu art. 95, parágrafo único, inciso III.

---

<sup>173</sup> OSSORIO, Angel. La justicia. In: **Nociones de Derecho Político**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Atlantida, 1951, p.71.

<sup>174</sup> CALAMANDREI, *op. cit.*, p.245.

<sup>175</sup> SACRISTÁN, *op. cit.*, p. 82.

<sup>176</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **O Poder Judiciário e a nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 48.



Uma vez mais, perfilhamos as palavras de Calamandrei que, por sua sabedoria, merecem ilustrar o presente capítulo: “na verdade, o magistrado que usa a fundamentação da sua sentença para esses desabafos políticos, confundindo a cadeira de juiz com um palanque de comício, deixa de ser magistrado.”<sup>177</sup>

Todavia, se já parece tormentoso o exercício da jurisdição ordinária pelos magistrados, imagina-se de quanta névoa se recobre a atividade dos órgãos jurisdicionais que manuseiam, como fim único ou primacial, o ponto de contato mais estrito do Direito com a Política – a Constituição. Sobre eles, portanto, deitaremos os olhares nas linhas seguintes, até alcançarmos o Supremo Tribunal Federal como modelo brasileiro de mais elevada corte constitucional.

#### 4.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS E SUA RELEVÂNCIA NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

##### 4.3.1 Gênese do regime democrático

Em torno do termo “democracia” sobrevoa uma densa névoa muitas vezes enfrentada por filósofos, cientistas políticos e juristas, porém jamais dissipada por completo, o que legitima Darcy Azambuja<sup>178</sup> a referir-se a ele como o mais controverso termo do vocabulário político, uma vez que, como frisa Willis Santiago Guerra Filho<sup>179</sup>, não tem *referente*, e é preenchível por vários conteúdos.

A formação do vocábulo, empregado pela primeira vez por Heródoto<sup>180</sup> há quase dois mil e quinhentos anos, aponta para os primeiros substratos do termo, entendido

---

<sup>177</sup> CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 243.

<sup>178</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 21. ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Globo, 1982, p. 215.

<sup>179</sup> GUERRA FILHO. **Teoria (...)**, *op. cit.*, p. 73.

<sup>180</sup> Cf. AZAMBUJA, *op. cit.*, p. 215.

como o governo, ou poder, do povo. Por outro lado, não foi por acaso que tal expressão tenha sido cunhada por um pensador grego, uma vez que o regime político experimentado na Atenas da Antiguidade foi o primeiro paradigma de democracia consolidado e legado às gerações posteriores.

Com efeito, na *Ágora* grega se identificou o “espaço público em que se debatiam livremente os problemas da comunidade”<sup>181</sup>, cujas soluções eram deliberadas pelo povo ali reunido. Não obstante, a definição, naqueles tempos, do que se considerava “povo”, um dos elementos constitutivos da democracia e ainda hoje discutido em sua conceituação<sup>182</sup>, acabou por atrair severas críticas contra a suposta democracia direta proclamada pelos gregos, já que os escravos, as mulheres e as crianças eram despojados de direitos políticos e os próprios “habitantes dos arredores da cidade não compareciam geralmente às assembléias políticas”<sup>183</sup>. Eis por que Hegel ponderava que na “Grécia assistimos ao florescer da liberdade real, mas unicamente numa forma determinada e com restrição, porque ainda havia ali escravos, e os Estados tinham por condição a escravidão.”<sup>184</sup>

Juntamente com a necessidade de inserção dos mais variados setores da sociedade na definição do “povo” que se governa a partir do ideal democrático, foi incrementada sobremaneira a complexidade dos Estados, cada vez mais extensos, populosos e organizacionalmente enredados, fazendo com que a *democracia direta* cedesse espaço para a *democracia representativa*, alicerçada na idéia da “divisão das potências” proposta por Montesquieu e na de limitação das prerrogativas dos governantes, sem descuidar do ideal de o poder político pertencer ao povo.

---

<sup>181</sup> GUERRA FILHO. *Teoria (...)*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>182</sup> Friedrich Muller, com toda razão, chega a reputar a definição de “quem é o povo” como a questão fundamental da democracia (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003).

<sup>183</sup> AZAMBUJA, *op. cit.*, p. 216.

<sup>184</sup> HEGEL. Inícios da Filosofia na Grécia. In: **Introdução à história da Filosofia**. 3. ed. Tradução por Antonio Pinto Carvalho. Coimbra: Armenio Amado, 1974, p. 153.

Na democracia representativa, portanto, as decisões políticas – aqui entendidas como os atos que dão rumo ao Estado na solução dos problemas engendrados na sociedade, tendo em vista o convívio entre os seus membros – são tomadas não pelo povo diretamente, mas por seus representantes, por ele eleitos.

Avultam-se, destarte, as eleições como uma das vigas com que se erige a democracia hodierna, na medida em que esta franqueia a qualidade de “povo” a um maior número de pessoas – todos aqueles que exercitam o direito de voto, com o mesmo peso individual – e reacende, periodicamente, as discussões acerca dos rumos que o Estado deve seguir para o cumprimento de seus objetivos, por isso desenhando Darcy Azambuja<sup>185</sup> a definição jurídica da democracia como “o regime em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados”.

No entanto, o processo eletivo, em si, não se mostra bastante para a plena realização da proposta democrática, sendo imprescindível, também, que os governados tenham “o poder de indicar *livremente* a pessoa ou pessoas que vão governar”<sup>186</sup> (liberdade de eleger) e que tal poder seja, ao contrário da democracia direta ateniense já comentada, extensível a todos os indivíduos, e não apenas a uma pequena classe privilegiada (igualdade entre os eleitores).

Atendidas essas exigências, ainda assim as eleições poderiam gerar distorções no regime democrático: se o governo é formado pela opinião e vontade da *maioria*, não se correria o risco da implantação do “despotismo da multidão”, em detrimento insuportável dos interesses dos setores numericamente menos significativos da sociedade?

E, por derradeiro, permanece a questão: como são eleitos pela maioria, e, ao menos teórica ou idealmente, representam os interesses desta, os governantes poderiam ter seus atos políticos arrostados por outros órgãos do Estado, não constituídos a partir do

---

<sup>185</sup> *Op. cit.*, p. 238.

<sup>186</sup> AZAMBUJA, *op. cit.*, p. 238.

ressonante desejo popular depositado nas urnas? A resposta negativa que tradicionalmente se dá a tal pergunta redundaria na repulsa de reconhecer em instituições – inclusive estatais – cujos componentes não hajam se submetido à escolha popular qualquer legitimidade democrática, e muito menos a de contrariar decisões empunhadas por autoridades eleitas pelo povo. Seria esse o estágio último do modelo de democracia continuamente aperfeiçoado ao longo dos séculos?

#### **4.3.2 Crise da democracia representativa**

O simples levantamento das pertinentes questões lançadas no item anterior é suficiente para diagnosticar o momento de crise enfrentado pelo paradigma da democracia representativa, não no sentido da definitiva superação, e sim no de instante *decisivo* da fisionomia que irá assumir a democracia nos tempos vindouros.

Primeiramente, verifica-se que a identificação da democracia com o processo eletivo de seus governantes acabou engendrando um excesso de votações, como se todos os atos decisórios, para gozarem de legitimidade suficiente para sua tranqüila aceitação, carecessem de expressa chancela popular. Ou, sob idêntico argumento, como se todos os órgãos estatais cuja composição não houvesse sido fruto das urnas não possuíssem verdadeira legitimidade democrática para atuar no sistema político.

A partir desse equívoco foi gerada uma verdadeira “ditadura do voto”, à medida que se restringia a participação política do cidadão a esse ato, cada vez mais corriqueiro e, por conseguinte, cada vez menos valioso, em flagrante prejuízo ao desenvolvimento do indivíduo no espaço público que lhe é reservado pela democracia. Ademais, a consagração da vontade da maioria em termos ilimitados e absolutos põe em risco a própria liberdade da minoria, atingindo um dos já apontados pressupostos democráticos – a igualdade entre os eleitores, em seu sentido pragmático.

Outrossim, verifica-se, em diversos modelos democráticos ainda não completamente amadurecidos, que os governantes eleitos não se sentem vinculados aos programas de seu partido anunciados quando da fase eleitoral de persuasão e conquista de seu eleitorado, fazendo com que não empunhem com tanto vigor as bandeiras que lhes concederam diversos grupos sociais, muitas vezes abandonados imediatamente após a eleição de seus representantes. Desse modo, os eleitores se limitam a escolher componentes do governo, longe de indicar uma firme e direcionada escolha programática.

Por tudo isso é que a celebração das eleições como único momento de realização da democracia vem reclamando a companhia de um contínuo vigiar e uma incessante mobilização dos governados, instaurando o que Azambuja chama de *democracia semidireta*, “que guarda as linhas gerais do regime representativo, porque o povo não se governa diretamente, mas tem o poder de intervir, às vezes, diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais”<sup>187</sup>, por meio, por exemplo, do *referendum*, do veto e da iniciativa populares.

Tais instrumentos, além de darem estabilidade à vida política, constituem poderoso fator de educação popular<sup>188</sup>, porém não podem ser manejados de forma abusiva, tanto quanto não o podem as próprias eleições. Na Suíça, por exemplo, onde toda matéria constitucional deve ser submetida a *referendum*, “algumas espécies de leis, das mais importantes, como as de orçamento”<sup>189</sup> não o são.

Isso porque a matéria do *referendum* deve ser uma questão concreta, e não sutilezas de técnica legal, pois quando “tem um caráter acentuadamente técnico, a abstenção [de eleitores] é sempre considerável”<sup>190</sup>, e o pouco interesse popular acaba reforçando a

---

<sup>187</sup> AZAMBUJA, *op. cit.*, p. 224.

<sup>188</sup> *Id., ib.*, p. 229.

<sup>189</sup> *Id., ib.*, p. 225.

<sup>190</sup> *Id., ib.*, p. 231.

crítica da supressão da ampla discussão dos assuntos de ordem pública por toda a sociedade, corolário da democracia.

Nesse diapasão, eclodiu a exigência de uma verdadeira *democracia participativa*, tal como preceituado no art. 109.º da vigente Constituição da República Portuguesa, com a redação dada pela Lei Complementar n.º 1/97, *in verbis*:

“A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.”<sup>191</sup>

#### 4.3.3 Significado atual do princípio democrático

Esse ambiente de perene mobilização dos cidadãos na vida política pode, à primeira vista, aparentar risco a um dos preceitos basilares da democracia, que é o *consenso*, porquanto a tomada de decisão pública “deverá exibir uma forma que possamos aprovar e com a qual possamos nos identificar”<sup>192</sup>. Assim, resta-nos analisar como a democracia pretende garantir estabilidade a suas instituições, se seus próprios mecanismos incentivam a contestação permanente do regime democrático.

Ocorre que esse espírito de contestação permanente, mais do que a aceitação emudecida de inacessíveis decisões políticas<sup>193</sup>, reforça a *legitimidade* dos atos políticos, freqüentemente colocados à prova ou questionados pelos governados, através dos orçamentos participativos, referendos, conselhos populares de acompanhamento das políticas públicas e exigência de prestação de contas<sup>194</sup>, dever que se impõe ser sempre agregado à escolha pelo

---

<sup>191</sup> Merece destaque, igualmente, o que dispõe o art. 48.º, 1, da mesma Constituição, a reforçar a idéia da democracia participativa: “*Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.*”

<sup>192</sup> PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. **Direito e legitimidade**. Tradução por Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003, p. 370.

<sup>193</sup> Aqui entendida a expressão no mesmo sentido empregado no tópico 4.3.1.

<sup>194</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista sobre democracia e movimentos sociais. **Revista Caros Amigos**, [s.l.], n. 78, set. 2003, p. 35.

voto. Luhmann, por isso, agrega ao entendimento de democracia e legitimação “uma tintura de questionabilidade, de fragilidade e de sucedâneo de argumentação.”<sup>195</sup>

Contudo, como já se vem defendendo ao longo desse estudo, tal legitimidade não é aferida apenas a partir da escolha eletiva dos governantes de um povo, malgrado Paulo Bonavides veja no sufrágio universal uma das bases principais da moderna democracia ocidental, “verdadeira espinha dorsal do sistema democrático”<sup>196</sup>. Não há que se questionar a insofismável importância que representa o sufrágio para o desenvolvimento democrático de qualquer nação, mas seria simplificar em demasia pensar que a democracia se restringe a esse princípio, ou dele não logra se separar, quando há outros instrumentos que, até com maior eficiência, asseguram a feição democrática do ato político.

Por esse motivo é que Jellinek defendia que o *status activus* “não mais se restringiria ao direito ao voto; deveria incluir também a prerrogativa de participar ativamente nos processos de tomada das decisões públicas”<sup>197</sup>, reforçando a defesa da democracia participativa, inclusive para abrir caminho à responsabilização – política, social e jurídica – dos agentes públicos, nota indissociável da atribuição de poder no regime democrático<sup>198</sup> e instrumento idôneo para arrefecer a pura arbitrariedade.

Precisamente por haver se limitado ao reconhecimento legal de determinadas regras do jogo democrático – o simples apego ao sufrágio universal, por exemplo – é que a democracia liberal ocasionou um desinteresse generalizado pela Política<sup>199</sup>, razão por que a teoria da constituição dirigente estabeleceu um “critério não meramente procedimental para se aferir a legitimidade da atividade estatal”, impondo-se, igualmente, a concretização de

---

<sup>195</sup> LUHMANN, *op. cit.*, p. 63.

<sup>196</sup> *Apud* GUERRA FILHO. **Teoria (...)**, *op. cit.*, p. 74.

<sup>197</sup> *Apud* SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 55.

<sup>198</sup> PASSOS, *op. cit.*, p. 91. Mesmo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já em 1789, em seu art. 15, “proclamava que a sociedade tem o direito de pedir a prestação de contas, a todo agente público, de sua administração, exigência que se aplica a todos os detentores do Poder Executivo” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 17).

<sup>199</sup> SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 4.

determinado conteúdo – o que se convencionou chamar de concepção material de legitimidade<sup>200</sup>.

Outrossim, não mais se admite que o poder democrático resulte tão-só da vontade da maioria, como pretende Paulo Dourado de Gusmão<sup>201</sup>. A democracia irrompeu como a mais perfeita forma de associação política justamente por reconhecer – e mesmo fomentar – a *pluralidade*, a negação da unanimidade que se verifica em toda sociedade complexa. Destarte, se dependesse a legitimação de todos os agentes políticos da expressão da vontade da maioria contingencial, conjuntural, à parcela minoritária da população não se defeririam direitos e respeito suficientes para a sobrevivência do pluralismo, cujo enfraquecimento fatalmente abrandaria o esplendor democrático. Daí por que Philip Pettit refuta a identidade entre o apoio majoritário e a não-arbitrariedade, uma vez que “determinadas políticas podem atrair apoio majoritário, ao mesmo tempo em que representam a mais arbitrária interferência nas vidas de várias minorias.”<sup>202</sup>

Desse modo, assiste razão a Paulo Bonavides<sup>203</sup> quando afirma que a moderna democracia tem por base principal a soberania popular, como fonte de todo poder legítimo, que se traduz através da vontade geral, mas não deve ser esta entendida como uma consciência coletiva, simplesmente extraída do sufrágio, nem encontrada nas decisões majoritárias – já que, “menos do que o número de votos, aquilo que generaliza a vontade é o interesse comum que os une”, tal como exposto por Rousseau<sup>204</sup> e apresentado, com certo ar crítico, por Michel Miaille, que denuncia a construção de um discurso sobre o Estado segundo

---

<sup>200</sup> SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>201</sup> GUSMÃO, *op. cit.*, p. 366.

<sup>202</sup> PETTIT, *op. cit.*, p. 371.

<sup>203</sup> *Apud* GUERRA FILHO. **Teoria (...)**, *op. cit.*, p. 95.

<sup>204</sup> *Apud* GUERRA FILHO. **Teoria (...)**, *op. cit.*, p. 95.



o qual o *bem comum* constitui fator de legitimação da ordem e da força que o Direito e o Estado, respectivamente, pretendem instaurar<sup>205</sup>.

#### 4.3.4 Poder Judiciário e democracia

Vimos afirmando que a legitimidade de determinada instituição não pode ser aferida, tão-somente, com arrimo no sufrágio universal ou na vontade da maioria. Mas essa conclusão não basta para que se afirme, categoricamente, que o Poder Judiciário seja ungido pelo necessário verniz democrático, impondo-se perquirir de onde extrai sua legitimidade – imprescindível para o exercício do poder – em “usurpar” funções que, historicamente, vinham sendo atribuídas com exclusividade aos demais poderes.

As origens do Poder Judiciário moderno, desenhadas por Montesquieu em sua teoria da “separação das potências” do Estado<sup>206</sup>, davam conta de – e recomendavam – uma postura de alheamento político e subjugação aos demais Poderes, sob o pretexto de que apenas caberia ao magistrado interpretar leis – como se tal atividade admitisse neutralidade absoluta.

Desse alheamento, como visto no item 4.1, evoluiu o Judiciário de alguns países, principalmente por influência da Suprema Corte norte-americana, para a posição extremamente oposta: a da sua supremacia, uma vez que aquela corte arrogava-se o dever-poder de valorar a conveniência das políticas públicas e dos atos normativos, no afã de resguardar a incolumidade do federalismo e da democracia recém-inaugurada naquele país, além, evidentemente, de impor balizas ao ardor dos “políticos” pelo Poder.

---

<sup>205</sup> MIAILLE, Michel. O Estado. *In: Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 125.

<sup>206</sup> Conquanto John Locke tenha se antecipado a Montesquieu quanto à idéia de separação de poderes, o Judiciário não era visto por ele como verdadeiro “poder” separado, conforme adverte Capelletti (*op. cit.*, p. 141), e sim ontologicamente ligado ao Legislativo como criador de normas (PALU, *op. cit.*, p. 43) ou, diferentemente, no sentir de José Luiz Borges Horta (*op. cit.*, p. 253), como parte das atribuições reais (e, portanto, do executivo), tal como posteriormente defendido por Montesquieu.

Transparece, daí, a importante missão do Judiciário em garantir certo controle da relação entre os Poderes, com vistas ao aperfeiçoamento do funcionamento do Estado. Não obstante, a relevância da busca pelo fundamento de sua legitimidade para assim agir decorre do fato de que, não raro, somos surpreendidos com o argumento de que falece legitimidade democrática ao Judiciário para desempenhar tais funções pelo só motivo de que seus membros, via de regra, não são eleitos diretamente pelo povo – onde repousa a fonte de todo o Poder do Estado – ao contrário do que ocorre com os membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

Todavia, consoante o que foi aduzido no tópico anterior, a *democracia participativa* hoje exaltada exige a conjunção do princípio do sufrágio universal com diversos outros, com vistas à instauração de diálogo entre governantes e governados sem macular, nesse processo, o respeito pela posição do outro. E, sendo a natureza do processo judicial altamente *participativa*, “uma vez que o papel dos juízes baseia-se em casos da vida real e somente pode ser exercido sobre e dentro de limites dos interesses e da controvérsia das partes”<sup>207</sup>, vem se destacando o Judiciário como uma das instituições que possibilitam o desenvolvimento desse diálogo com o fito de melhor definir os rumos do Estado e mesmo de suas políticas públicas – terreno que permaneceu intocável por muito tempo.

O destaque que o Judiciário tem merecido por sua relevante contribuição para a consolidação do regime democrático decorre, primeiramente, de sua vinculação – hoje quase umbilical – com o Estado de Direito, vale dizer, de sua intrínseca necessidade de observar como parâmetros e limites normas jurídicas válidas para – e exigíveis de – todos os atores sociais e políticos, fator de distinção entre a argumentação prática geral e a argumentação jurídica, conforme frisamos no tópico 3.3. Tanto é assim que Calmon de Passos vê no *devido processo constitucional jurisdicional*, por ele definido como “um complexo de garantias

---

<sup>207</sup> CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 146.

mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”<sup>208</sup>, um relevante fator de fortalecimento da democracia.

Entretanto, como tal característica não vem se mostrando suficiente para o desenvolvimento democrático – e o fato de a barbárie nazista haver sido cuidadosamente fundamentada na *legalidade* dos atos de desumanidade perpetrados pelo *führer* e por seus comandados bem o demonstra – é no alargamento do espaço público que promove onde o Judiciário vem colher as raízes de sua legitimidade democrática.

Deveras, de acordo com a teoria democrático-deliberativa, “as sociedades contemporâneas são plurais, complexas e multiculturais”<sup>209</sup>, tornando inviável um consenso generalizado sobre os fins que devem ser perseguidos pelo Estado, e por isso se alicerça em concepções procedimentais de legitimidade, que permitem a construção de um “consenso sobre as premissas de processo de tomada das decisões públicas”<sup>210</sup>, a partir da justificação pública das decisões (contexto dialógico) que as sujeita à obediência de “determinados requisitos comunicativos tais quais, por exemplo, os da razoabilidade e da reciprocidade”<sup>211</sup>. Com efeito, a *equidade procedimental*, em torno da qual é conseguido tal consenso, é apontada como “mais importante que a favorabilidade de resultado”<sup>212</sup> e como a fonte da legitimidade da Suprema Corte para os americanos, além de favorecer o ideal de *efetividade* buscado pela tutela jurisdicional, porquanto, consoante frisa Sacristán, “*no hay mayor efectividad que mejorar la opinión del justiciable, sea beneficiado o perjudicado con la decisión final.*”<sup>213</sup>

Nesse particular, portanto, se distanciam as formas de pressão ou contestação exercidas em face dos Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e do Poder Judiciário, de

---

<sup>208</sup> PASSOS, *op. cit.*, p. 69.

<sup>209</sup> GUERRA FILHO. **Teoria (...)**, *op. cit.*, p. 29.

<sup>210</sup> *Id.*, *ib.*, p. 30.

<sup>211</sup> *Id.*, *ib.*, p. 34.

<sup>212</sup> PETTIT, *op. cit.*, p. 382.

<sup>213</sup> SACRISTÁN, *op. cit.*, p. 40.

outro: nos primeiros, as decisões do governo geralmente são cunhadas através de barganha e da intervenção dos *lobbies*, e os participantes já apresentam “interesses e idéias predefinidos, seus corações e suas mentes estão fechados”<sup>214</sup>, enquanto as decisões judiciais, por seu turno, possibilitam um debate em que as preferências são formadas, e não dadas, a partir de uma abertura dialógica consideravelmente maior.

A importância da mencionada abertura decorre da própria matriz em que é cunhada a democracia contemporânea – a *pluralidade*, já ressaltada no item anterior, e em razão da qual também os interesses das minorias são dignos de salvaguarda e atenção por parte do Estado. E nesses prados vem se revelando o Judiciário grande garantidor da democracia, à medida que afiança a tutela dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, fazendo incluir na repisada expressão “povo” parcelas historicamente discriminadas, segregadas e oprimidas da sociedade, em virtude de não comporem o privilegiado grupo da maioria que determina, pelo sufrágio, seus governantes.

Nesse diapasão, quando “a deliberação majoritária chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais (...) se justifica o controle de tais decisões pelo judiciário”<sup>215</sup>, reconhecido como verdadeiro guardião da democracia deliberativa, e não mais como mero fiscal da efetiva implementação do programa constitucional, como apresentado pela teoria da constituição dirigente. O controle realizado pelo Judiciário, portanto, resulta de sua abertura ao cidadão insatisfeito com a democracia limitada à simples autorização contida no voto, e ávida por uma prestação de contas devida por seus representantes – impelindo-o a lançar mão de instrumentos processuais de participação política (v.g., ação popular e ação civil pública), consentâneos com a crescente coletivização dos conflitos, típica da Pós-Modernidade. Daí haver Oswaldo Palu identificado na defesa dos *direitos fundamentais*

---

<sup>214</sup> PETTIT, *op. cit.*, p. 373.

<sup>215</sup> SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 38.

contra investidas dos poderes políticos “a chave de legitimação de uma justiça constitucional ou, mais ainda, de toda a jurisdição no controle político.”<sup>216</sup>

É de ser ressaltado, nesse ponto da exposição, que a frequência com que foi mencionada a Constituição – ou as matérias a ela relativas – até as linhas presentes não constitui, obviamente, simples coincidência. Isso se observou em face de o regime democrático se manifestar primacialmente no sistema político, e a Constituição avultar como o mecanismo de abertura cognitiva do Direito para a Política. Em outras palavras, os tribunais “estão acoplados estruturalmente, através da Constituição, ao sistema político”<sup>217</sup>, para utilizarmos a nomenclatura manuseada por Niklas Luhmann em sua teoria dos sistemas e relembrarmos o que esposamos no item 2.4.

Desse modo, se resta comprovada a relevância do Judiciário para a consolidação da democracia participativa, como acima descrito, referida relevância aparece com ainda maior pujança no seu trato com a Constituição, ou seja, no exercício da chamada jurisdição constitucional, considerando-se a importância da “Carta Política fundamental” historicamente atestada como freio à arbitrariedade dos governantes na condução do Estado. Não por acaso, portanto, identificou Capelletti, no que chamou de *Justiça Constitucional*, “uma das mais importantes e promissoras respostas que um crescente número de nações tem procurado dar ao problema da opressão governamental”<sup>218</sup>, engendrado, precisamente, da ausência de controle do poder político.

Embora se reconheça que a jurisdição constitucional possa ser exercida por Juízes singulares e de maneira difusa – como na experiência brasileira, que confere ao juiz monocrático parcela de poder, no que tange ao controle de constitucionalidade, possivelmente

---

<sup>216</sup> PALU, *op. cit.*, p. 289.

<sup>217</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 126.

<sup>218</sup> CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 129.

sem equivalente em outros Estados democráticos<sup>219</sup> – centralizaremos o foco da análise seguinte nas *cortes constitucionais*<sup>220</sup>, pelas abrangentes conseqüências de seus julgamentos e pela grave responsabilidade que se lhes incute nos destinos do próprio Estado. Ademais, são essas cortes que impõem freios *jurídicos* ao poder governativo, ao passo que cumpre ao legislativo a imposição de freios *políticos*<sup>221</sup>.

Destarte, assiste razão a Alexandre de Moraes, quando afirma:

*“O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que, para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre suas composição, competências e poderes.”*<sup>222</sup>

Atentos à advertência acima enunciada, procederemos à análise de como são compostas as cortes constitucionais, mesmo porque é na composição dos demais Poderes, geralmente realizada por meio do sufrágio, que, com mais freqüência, se aponta a fonte de sua legitimidade democrática para conduzir o Estado.

#### **4.3.5 Designação dos membros das cortes constitucionais**

Não poucos juristas e políticos têm se insurgido contra o processo de escolha dos membros das cortes constitucionais, apontando nele uma grave tendenciosidade favorável ao Governo, uma vez que, para mencionarmos a experiência brasileira, o parágrafo único do art. 101 de nossa atual Constituição preceitua que os Ministros do Supremo Tribunal Federal

---

<sup>219</sup> Mesmo porque, consoante lembra Gilmar Ferreira Mendes, se “a questão envolver apenas pessoas privadas, não terá o Poder Público oportunidade de proceder à defesa do ato impugnado” (MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, n. 134, Brasília, abr./jun. 1997, p. 26).

<sup>220</sup> Chamaremos, doravante, de cortes ou tribunais constitucionais não apenas os órgãos especialmente incumbidos do controle de constitucionalidade em única ou última instância (como desenhado por Hans Kelsen e pioneiramente implementado na Áustria), mas também aqueles que exercem tal controle ao lado de diversas outras funções jurisdicionais, como ocorre à Suprema Corte norte-americana e ao nosso Supremo Tribunal Federal.

<sup>221</sup> PALU, *op. cit.*, p. 104.

<sup>222</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**; garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 23.

(STF) “serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Na XII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por exemplo, dentre as conclusões aprovadas por unanimidade após o painel aduzido por Roberto A. O. Santos, figurava a missão de, a longo prazo, “continuar lutando pela mudança da Constituição quanto à composição do Supremo Tribunal Federal e processo de preenchimento de suas vagas”<sup>223</sup>, em evidente incredulidade quanto à isenção dos Ministros do STF que são submetidos a referido processo político.

Esse fenômeno ocorre porque, por mais consistentes e vigorosos pareçam os argumentos até aqui mencionados favoráveis ao reconhecimento de legitimidade democrática ao Judiciário, as missões de que são incumbidas as cortes constitucionais ainda se mostram demasiadamente sérias para se conformarem facilmente àquelas justificativas.

Em razão disso, é exigida a presença de “três requisitos de observância obrigatória na composição política da Justiça constitucional para que reforcem sua legitimidade: *pluralismo, representatividade e complementaridade*.”<sup>224</sup>

As principais cortes constitucionais hodiernas encontram seus membros em pessoas não *eleitas* diretamente pelo povo – pelo menos não para o exercício desse múnus – por intermédio do “voto direto, secreto, universal e periódico”, consoante indicado como cláusula pétrea, *verbi gratia*, pelo art. 60, § 4.º, II, da CR; em vez disso, recorrem às mais elevadas instituições políticas para indicarem seus componentes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, onde se buscou a inspiração para a geração de nosso STF, os membros da Suprema Corte são escolhidos pelo Presidente da República. Na Áustria, a escolha dos Juízes do Tribunal Constitucional é feita pelos Poderes Executivo e Legislativo federais, com o que se parece o modelo do Conselho Constitucional francês, cujos

---

<sup>223</sup> SANTOS, Roberto A. O.. Burocracia judiciária e democracia. In: XII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1988, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Conselho Federal da OAB, 1988, p. 733.

<sup>224</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 77.

componentes são apontados pelo Executivo e pelo Parlamento, com a previsão de cadeiras cativas para os ex-Presidentes da República. Já os Juízes do Tribunal Constitucional Federal alemão são eleitos pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, enquanto os do Tribunal Constitucional português são indicados, mediante eleição, pela Assembléia da República e, por cooptação, pelo próprio Tribunal.

Todavia, uma vez que às cortes constitucionais cabe a salvaguarda dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, indistintamente, com atenção especial aos direitos dos alijados de voz política considerável, pelas razões já aduzidas no tópico anterior, torna-se necessária, no afã de instaurar verdadeira democracia *inclusiva*, mais que simplesmente *deliberativa*, a constatação de sua “representatividade estatística” de grandes segmentos sociais, conforme expressão de Philip Pettit<sup>225</sup>. Daí advém a importância simbólica que têm assumido as nomeações de mulheres e negros como *justices* na Suprema Corte norte-americana e Ministros no STF brasileiro, ressaltando a exigência do *pluralismo* acima apontada.

Por outro lado, conquanto se reconheça que o processo de designação dos membros das cortes constitucionais possui incontestemente natureza política<sup>226</sup>, deve-se aquilatar em que extensão tal natureza incide na formação subjetiva de suas decisões, antes de atribuir àquelas cortes a pecha de políticas. Assim, o referido processo político não suscitará molesta desconfiança na imparcialidade inicial esperada de qualquer Juiz, desde que os membros das cortes constitucionais se imbuam de garantias bastantes para o exercício hígido da jurisdição constitucional<sup>227</sup>, deixando clara a distinção entre nomeação e mandato legal<sup>228</sup> – ou constitucional.

---

<sup>225</sup> PETTIT, *op. cit.*, p. 376.

<sup>226</sup> A partir do que Palu (*op. cit.*, p. 285) acredita ver fortalecida a legitimidade de sua atuação.

<sup>227</sup> Nesse particular, merece atenção o depoimento de Peter Häberle de que, apesar do forte ingrediente político na escolha dos juízes constitucionais na Alemanha, “uma vez eleitos, na história do Tribunal Constitucional federal, até agora, todos os juízes se têm mostrado incrivelmente independentes frente a seus partidos patrocinadores” (Apud MORAES, *op. cit.*, p. 156).



Vale, pois, trazer à colação a lição de André Ramos Tavares, para quem:

“se revestem de maior relevância a formação jurídica, a origem da magistratura, a exigência de boa formação e experiência profissional, a duração fixa e longa do mandato ou a vitaliciedade e a independência dos magistrados, do que propriamente a intervenção de órgãos políticos na designação destes.”<sup>229</sup>

De fato, é precisamente nas garantias institucionais como a da vitaliciedade – ou longa duração do mandato, pelo menos<sup>230</sup> – que lhes concede independência e certa perenidade a seus entendimentos, na definitividade de seus julgamentos, e no adequado supedâneo intelectual de seus membros, que a legitimidade democrática das cortes constitucionais encontra reforço para que estas profiram suas decisões. Por outro lado, devem ser lembradas as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem o controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais, mais do que mero controle de *supralegalidade*, constitui verdadeiro controle de *legitimidade*, no sentido de consonância com a Carta, seus princípios e seu espírito<sup>231</sup>.

No que tange à formação jurídica do membro da corte constitucional, pensamos indispensável uma profunda e apurada experiência – aliada à compreensão teórica, é evidente – da Constituição, tão preciosa se afigura a missão institucional de protegê-la<sup>232</sup>. Ademais, a fim de ver observado o requisito da *complementaridade* na composição das cortes constitucionais, impõe-se a “multiplicidade e variação de experiências profissionais

---

<sup>228</sup> SACRISTÁN, *op. cit.*, p. 41.

<sup>229</sup> TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 36.

<sup>230</sup> CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 146. Oswaldo Palu (*op. cit.*, p. 296) argumenta que a previsão de mandatos fixos para os membros de uma corte constitucional permite que, “acaso haja um irreconciliável divórcio entre a opinião de tal órgão, interpretando a Constituição, e a vontade firme e constante da maioria do eleitorado, em algum tempo terá havido uma renovação da Corte, o que faz com que as opiniões majoritárias conseqüentes e duradouras tendam a se impor.”

<sup>231</sup> *Apud* PALU, *op. cit.*, p. 134.

<sup>232</sup> À guisa de ilustração, cabe registrar que o Ministro José Celso de Mello Filho, ex-Presidente do STF, conhece profundamente todas as Constituições pátrias, além de já haver estudado as Constituições de mais de oitenta países (*Apud* ROCHA, Leonel. Uma voz indiscreta no STF. **Veja**, São Paulo, ed. 1.518, n. 42, out. 1997, p. 35).

anteriores”, com o fito de incrementar sua legitimidade e afastá-las “tanto do tecnicismo exacerbado, quanto da política exagerada”<sup>233</sup>.

Como, porém, seria verificada essa formação? Não receamos afirmar que a “sabatina” dos indicados pelo Presidente da República perante o Legislativo Federal ou as demais formas de controle deste Poder sobre a eleição dos membros das cortes constitucionais cumpriria não só esse papel (de verificação de seu notável saber jurídico e – por que não dizer? – mesmo da reputação ilibada), mas, principalmente, reforçaria ainda mais sua legitimidade como verdadeiro Poder de Estado, autônomo à medida que não se enxergaria dependência ao chefe do Executivo nacional que os nomeou ou aos representantes dos partidos que ratificaram a escolha ou os elegeram, atendendo, assim, à exigência da *representatividade*<sup>234</sup>.

Àqueles que não vêem a sabatina ou os procedimentos similares de controle com respeito, invocando o afastamento de seus objetivos observado em tempos atuais, retorquimos: moralize-se o processo de aprovação legislativa dos membros das cortes constitucionais! Nunca é despiciendo lembrar que o jurista Thurgood Marshall, primeiro negro a ser indicado para a Suprema Corte estadunidense (1967), foi exaustivamente sabatinado pelos Senadores, “um dos quais lhe dirigiu sessenta perguntas sobre a Constituição”<sup>235</sup>, tamanha era a hostilidade que se lhe endereçavam. Outrossim, em solo pátrio há, igualmente, registro de rejeição aos nomes de dois indicados para compor o STF, os Ministros<sup>236</sup> Barão de Lucena e Tristão Araripe, nos quais, “por circunstâncias e fatos notórios”, deixou a Comissão Senatorial encarregada de emitir parecer acerca das nomeações

---

<sup>233</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 78.

<sup>234</sup> Mesmo no caso do Conselho Constitucional francês, no tocante à condição de membros natos conferida aos ex-Presidentes da República, não se tem por inteiramente maculada tal exigência, desde que tenham sido eles igualmente eleitos para exercerem o mister de chefe maior de um dos Poderes do Estado.

<sup>235</sup> BALEEIRO, *op. cit.*, p. 57.

<sup>236</sup> Tristão de Alencar Araripe já exercia a função de Ministro do Supremo Tribunal de Justiça imperial desde 1886 e, assim como Henrique Pereira de Lucena, o Barão de Lucena, acabou nomeado como Ministro do novel Supremo Tribunal Federal, já que não se lhes foi reconhecida qualquer restrição, no ensejo da apreciação de seus nomes pelo plenário do Senado.

de reconhecer “a precisa idoneidade”<sup>237</sup>. Ademais, desempenhando elevada missão de consolidar, no país, a exigência de possuir o Ministro do STF notável saber *jurídico*, o Senado desaprovou a nomeação do médico Barata Ribeiro, bem como rejeitou a dos generais Inocêncio Galvão de Queirós e Raimundo Ewerton Quadros<sup>238</sup>. Por essa razão, não se pode menoscar o fim por deficiências contingenciais dos meios.

Ademais, merece destaque a lição de Oswaldo Palu, para quem, num Estado democrático de Direito, tão importante como a legitimidade democrática “é a conformação dos atos governamentais com os princípios gerais constitucionais, bem assim a observância dos limites dos poderes de cada um dos órgãos estatais”<sup>239</sup>, encargos que, como veremos, são naturalmente dirigidos às cortes constitucionais.

#### **4.3.6 Papel das cortes constitucionais na consolidação do Estado democrático de Direito**

De tudo o que foi defendido até aqui, considerando as peculiaridades das cortes constitucionais em sua composição e na competência fundamental que se lhes atribui, pode-se identificar nelas órgãos superpoderosos, imbuídos da faculdade de derribar atos de Governos até mesmo sufragados pela maioria da população. Talvez daí advenha o pensamento de Konrad Hesse, de que a competência das cortes constitucionais seria quase ilimitada, autorizadas que são a proferir a última palavra sobre questões fundamentais da vida do Estado<sup>240</sup>. Possuiriam elas, então, poderes absolutos e inexoráveis?

Já houvemos de constatar que a carência de um processo de eleição direta dos membros das cortes constitucionais não se mostra bastante para limitar seu poder, até porque lhes cumpre a guarda dos direitos fundamentais *de todo o povo* – e não apenas de sua facção majoritária ou mais influente – o que assegura, como visto no item 4.3.3, a *pluralidade*

---

<sup>237</sup> BALEEIRO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>238</sup> *Id.*, *ib.*, p. 25.

<sup>239</sup> PALU, *op. cit.*, p. 116.

<sup>240</sup> HESSE, *op. cit.*, p. 28.

necessária para a consolidação de uma democracia verdadeiramente participativa, visto que, segundo o magistério de Raffaele De Giorgi, “democracia é manutenção da complexidade”<sup>241</sup>. Eis a razão de Capelletti atribuir à *Justiça Constitucional* desenvolvida nos Estados Unidos a qualidade de “mais importante instrumento para a garantia de certos direitos civis básicos dos cidadãos e de grupos minoritários contra maiorias resistentes nos Estados e da inação de órgãos políticos no plano federal.”<sup>242</sup>

Além disso, as cortes constitucionais, muito mais do que os órgãos jurisdicionais ordinários, pelas amplas conseqüências de suas decisões, permitem um alargamento do espaço de discussão pública e, conseqüentemente, de sua incidência no processo decisório, como tem demonstrado a experiência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao admitir a consulta a autoridades do Governo e a especialistas quando o julgamento sobre a constitucionalidade de determinados atos normativos o exigir.

No Brasil, com a promulgação da Lei n.º 9.868/99<sup>243</sup>, abriu-se a admissibilidade de intervenção do chamado *amicus curiae* nos principais processos de controle concentrado de constitucionalidade, “possibilitando a manifestação no processo de outros órgãos e entidades, que não os próprios autores da ação”<sup>244</sup> (art. 7.º, § 2.º), e de “pronunciamento, no curso do processo, de perito ou comissão de peritos, bem como a realização de audiência pública e a solicitação de informações a outros tribunais”<sup>245</sup>. Desse modo, o processo permite um melhor controle dos efeitos políticos de tão significativas decisões, já que sua instrução toma o lugar do mero cotejo dos textos normativos, realizado no silêncio cômodo – porém estupidificante – dos gabinetes<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> *Apud* CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 72.

<sup>242</sup> CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 130.

<sup>243</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

<sup>244</sup> SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 56.

<sup>245</sup> *Id.*, *ib.*.

<sup>246</sup> Há de ser ressaltado que, não obstante a abertura do diálogo das cortes constitucionais requerida pela democracia deliberativa, casos existem em que as decisões devem se basear em informações profissionais e estar “imunes ao brilho ofuscante e à pressão do debate público” (PETTIT, *op. cit.*, p. 381).

Aliás, convém repisar o já afirmado em linhas anteriores, para destacar a necessária imputação de *responsabilidade político-social*<sup>247</sup> aos membros das cortes constitucionais, como aos magistrados em geral, sem a qual correm eles o risco de serem deslegitimados democraticamente<sup>248</sup>, mesmo porque o próprio Chefe do Poder Executivo se sujeita à análise de sua responsabilidade pelos atos de governo<sup>249</sup> por ele praticados; afinal, a interpretação constitucional, *a fortiori* a realizada em última instância, não pode colocar em risco a sobrevivência do Estado, no âmbito do qual é proferida a decisão.

Por outro lado, mesmo que o exercício exclusivo da jurisdição constitucional por tribunais constitucionais não se considere indispensável ao aperfeiçoamento do Estado de Direito<sup>250</sup>, Canotilho chama a atenção para o alargamento generalizado de tais tribunais após a II Guerra Mundial, em seguida à queda dos regimes autoritários e como resultado do colapso dos regimes comunistas, para concluir que tal fenômeno não ocorreu por acaso, e sim em consequência da “necessidade de estabelecer *canais comunicativo-discursivos* entre a política e o direito, evitando a sobrecarga jurisdicional da política e, ao mesmo tempo, a instrumentalização política do direito”<sup>251</sup>, pelas razões já aduzidas no final do item 2.4. Desse modo, se a *existência* do Estado de Direito não é condicionada à presença da corte constitucional em determinado ordenamento jurídico, a atuação desta *aperfeiçoa* esse Estado, com vistas a lhe emprestar mais efetividade<sup>252</sup>.

Começa a ser notado, assim, que a resposta à indagação proposta no vestibulo deste capítulo pode ser encontrada na própria relação que as cortes constitucionais mantêm

---

<sup>247</sup> Ainda que Capelletti (*op. cit.*, p. 146) admita certa irresponsabilidade *política e legal* dos juízes, mesmo assim apenas a curto e médio prazo e com importantes limitações no caso de abusos sérios, frisa esse jurista italiano que não se trata de uma irresponsabilidade *social*, cada vez mais sujeitos que estão os magistrados à crítica pública.

<sup>248</sup> PASSOS, *op. cit.*, p. 106.

<sup>249</sup> Ver definição de atos de governo no item 5.4.

<sup>250</sup> Segundo Baracho (*op. cit.*, p. 9-10), a simples “instituição do controle judiciário da constitucionalidade das leis e os seus aperfeiçoamentos posteriores representam típica resposta, no quadro da *giustizia costituzionale*, a problemas que se assentam no estabelecimento de regimes totalitários, baseados na tirania de um homem, de um partido ou da ideologia.”

<sup>251</sup> CANOTILHO, *Jurisdição (...)*, *op. cit.*, p. 877.

<sup>252</sup> VERDU, *op. cit.*, p. 38.

com a Constituição. Com propriedade, pois, Konrad Hesse assevera: “Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo pertinência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular”<sup>253</sup>. Com isso, ao que nos parece, indica o jurista alemão um deslocamento na origem da legitimidade democrática dos tribunais constitucionais, da limitação do princípio majoritário para a sujeição à Constituição emanada do povo, que não deixa de constituir uma maioria – porém pretérita e constituinte, atuante em um momento histórico de marcante mobilização e participação populares que caracterizam a assembléia constituinte<sup>254</sup>.

Nesse sentido, ressaltando a idéia de que nem as grandes maiorias devem ter o poder de dar cabo da própria democracia<sup>255</sup>, vale registrar, por seu brilhantismo, a lição de André Ramos Tavares de que

“o princípio majoritário não é absoluto e nem poderia sê-lo, caso contrário, a atuação do legislativo e do executivo – órgãos reconhecidamente eleitos segundo o princípio da maioria – estaria a salvo das eventuais violações à Constituição, com o que se produziria uma insuportável imunidade da atividade desses ‘poderes’ e a conseqüente ruína do sistema jurídico e, com ele, de qualquer segurança ou justiça possível.”<sup>256</sup>

Ademais, as limitações ao processo de reforma da Constituição, típicas desta fonte normativa e ainda mais veementes – ao menos em tese – nos sistemas constitucionais rígidos, a protegem, na expressão de Capelletti, “dos caprichos de maiorias passageiras”<sup>257</sup>, que constituem verdadeiro atentado ao *pluralismo*, conforme já denunciado no item 4.3.3.

Por seu turno, o alargamento da legitimidade processual para solicitar à corte constitucional a apreciação em abstrato da constitucionalidade dos atos normativos<sup>258</sup>, ao

---

<sup>253</sup> HESSE, *op. cit.*, p. 28.

<sup>254</sup> No Brasil, porém, a atual CR, nesse particular, apresenta a mácula da participação, na assembléia nacional constituinte, dos cognominados “Senadores biônicos”, que não haviam sido eleitos pelo sufrágio popular.

<sup>255</sup> SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 53.

<sup>256</sup> TAVARES, *op. cit.*, p.84.

<sup>257</sup> CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 130.

<sup>258</sup> Exemplos desse alargamento podem ser encontrados na Constituição portuguesa, que em seu art. 281.º, 2, f, franqueia o acesso direto ao Tribunal Constitucional à representação de apenas um décimo dos Deputados da Assembléia da República; e na atual Constituição brasileira que, rompendo a tradição constitucional pátria de reservar a propositura de ação direta de inconstitucionalidade ao Procurador-Geral da República, estendeu-as ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qualquer partido político com representação no

tempo em que é repelida pelo Estado monístico e centralístico, reforça o papel democratizante das cortes constitucionais, à medida que abre suas portas para os apelos das minorias políticas, religiosas e culturais<sup>259</sup> - diminuindo, por conseguinte, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade<sup>260</sup>.

A força da representatividade cede, como se vê, à pujança da Constituição, diploma que permite o enriquecimento do sistema político “garantindo a ‘grupos marginais’, destituídos de meios para acessar ‘os poderes políticos’, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas de direito no *judicial process*.”<sup>261</sup>

Assim, requer-se das cortes constitucionais, mais do que dos demais órgãos jurisdicionais, a missão de *regular* a interação democrática entre os cidadãos e a função equilibradora frente aos vigorosos poderes atribuídos ao Executivo para fazer frente às crescentes solicitações das sociedades em transformação, a partir de uma intervenção cada vez maior nas relações jurídicas, sociais, econômicas, culturais e políticas.<sup>262</sup> A experiência constitucional européia, de fato, demonstra que a atuação das cortes constitucionais têm propiciado aos países uma melhor distribuição do poder entre os diversos órgãos do Estado, consolidando o processo de reconstrução democrática – de capital importância no pós-guerra – aperfeiçoando as instituições nacionais, mantendo atualizadas as Constituições e, principalmente, inculcando nos cidadãos europeus uma maior conscientização da problemática constitucional, a que os alemães chamam de *sentimento constitucional*<sup>263</sup>. Na Itália, por sua vez, a *Corte Costituzionale* não apenas recomenda ao legislador que modifique textos

---

Congresso Nacional e mesmo a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, VII a IX).

<sup>259</sup> CANOTILHO, Jurisdição (...), *op. cit.*, p. 881.

<sup>260</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 13.

<sup>261</sup> Mauro Capelletti *apud* VIANNA, Luiz Werneck, *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 34.

<sup>262</sup> BARACHO, *op. cit.*, p. 11-2.

<sup>263</sup> SALDANHA, Nivaldo Brum Vilar. Controle de constitucionalidade e tribunal constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte**, v. 10, Natal, 2002, p. 76-7.

normativos, mas chega a sugerir o conteúdo que deverão assumir as leis para disciplinar, de acordo com a Constituição, determinadas matérias<sup>264</sup>.

Afinal, se “a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular”<sup>265</sup>, e o princípio do Estado de Direito “foi concebido para que o poder fosse controlado pelo Direito, evitando-se o arbítrio e garantindo-se uma atuação estatal com base fundante na Justiça”<sup>266</sup>, é fácil dessumir a missão dos tribunais constitucionais no acoplamento entre essas duas instituições políticas, auxiliando na consolidação de um duradouro **Estado democrático de Direito**.

---

<sup>264</sup> VERDU, *op. cit.*, p. 43.

<sup>265</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 67.

<sup>266</sup> PALU, *op. cit.*, p. 116.



## 5 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

*“Creonte: Erros de razão irracional, duros, mortíferos! Vedes assassino e vítima, ambos da mesma estirpe. Este é o produto das minhas decisões.” (Antígona, p. 91)*

*“Corifeu: A prudência é, em muito, a primeira das venturas. Contra os deuses não convém agir. Palavras altivas trazem aos altivos castigo atroz. Velhice ensina prudência.” (Antígona, p. 96-7)*

### 5.1 RAÍZES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Acompanhou o Poder Judiciário brasileiro a condição subalterna que, por mais de trezentos anos, enfrentou o Brasil como colônia vinculada à Coroa portuguesa. Em solo pátrio, pois, desempenhavam os Tribunais de Relação o mais elevado grau de jurisdição entre os colonos, e suas decisões estavam submetidas, em última instância, à Casa de Suplicação lisboeta, cujas feições plasmaram a Casa da Suplicação do Brasil, a que se elevou a Relação do Rio de Janeiro por força da vinda da família real portuguesa para o Brasil, acoçada pelo terror difundido por Napoleão em suas conquistas na Europa. Com isso, logrou-se firmar, mesmo que involuntariamente, uma organização judiciária que atendia razoavelmente aos anseios do povo brasileiro.<sup>267</sup>

Somente com o advento da independência política, contudo, é que vislumbramos mais autêntico embrião – o Supremo Tribunal de Justiça – do órgão supremo do Judiciário que atua hoje no país, então previsto no art. 163 da Constituição outorgada de 1824, que, de resto, manteve, entre nós, a estrutura judiciária portuguesa. Ainda que referido tribunal recebesse qualificativo de “Supremo”, a subsistência do Poder Moderador revestia

---

<sup>267</sup> *Apud* FLORES, Thompson. Discurso em comemoração do sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 515, set. 1978, p.458.

*este* da verdadeira supremacia, como nos adverte Carlos Mário da Silva Velloso<sup>268</sup>, o que acabava por privar o Supremo Tribunal do exercício de real autonomia. Ademais, essa Constituição não contemplou o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, tarefa afeta apenas ao Legislativo, por influência do constitucionalismo francês<sup>269</sup>.

Finalmente, sendo proclamada a República brasileira, esta buscou inspiração na democracia norte-americana<sup>270</sup>, de que provieram o modelo federativo, o sistema de governo presidencialista e a acentuada influência positivista. Não se mostraria dificultoso inferir que também o órgão de cúpula do novel Estado republicano assumiria as feições da Suprema Corte estadunidense, que D. Pedro II reputava ser “o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana”.<sup>271</sup> Destarte, pensamos conveniente bosquejar a evolução ideológica por que passou esse tribunal para, no correr do presente capítulo, traçar paralelos com o Supremo Tribunal brasileiro, nele inspirado.

Semelhantemente ao Brasil, que herdou o desenho de suas instituições políticas da metrópole portuguesa, os Estados Unidos recepcionaram, como ex-colônia inglesa, a estrutura política da Inglaterra, sobre que incidiram certas adaptações, tais como as formas republicana e federal e o sistema presidencialista. A mais notável distinção, além destas, residiu precisamente no vigor de que foi imbuída a Suprema Corte, materializado na possibilidade – um tanto resistida pelos britânicos<sup>272</sup> – de seus Juízes invalidarem leis confeccionadas por outro Poder – o Legislativo – mesmo que sua Constituição silenciasse quanto à atribuição desse múnus.

---

<sup>268</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 93.

<sup>269</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional. **Revista de informação legislativa**, n. 135, jul./set. 1997, p. 185.

<sup>270</sup> Rui Barbosa, ainda no início de nossa República, afirmava que a Constituição brasileira de 1891 era filha do direito americano (BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2004, p. 19).

<sup>271</sup> *Apud* BALEEIRO, *op. cit.*, p.19.

<sup>272</sup> Não obstante, Oswaldo Palu (*op. cit.*, p. 51) e William Rehnquist (REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York: Vintage Books, 1987*op. cit.*, p. 30) reconhecem precedentes judiciais na Inglaterra sobre o controle dos atos estatais realizados por seus órgãos jurisdicionais. Rui Barbosa (*op. cit.*, p. 23-4), mais além, defendendo a existência efetiva de uma Constituição inglesa, a determinar plagas à soberania do Parlamento, indica diversas decisões judiciais daquele país que limitaram atos parlamentares, quando contrários ao direito consuetudinário ou repugnantes à razão e à equidade natural.

Antes, porém, de se firmar a jurisprudência do controle constitucional das leis, atravessou a Suprema Corte uma década de quase absoluta inatividade. Somente sob a presidência de John Marshall, homem político e líder arguto, é que, sob o pretexto da premente necessidade da unificação nacional, cresceu a Corte Suprema a ponto de desempenhar importante papel político, na medida em que decidia os “conflitos entre os atos do Governo e a Constituição.”<sup>273</sup>

Com efeito, mal se passavam dois anos de sua nomeação como *Chief Justice* e Marshall já consignava a doutrina da revisão judicial das leis, posteriormente identificada como “*judicial review*”, “supremacia do Judiciário” ou o “governo dos Juízes”. Em 1803, portanto, no comentado caso *Marbury v. Madison*, proclamava a Corte o entendimento de que “a fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio inerentemente essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei repugnante à Constituição é nula, princípio esse que vincula os Tribunais e os Ministérios.”<sup>274</sup>

Ganhava vigor, assim, a necessidade de imposição de *freios e contrapesos* aos poderes instituídos (dentre eles o Judiciário), para responder à percuciente indagação lançada por John Marshall: “*To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained?*”<sup>275</sup>

Desse modo, adotou aquele tribunal, corajosamente, a tese de que pode ele averiguar a conformação às prescrições constitucionais não só das decisões de órgãos judiciários inferiores, mas também das leis e atos normativos oriundos de outros Poderes democráticos, posição cujo fundo político se faz perceber sem qualquer dificuldade. Ademais disso, a citada decisão acabou por expressar “*la fórmula política de un Estado recién nacido,*

---

<sup>273</sup> *Apud* SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], p.256.

<sup>274</sup> *Apud* BALEEIRO, *op. cit.*, p. 36.

<sup>275</sup> *Apud* REHNQUIST, *op. cit.*, p. 33. Segundo traduzimos: “Para que propósito os poderes são limitados, e para que propósito essa limitação é escrita, se esses limites podem, a qualquer tempo, ser desrespeitados por aqueles que se pretende restringir?”

*que busca consolidar su permanencia y estabilidad recortando las tendencias centrífugas de los Estados miembros de la Unión.*”<sup>276</sup>

O longo reinado de Marshall duraria trinta e quatro anos, malgrado seu legado tenha se estendido por mais um século, tanto que, como nos reporta Aliomar Baleeiro<sup>277</sup>, há registro de setenta e um casos de declaração de inconstitucionalidade de leis do Congresso entre os anos de 1865 e 1936. No entanto, não se resumiu a isso sua contribuição na politização da Corte: assumiu aquele egrégio tribunal o imponente papel de defesa da estrutura política federativa<sup>278</sup>, firmada sobre o terreno fértil da unidade econômica, em que sobressaía o cuidado com a tutela da propriedade. Com a morte de Marshall, Taney assumiu seu lugar como *Chief Justice*, deslocando a primazia da propriedade para os demais “direitos, liberdades e garantias individuais da corrente democrática do país”,<sup>279</sup> sem, contudo, lograr arrefecer a supremacia judiciária incitada por Marshall.

Enquanto esta supremacia sobreviveu, assistiu-se a um assoberbamento da função jurisdicional, na medida em que os *justices* não apenas desempenhavam o controle de constitucionalidade das leis, mas também discutiam a própria conveniência da adoção das políticas legislativas, em arroubo de poder tão notável que não poucos identificaram a Suprema Corte com um “superlegislativo”. Ampliavam, pois, o lacônico texto da Constituição norte-americana para lhe imprimir, sob a forma de *constituição viva* – ou seja, integrada pelos acórdãos interpretativos da Corte Suprema – a interpretação que mais lhes aprazia.

Os conturbados anos do fim do século XIX e do limiar do século XX forçaram uma crescente aceitação da intervenção do Estado, por meio do Poder Executivo, no campo econômico, que não se coadunava com a irrestrita submissão dos atos políticos ao alvedrio dos Juízes da Suprema Corte americana. O marco jurisprudencial que representou a evolução

---

<sup>276</sup> VERDU, *op. cit.*, p. 24.

<sup>277</sup> *Op. cit.*, p. 36.

<sup>278</sup> Por ocasião do acórdão *Mac Culloch v. Maryland*.

<sup>279</sup> *Apud* BALEEIRO, *op. cit.*, p. 40.

desse tribunal da supremacia para a moderação é assentamente apontado pelos constitucionalistas ianques como sendo o caso *Lochner v. New York*. Em seu bojo, sobressaiu a eminência do *Justice* Oliver Wendell Holmes, quando repeliu veementemente que os rumos políticos da nação fossem ditados *exclusivamente* pela Suprema Corte, lançando mão do célebre discurso:

“Há cerca de setenta e cinco anos eu aprendi que não era Deus. E assim, quando os habitantes dos vários estados desejam fazer alguma coisa que a Constituição não proíbe expressamente, eu digo, quer eu goste ou não: - Que se danem, se querem fazer que o façam!”<sup>280</sup>

A tese da moderação judiciária foi pugnada, do mesmo modo, pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, que rechaçou definitivamente, de maneira por vezes antiética e desleal, o controle da política americana por um órgão não eletivo – como é a Suprema Corte – e com discutível – para ele – aptidão para solucionar litígios de natureza política. Tão impetuosa foi sua pregação que, ainda hoje, percebe-se certa relutância da Suprema Corte em apreciar causas políticas, o que terminou por deslocar a solução do problema de tal legitimação de um extremo para outro. À guisa de ilustração, o *Justice* William Rehnquist, qualificando o colega Potter Stewart como um dos menos influenciados por considerações estranhas aos aspectos estritamente legais dos casos que apreciava, reputa-o exemplo de juiz quinta-essencial<sup>281</sup>.

## 5.2 ESPECIFICIDADE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Não olvidamos reconhecer, destarte, os riscos que circundam o Judiciário no exercício da missão que lhe endereça a Constituição. Contudo, ao prolatar decisões com larga repercussão política – pelos critérios esposados neste estudo – o Supremo Tribunal Federal não se equipara aos órgãos políticos *stricto sensu*, porque a produção de seus atos atende a um

---

<sup>280</sup> *Apud* SCHWARTZ, *op. cit.*, p.260.

<sup>281</sup> REHNQUIST, *op. cit.*, p. 226.

método particular, próprio, qual seja o método de jurisdição constitucional, que representa, conforme a concisa lição de André Ramos Tavares, “a somatória de um conjunto de elementos tal como a decisão juridicamente fundamentada e racionalizada, ponto esse evidentemente distintivo, com relação à decisão política [dos demais Poderes, entenda-se].”<sup>282</sup>

No mesmo sentido, já Rui Barbosa, em discurso proferido no terceiro lustro do século XX perante o Instituto dos Advogados, proclamava:

“Tôda a história dos Estados Unidos, em suma, está cheia da ação política da Suprema Côrte, ação exercida, é certo, sob a reserva severa de formas judiciais, mas nem por isso menos política, assim na sua substância como nos seus resultados.”<sup>283</sup>

Depreende-se, disso, que as “decisões políticas” do STF podem até conter o mesmo substrato – ou produzir os mesmos efeitos – dos atos políticos *stricto sensu*, porém nunca com eles serão confundidas, em razão de sua natureza *jurídica*, seja por seu método, seja por critérios deontológicos e funcionais decorrentes deste método, tais como o quorum exigido em significativa parcela dos julgados<sup>284</sup> e a relativa perenidade dos entendimentos jurisprudenciais, aspectos favoráveis a uma confiável segurança jurídica em nível constitucional.

Impõe-se, portanto, situar as chamadas “decisões políticas” do STF não no sistema *político*, mas no âmbito do sistema *jurídico*, consoante os critérios de distinção esposados no primeiro capítulo. Deveras, os Ministros do STF não são escolhidos para cumprirem *programas partidários* – ou, ao menos, não deveriam ser – como os políticos eleitos pelo povo, e sim os próprios *programas normativos* enfeixados na Constituição. Em outras palavras, mesmo que se reconheça, nas “decisões políticas”, um *programa teleológico* – típico do sistema político – o *fim* nelas identificado não deve ser de partido, ou do Juiz, mas da Constituição e do Estado.

---

<sup>282</sup> TAVARES, *op. cit.*, p. 45.

<sup>283</sup> *Apud* BALEEIRO, *op. cit.*, p.108.

<sup>284</sup> O art. 97 da CR impõe, a qualquer tribunal brasileiro, a concordância da maioria absoluta de seus membros para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, preceito observado pela Lei n.º 9.868/99 (art. 23, *caput*), específica para o STF e a que já fizemos menção.

Partindo do pressuposto de que os efeitos políticos dos julgamentos de nossa Suprema Corte não lhe incutem, necessariamente, tal qualificativo, faz-se mister tecer algumas considerações acerca das conseqüências que esses julgamentos podem provocar. Fala-nos Tércio Ferraz Júnior<sup>285</sup> a respeito da projeção do sentido do direito para o futuro, fazendo crer que o Judiciário de hoje vem, paulatinamente, se afastando do papel neutro de simples análise *retrospectiva* dos direitos que lhe cominava a clássica tripartição dos Poderes, para assumir uma clara responsabilidade *prospectiva* – o que vem demonstrar uma preocupação elogiável com os efeitos que possam engendrar seus julgados.

Niklas Luhmann, por seu turno, já chamava a atenção para a impossibilidade de se estabelecerem “relações causais entre o resultado de uma decisão e as conseqüências que ele trará – esse é um processo de imputação, de cálculo atributivo.”<sup>286</sup>

Esse cuidado, entretanto, não pode ser olvidado. Aliomar Baleeiro<sup>287</sup> nos noticia que, já no caso *Mississippi v. Johnson*, nos idos do terceiro quartel do século XIX, a Suprema Corte americana exprimia explícita preocupação sobre as seqüelas políticas de seu julgado. A justificativa para tanto é comezinha: em virtude da incidência generalizada e da pujança de suas decisões para orientar – ou mesmo impelir – a jurisprudência nacional e até a produção legislativa, deve o Supremo Tribunal se municiar da mais estudada cautela, sob pena de um entendimento seu ocasionar sérias convulsões sociais, materializadas por condutas não suportadas sem repreensão pelo Estado democrático, ou desmedido afluxo de causas para o Judiciário em todo o território nacional. Prova disso faz Guilherme da Fonseca, citando diversas situações em que os acórdãos do Tribunal Constitucional português foram levados em conta na produção legislativa em Portugal, para concluir pela indubitabilidade da

---

<sup>285</sup> FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 45.

<sup>286</sup> *Apud* GUERRA FILHO. **Autopoiese (...)**, *op. cit.*, p. 102.

<sup>287</sup> BALEEIRO, *op. cit.*, p. 112.

legitimidade do Tribunal Constitucional e pelo relevo de seu relacionamento institucional com os órgãos legislativos.<sup>288</sup>

Em solo pátrio, para ressaltar a preocupação com as conseqüências dos julgamentos do STF, Edilson Nobre Júnior relaciona diversos acórdãos dessa corte em que se temperava o dogma da nulidade *ex tunc* das leis julgadas inconstitucionais, “considerando que a tutela da boa fé implica na necessidade de se resguardarem efeitos produzidos, durante largo espaço de tempo, pela lei ilegítima, cuja presunção de validade perdurou até o reconhecimento da sua inconstitucionalidade”<sup>289</sup>. Por conseguinte, a Lei n.º 9.868/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento das ações diretas de constitucionalidade perante essa corte, previu, expressamente, a possibilidade de o Supremo restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou mesmo de outro momento que venha a ser por ele fixado (art. 27), impingindo-lhe certa *responsabilidade* por algum controle sobre seus atos, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Dessa forma, sobressai, mais que a função *corretiva*, o papel *preventivo* desse altaneiro tribunal no exercício da jurisdição constitucional, como já se manifesta, hoje, no âmbito das ações coletivas.

Ademais, nossa Corte Suprema vem firmando entendimento de que não apenas o *dispositivo* de suas decisões, mas também sua *fundamentação* faz coisa julgada, com eficácia vinculante, nos termos da decisão de apreciação do pedido de concessão de medida liminar, feita pelo Ministro Celso de Mello com maestria:

“O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade

---

<sup>288</sup> FONSECA, Guilherme da. O papel da jurisprudência constitucional. **Perspectivas constitucionais**; nos 20 anos da Constituição de 1976. org. Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 1.051.

<sup>289</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 222, out./dez. 2000, p. 171.



proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa.

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da *transcendência dos motivos que embasaram a decisão* proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria *ratio decidendi*, projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (*O Controle Concentrado de Constitucionalidade*, p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de Alexandre de Moraes (*Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas).

Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário (Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; Oswaldo Luiz Palu, *Controle de Constitucionalidade*, p. 50/57, 1999, RT; Ritinha Alzira Stevenson, Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz, *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia*, p. 98/104, 1989, Atlas; André Ramos Tavares, *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.).

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de *guarda da Constituição* (CF, art. 102, *caput*), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas

no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema.”<sup>290</sup>

Há de se destacar, por oportuno, que o acima aludido papel preventivo só pode ser cumprido à altura de sua relevância se for depurada a atuação do STF quando se desincumbe do amplo rol de competências que a Constituição lhe confiou<sup>291</sup>. A *crise de quantidade* denunciada por Julia Ximenes<sup>292</sup> pode ser perfeitamente compreendida através do cotejo de dados estatísticos: em 1998, o STF recebeu 21.000 processos; no ano de 2002, as ações ajuizadas perante este tribunal chegaram a atingir o incrível número de 160.453, longinquamente superior aos oitenta e oito casos julgados pela Suprema Corte dos EUA, 250 pelo equivalente espanhol, 340 pelo Conselho Constitucional francês e 800 pelo Tribunal Constitucional português, todos no ano de 2001.<sup>293</sup>

Essa crise foi enfrentada nos Estados Unidos, em grande parte, pela iniciativa do *Chief Justice* William Howard Taft, que, já tendo sido Presidente americano anteriormente, se destacou por sua ação administrativa. Encontrando Howard Taft grande atraso nos julgamentos da Suprema Corte norte-americana, “esforçou-se muito em favor da adoção da Lei Judiciária<sup>294</sup> de 13 de fevereiro de 1925, que restringiu fortemente a sua jurisdição obrigatória e alargou-lhe a jurisdição discricionária, através do *certiorari*.”<sup>295</sup> Escolhendo os casos que vai apreciar<sup>296</sup>, esta corte acaba por produzir sentenças com ampla e duradoura ressonância social – a ponto de serem elas popularmente conhecidas pelo nome.

---

<sup>290</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 2.986-SE, Brasília, DF, Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 18-03-05, Informativo do STF n.º 244.

<sup>291</sup> Oswaldo Palu (*op. cit.*, p. 316) chega a apontar na transformação do STF em uma autêntica corte constitucional, entendida esta como situada fora da estrutura orgânica do Poder Judiciário, uma forma de evitar a judicialização da política – com o que concordamos, desde que mantida a natureza *jurídica* da função exercida por essa corte.

<sup>292</sup> XIMENES, Julia Maurmann. A crise do Supremo Tribunal Federal sob uma ótica democrática. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 47, abr./jun 2004, p. 275.

<sup>293</sup> BARROS, *op. cit.*, p. 43.

<sup>294</sup> *Judiciary Act*.

<sup>295</sup> RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 99.

<sup>296</sup> O *Justice Rehnquist* (*op. cit.*, p. 224) destaca, dentre as funções da Suprema Corte norte-americana, a de escolher, dentre mais de 7000 *petitions of certiorari*, algo em torno de 100 casos em que o *certiorari* (vocábulo que, em latim, significa ‘ser reclamado’) é concedido.

No Brasil, a Constituição de 1967, em seu art. 119, § 1.º, parecia pretender delegar ao STF a eleição, no bojo de seu regimento interno, das causas que se submeteriam a seu crivo por meio de recurso extraordinário, atendendo, dentre outras circunstâncias, à *relevância da questão federal*, no que se poderia vislumbrar certa similitude com o *certiorari* norte-americano. Entretanto, os elaboradores da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, quiçá cientes do perigo dessa abertura para a manutenção dos elevados poderes concentrados nas mãos do Presidente da República, suprimiu esse possível condicionante, de modo que somente com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004, que encarta a chamada “reforma do Judiciário”, é que se criou efetivo mecanismo de seleção das causas a serem julgadas pelo Supremo, uma vez que, doravante, o recorrente em Recurso Extraordinário deverá demonstrar a *repercussão geral*<sup>297</sup> das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o STF examine a admissão do recurso (art. 102, § 3.º) e, desse modo, contenha a avalanche de Recursos Extraordinários e respectivos Agravos de Instrumento (em caso de não acolhimento daqueles) que abarrotam este tribunal.

Ainda assim, estando tal requisito de admissibilidade recursal a depender dos “termos da lei”, dificilmente se alcançará a liberdade de escolha de que gozam, no exame das petições de *certiorari*, os *justices* da Suprema Corte norte-americana.

Convém advertir, por seu turno, que o controle de constitucionalidade capitaneado por nossa Corte Suprema deve ser efetivado por intermédio da Hermenêutica Constitucional, com todas as suas peculiaridades e em virtude da qual apenas se *declaram* a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos, gizando balizas dentro das quais se permite engendrar a discricionariedade do Administrador, e não se *prescreve*, minudentemente, todas as *condutas* que deverão assumir os demais Poderes – ao menos no

---

<sup>297</sup> Idéia próxima ao que a Suprema Corte norte-americana denomina *general importance* (REHNQUIST, *op. cit.*, p. 235).

que concerne à criação jurídica que lhes compete. Não se prescrevem, igualmente, todos os *efeitos* da declaração de inconstitucionalidade, sob pena “de as folgas democráticas de apreciação política serem restringidas a ponto de os tribunais constitucionais merecerem a censura de se arvorarem em *superlegisladores*.”<sup>298</sup>

Nesse particular, parece oportuna a discussão sobre a possibilidade de uma corte constitucional poder declarar a chamada *inconstitucionalidade por omissão*. Segundo Oswaldo Palu<sup>299</sup>, o constituinte, quando estabelece uma norma não aplicável, condiciona uma regra que edita a um juízo de oportunidade, consistente em determinar em que momento convém que aquele mandamento suspenso deva tornar-se eficaz, no que identifica um juízo de natureza *política* inconteste.

Não obstante, como já frisado anteriormente, o só fato de uma decisão judicial repercutir no sistema político ou servir como instrumento de ação política não o desnatura como produto legítimo do centro do sistema *jurídico* – desde que produzida segundo sua específica forma de comunicação, para que o Direito possa “pensar nos problemas da democracia, da repercussão política e da correção das decisões políticas a partir de suas referências.”<sup>300</sup>

No Brasil, o STF parecia caminhar para a assunção dessa missão política, à vista da veemência com que o Ministro Celso de Mello<sup>301</sup> combatia o que chamou de *erosão da consciência constitucional*, derivada de qualquer prática do Poder Público atentatória à Constituição, como abaixo transcrito:

“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a

---

<sup>298</sup> CANOTILHO, Jurisdição constitucional (...), *op. cit.*, p. 883.

<sup>299</sup> PALU, *op. cit.*, p. 133.

<sup>300</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 161.

<sup>301</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.484-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 28-08-01, Informativo do STF n.º 244.

Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. Celso de Mello (Pleno).

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional.

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.”

Entretanto, no ensejo de analisar os efeitos que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, resultam da declaração, pelo STF, do estado de mora constitucional, terminou este tribunal esvaziando tão preciosa constatação e, por conseguinte, a própria utilidade da declaração de inconstitucionalidade por omissão, uma vez ter reconhecido que:

“O reconhecimento formal, em sede de ação direta, mediante decisão da Suprema Corte, de que o Poder Público incorreu em inadimplemento de obrigação fixada no texto da própria Constituição, somente autoriza o STF a dirigir-lhe mera comunicação, ainda que em caráter admonitório, para cientificá-lo de que se acha em mora constitucional, ressalvado o caráter

mandamental dessa mesma decisão, quando se tratar, excepcionalmente, de órgão administrativo, hipótese em que este terá que cumprir a determinação da Corte, ‘em trinta dias’ (CF, art. 103, § 2.º).

O Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato, ao declarar a situação de inconstitucionalidade por omissão, não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada - ou editada de maneira incompleta – pelo Poder Público.”

O mesmo destino mereceu o mandado de injunção, previsto no art. 5.º, LXXI, da CR, consoante nos relata Edilson Nobre Júnior em posição crítica, por defender ele “a possibilidade de concessão judicial da vantagem não fruída pelo cidadão por ausência da *interpositio legislatoris*, tecendo-se a norma retora da situação do impetrante.”<sup>302</sup>

Com isso, desperdiçou-se valiosa oportunidade de encarecer a importância de nossa corte suprema como guardiã da Constituição. Dispensavam-se, para tanto, as referências a outros subsistemas sociais – principalmente o político – bastando, para tanto, que uma decisão que expedisse provimentos normativos tendentes à supressão de uma omissão do Poder Público se limitasse a fazer uso do código binário específico do sistema *jurídico*, vale dizer, buscasse na *licitude* e, em última instância, na *constitucionalidade* de seu provimento o fundamento e os limites de sua atuação supletiva, até que o ente público faltoso fizesse cessar sua própria omissão.

Finalmente, resta-nos aduzir que mesmo a interpretação constitucional, para ser legítima, deve obedecer a certas linhas, condensadas no sistema de valores albergados pela Constituição, afinal, conforme lembrado por Canotilho, a *norma de decisão*, como resultado do processo de concretização normativo-constitucional, “não é uma *grandeza autônoma*, independente da norma jurídica, nem uma *decisão* voluntarista do sujeito de concretização;

---

<sup>302</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Independência dos poderes no regime democrático e as exigências da sociedade hodierna. *Revista do Curso de Direito da UFRN*, v. 1, EDUFRN, Natal, jul. 1996, p. 57.

deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral”<sup>303</sup>. Ensina-nos André Tavares, mais uma vez com brilhantismo, que o Supremo Tribunal Federal, a exemplo de qualquer Tribunal Constitucional,

“não poderá, contudo, eleger interpretações que não estejam compreendidas no próprio objeto interpretado. Neste sentido, a letra da lei considera-se o ponto de partida e o limite máximo da interpretação constitucional.”<sup>304</sup>

Semelhante pensamento é esposado por Campilongo, manuseando a terminologia própria de Luhmann, e abaixo transcrito:

“Uma coisa é reconhecer que os operadores do direito têm valores políticos, origens sociais e hábitos profissionais que condicionam sua visão do sistema jurídico. Outra, muito distinta, é não perceber que as estruturas do direito, inclusive e principalmente seu código e os programas que o implementam, operam dentro de limites que, se estão longe de neutralizar a decisão judicial de qualquer carga ideológica – o que é tanto impossível de ser obtido quanto indesejável – conseguem precisar formas, procedimentos e funções que só o direito é capaz de processar.”<sup>305</sup>

É nesse cenário que aparece a discussão sobre ser a Constituição entendida pelos tribunais constitucionais como um *sistema de normas* ou como uma *ordem de valores*, “cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o *texto*, mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional”<sup>306</sup>. Canotilho, porém, adverte que a utilização de um discurso moral realizador-concretizador de valores pode, em vez de combater a expropriação do Direito pela Política realizada pelos legisladores, “transformar os tribunais em instâncias autoritário-decisórias transportadoras de uma *compreensão paternalista e moralizante* da jurisdição constitucional.”<sup>307</sup>

Desse modo, a inadequação orgânico-funcional da Jurisdição Constitucional para qualquer tipo de decisão constitui outro limite natural a sua atuação<sup>308</sup>, para que não assuma, sem risco de comprometer sobremaneira a autonomia do sistema jurídico, a

---

<sup>303</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional (...)**, *op. cit.*, p. 1.208.

<sup>304</sup> TAVARES, *op. cit.*, p. 115.

<sup>305</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 182.

<sup>306</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional (...)**, *op. cit.*, p. 1.184.

<sup>307</sup> CANOTILHO, *Jurisdição constitucional (...)*, *op. cit.*, p. 879.

<sup>308</sup> PALU, *op. cit.*, p. 106.

impraticável missão de proteger, sozinho, o cidadão contra uma legislação sem controle e contra uma administração gigantesca<sup>309</sup>, circunstâncias que levariam as decisões judiciais à deslegitimação ou à ineficiência.

### 5.3 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DOS DEMAIS PODERES

Mesmo sendo poupado nosso Supremo Tribunal Federal da perscrutação acerca de sua legitimidade democrática para proferir decisões políticas de controle constitucional da criação jurídica dos demais Poderes – já enfrentada no correr deste trabalho – não se furta esse colendo tribunal de perigosas vicissitudes hábeis a lhe enodoar a imagem que, historicamente, tem sustentado: a serenidade, a erudição e experiência de seus membros, a independência.

De fato, tão intrigantes são as questões julgadas pelo STF em nível de jurisdição constitucional e tão generalizados são seus efeitos em termos espaciais, que somos forçados a reconhecer que, ao processo de desneutralização – ou de politização – pelo qual passou, seguiu-se uma mais acentuada exposição da Suprema Corte brasileira à crítica pública<sup>310</sup> e à ânsia depravadora dos Poderes Executivo e Legislativo pela concentração de mais poder em suas mãos. Atento a tal sujeição, assinala insensível o constitucionalista Claudius Johnson, a respeito da Suprema Corte norte-americana:

*“Enquanto a Côte Suprema decidir questões de alta política (como ela o faz por meio do poder de declarar a inconstitucionalidade das leis), os partidos e os interesses no poder procurarão controlá-la e eventualmente a controlarão.”*<sup>311</sup>

---

<sup>309</sup> PALU, *op. cit.*, p. 98.

<sup>310</sup> Eerik Lagerspetz defende que a posição ocupada por um tribunal supremo de um país se assemelha à do soberano na teoria jurídica hobbesiana-austiniana, de modo que tal tribunal teria “deveres imperfeitos”, ligados a sanções não jurídicas, assemelhadas a “reações críticas” (LAGERSPETZ, Eerik. Normas y sanciones. *In*: AARNIO, Aulis, VALDÉS, Ernesto Garzón, UUSITALO, Jyrki (comps.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 60).

<sup>311</sup> *Apud* BALEEIRO, *op. cit.*, p.43.



Há, nesse sentido, copiosos registros de tentativa espúria de controle das decisões do nosso Supremo Tribunal Federal, que nos permitimos reproduzir literalmente por simples apego à fidelidade histórica.

Conforme já aduzido anteriormente, foi buscar na Suprema Corte americana seus traços fundamentais o nosso Supremo Tribunal Federal, o que se evidencia pela competência que lhe atribui a Carta Magna de 1891<sup>312</sup>, hodiernamente enquadrada nas lindas da jurisdição constitucional. Acentua essa investidura o saudoso jurista potiguar Seabra Fagundes<sup>313</sup>, ao louvar a menção expressa de nossa primeira Constituição republicana – o que não ocorreu com a Constituição americana e, como visto, engendrou intermináveis discussões jurídicas e políticas – em incumbir o Supremo Tribunal de cotejar as leis e demais atos normativos com a Carta Constitucional (art. 59, § 1.º, e art. 60, *a* e *b*), com vistas à prevalência desta, ainda que tal controle só fosse exercido por via de defesa. Com efeito, continua esse jurista, atribui-se ao colendo tribunal a “capacidade de, interpretando juridicamente o texto da Constituição, traçar, em conseqüência, o alcance das diretrizes políticas nele subjacentes.”<sup>314</sup>

Todavia, tamanha iluminação constituinte impeliu os primeiros governantes da República a dirigirem venenosas ofensas ao nosso Supremo Tribunal, desrespeitando abertamente suas decisões e infligindo-lhe, não raro, a pecha de adversário do progresso brasileiro. Talvez um dos motivos para essa desconfiança inicial advenha do fato de terem sido aproveitados os juízes do Supremo Tribunal de Justiça imperial na composição do STF republicano, dentre os quais havia alguns “muito idosos e de espírito conservador, que

---

<sup>312</sup> Muito se deve, neste particular, ao então Ministro Campos Sales que, na Exposição de Motivos do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, organizador da Justiça Federal, consignou que esta “não é um instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame (...)” (*Apud* ALVIM, Fausto Whitaker Machado. Discurso em comemoração do sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.515, set. 1978, p.467.

<sup>313</sup> FAGUNDES, Seabra. A função política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 49/50, p.7-14, jan./jun. 1979, p. 8.

<sup>314</sup> FAGUNDES, *op. cit.*, p. 8.

aderiram à República, mas cuja mentalidade permaneceu no passado, sem adesão convicta ao sistema que se implantava.”<sup>315</sup> Entretanto, “pouco mais de um ano depois de instalado, o STF já se achava renovado de quase a metade, com sucessivas aposentadorias.”<sup>316</sup>

Agravou-se, no alvorecer da República, a perigosa animosidade tão absurdamente que o auto-intitulado Marechal Vice-Presidente da República Floriano Peixoto, em meio ao clima de instabilidade política experimentado em seu governo,

“deixou de prover sete vagas do Supremo, impossibilitando praticamente o funcionamento da Corte, ao tempo em que protelava a posse que, perante êle, deveria tomar o presidente dela, e deixava de designar o procurador-geral da República [escolhido dentre os Ministros].”<sup>317</sup>

Ao lado das manifestas atitudes de desrespeito ao STF encetadas no governo do Marechal Floriano Peixoto, anos mais tarde um outro Presidente, Hermes da Fonseca, “comunicaria ao STF a recusa do Governo em cumprir acórdão seu e reivindicaria para o Presidente da República, em pé de igualdade com a Corte, competência, como executor da lei, de intérprete da Constituição.”<sup>318</sup>

Neste momento histórico, avultou a figura de Rui Barbosa, incansável defensor das garantias e liberdades públicas no país e, em conseqüência que lhe parecia lógica, do próprio Supremo Tribunal Federal. O “promotor público da Constituição”, por meio de sua cultura infundável e de sua eloqüência apaixonada e apaixonante, fazia do púlpito seu posto de batalha contra a ignóbil sujeição política que acometia o tribunal que nunca deixou de exaltar. De suas defesas brotaram magníficas teses jurídicas que imprimiram ao Supremo Tribunal uma evolução impávida e sobranceira em direção à assunção de sua inata função de garante da Constituição republicana.

Uma dessas teses resultou na chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que ampliava a utilização desse remédio constitucional para os prados das reivindicações

---

<sup>315</sup> XIMENES, *op. cit.*, p. 271.

<sup>316</sup> *Id.*, *ib.*.

<sup>317</sup> *Apud* BALEEIRO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>318</sup> *Apud* FAGUNDES, *op. cit.*, p.10.

políticas; posteriormente, a referida doutrina desembocou na arejada criação do *mandado de segurança*, finalmente insculpido da Constituição de 1934 (art. 113, XXXIII).

Com o advento do Estado Novo,

“o STF perdeu muito de sua autonomia, inclusive com a punição para os Ministros que se manifestassem contrariamente ao movimento. O sistema de controle da constitucionalidade passou a existir apenas no papel, como toda a estrutura legal que pretendia legitimar o governo.”<sup>319</sup>

A própria Constituição outorgada de 1937, rompendo a tradição jurídica republicana, previu a possibilidade de o Presidente da República, diante da declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei que, a seu juízo, fosse “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, submetê-la novamente ao exame do Parlamento, que, confirmando-a, tornaria sem efeito a decisão do tribunal (art. 96, parágrafo único), em acintoso desprestígio do Judiciário pátrio, tornado refém, nesse particular, da vontade dos governantes do país – levando Pontes de Miranda a identificar nessa Constituição a eliminação do princípio da separação e independência dos poderes<sup>320</sup>. Lembra-nos Gilmar Mendes que essa faculdade “acabou por ser exercida diretamente pelo ditador mediante a edição de decretos-leis”<sup>321</sup>, como o Decreto-lei n.º 1.564, de 5 de setembro de 1939, que confirmou os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, e haviam sido julgados inconstitucionais pelo STF, como abaixo transcrito:

“O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo,

Considerando que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais;

---

<sup>319</sup> XIMENES, *op. cit.*, p. 272.

<sup>320</sup> *Apud* PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras**; 1937. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 4, p. 15.

<sup>321</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 16.

Considerando que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão eqüitativa de ônus no imposto,

Decreta:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.

Rio de Janeiro, 5 de setembro de 1939, 118º da Independência e 51º da República.”

Também sob regime ditatorial, o Ato Institucional n.º 5, de 1968, conferindo ao Presidente da República poderes quase ilimitados, “possibilitou a aposentadoria compulsória dos Ministros que não se submeteram ao regime de exceção.”<sup>322</sup>

Antes disso, de maneira mais amena, o Presidente Prudente de Moraes, mesmo havendo cumprido acórdão do STF com o qual não concordava, inaugurou a melindrosa fase de agressão ao Tribunal Supremo por via indireta, conclamando a opinião pública para esse fim, bem ao modo adotado por Roosevelt em face da Suprema Corte americana, conforme já tivemos a oportunidade de comentar. Em mensagem ao Congresso, consignou, imprudentemente, Prudente:

“Não dissimulo que foi grande a minha decepção vendo a ação do Poder Judiciário contrapor-se desta sorte aos efeitos de uma medida que o Governo reputava indispensável, como garantia da ordem (...).”<sup>323</sup>

Recentemente, para não restringirmos o problema ao passado, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso, insurgindo-se contra o aumento salarial de vinte e oito por cento que o Supremo Tribunal concedeu a um grupo de servidores públicos, “acusou os ministros do STF de não pensarem no Brasil.”<sup>324</sup> Semelhante pressão pode ser colhida da recente investida de diversos líderes empresariais ao atual Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, consistente numa “Agenda Mínima para a Governabilidade” que lhe foi entregue, com

---

<sup>322</sup> XIMENES, *op. cit.*, p. 273.

<sup>323</sup> FAGUNDES, *op. cit.*, p.11.

<sup>324</sup> *Apud* POLICARPO JÚNIOR. A lei é o limite (entrevista com José Celso de Mello Filho). **Veja**, São Paulo, ed. 1485, n. 9, mar. 1997, p.9.

o desiderato de “resguardar o crescimento da economia das turbulências no cenário político.”<sup>325</sup>

Inegavelmente, todas as manifestações acima apresentadas são ilegítimas e desleais, quando existentes os meios processuais cabíveis para rechaçar uma decisão da Corte Suprema inquinada de erro, vício ou abuso. Por isso, com mais vigor aplaudimos a isolada conduta do Presidente Nilo Peçanha, que, legando seu exemplo para a posteridade, pontificou:

“Não cabe ao Governo Federal indagar do fundamento ou razão dos atos emanados do Poder Judiciário. Se tais atos, no conceito dos indivíduos por ele atingidos, ou dos governos dos Estados em que são praticados, violam direitos, há na Constituição e nas leis recursos para torná-los inócuos.”<sup>326</sup>

Agindo assim o governo, repelem-se do obscurantismo as pressões políticas sofridas pelo STF e se assegura - ou no mínimo se encarece - um processo judicial democrático e transparente. De outro modo, apelando os órgãos políticos à “sensibilização” do STF aos ditames da *governabilidade*, entendida como decorrente “da existência de um equilíbrio entre as demandas sobre o governo e sua capacidade de administrá-las e atendê-las”<sup>327</sup>, aumenta-se a sobrecarga do sistema jurídico, obstruindo seu ideal autopoietico. Sintomática dessa sobrecarga é o hábito dos governos federais de buscarem, com exagero, soluções políticas para problemas jurídicos, principalmente por meio de amplas reformas constitucionais, como se a Constituição representasse verdadeiro estorvo à concretização dos programas políticos da ocasião.

E como se não bastasse o apelo à *governabilidade*, nos deparamos com a *chantagem econômica* dirigida ao STF e ao Judiciário como um todo, no afã de incutir-lhes a idéia de que suas decisões devem priorizar a consecução de metas econômicas, para fazer baixar o *risco-país*, ou conter a fuga de capitais externos e o aumento de juros, por exemplo,

---

<sup>325</sup> DIRIGENTES da CNI e CNF entregam Agenda Mínima a Jobim. Recuperado em 19 ago. 2005. Disponível na Internet: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=150686&tip=UN&param=>.

<sup>326</sup> *Apud* FAGUNDES, *op. cit.*, p.11.

<sup>327</sup> ZYMLER, *op. cit.*, p. 134.

muitas vezes às custas do sacrifício dos direitos sociais. Desse modo, como nos adverte Nelson Saldanha, “a atividade judicante é atingida pelo rolo compressor dos projetos técnicos, das siglas empresariais, do prestígio das altas instâncias decisórias e do poder financeiro dos altos escalões administrativos.”<sup>328</sup>

A rigor, entretanto, o STF, por ocupar um lugar central no sistema jurídico, deveria buscar soluções *jurídicas* dos problemas políticos – por meio do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos – e econômicos, sempre no sentido da manutenção da autonomia do Direito, a partir da recusa à tentação de utilização exclusiva de critérios e códigos de outros sistemas.

Outrossim, insta verificar que a sujeição dos julgamentos do STF ao exame da opinião pública é tão perigosa quanto o desrespeito, pelos órgãos públicos, dessas decisões. Tal se deve ao *marketing* de manipulação política da própria função política e, de resto, da jurisdicional, reflexo do ar de politicidade que arejou as cortes de justiça com o advento do *Welfare State*, acabando por resultar na tendenciosidade dos magistrados, óbice insopitável a sua imparcialidade.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em preciosa preleção, consigna que a presente preocupação obsessiva dos Juízes em inculir politicidade às suas decisões, em demonstrar independência do Judiciário em face dos outros Poderes e – *a contrario sensu* – em afirmar sua imparcialidade por meio do alheamento ao clamor público, faz com que sua pretensa neutralidade partidária torne-se,

“ela mesma, política, isto é, ela é politicamente contaminada, passando a sustentar-se por meios políticos, como a busca de apoio da opinião pública, a geração de consenso popular, a manutenção da imagem (o juiz “progressista”, a decisão conforme a vontade do povo), a busca do prestígio (a decisão de repercussão nacional, a entrevista na TV) etc..”<sup>329</sup>

---

<sup>328</sup> SALDANHA, **Sociologia (...)**, *op. cit.*, p. 183-4.

<sup>329</sup> FERRAZ JÚNIOR, **O Judiciário (...)**, *op. cit.*, p. 47.

Do mesmo modo, Celso Campilongo reputa os meios de comunicação em massa como uma das mais poderosas armas de descaracterização do sistema jurídico, respondendo pela criação de uma “jurisprudência jornalística”, insuflada por “serviços advocatícios que, deliberadamente, combinam estratégias forenses com o recurso ao escândalo, à exploração da imagem e ao apelo publicitário”<sup>330</sup>, culminando na negligência aos elementos e ao código comunicativo próprio do sistema jurídico – e, com isso, inviabilizando o fechamento operativo que dele se espera.

Com efeito, a maior exposição dos posicionamentos perfilhados pelos membros do STF, própria da transparência exigida pela democracia participativa, pode dar origem a conseqüências indesejáveis, “que vão de uma personalização da atividade judicial (o juiz-herói), a uma expansão da discricionariedade judicial e uma instrumentalização política de um poder neutro (indiferente ao circuito de legitimação eleitoral).”<sup>331</sup>

Talvez por isso nos deparamos, hoje, como em nenhum outro momento histórico, com a divulgação maciça das opiniões pessoais dos magistrados, em geral, e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em particular. Ademais, sua missão política é ilustrada pela freqüência com que seus presidentes figuram como possíveis candidatos a Presidente da República (muitas das vezes – há de se reconhecer – por pura especulação midiática), que nos dias de hoje vitimou o até há pouco Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim<sup>332</sup>, e já ocorreu no passado, como abaixo se vê:

“O Judiciário brasileiro anda meio buliçoso. O ministro Sepúlveda Pertence [ex-Presidente do Supremo Tribunal], que ainda não desceu do palanque, fez a defesa de saques de comida por

---

<sup>330</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 139.

<sup>331</sup> *Id.*, *ib.*, p. 116.

<sup>332</sup> Noticiava-se recentemente: “Com 2006 na cabeça, ambicionando disputar a Vice-Presidência em alguma coligação ou até uma improvável Presidência pelo PMDB, o presidente do STF, Nelson Jobim, passou a ter aulas semanais de economia” (JARDIM, Lauro. O aluno Jobim. **Veja**, São Paulo, ed. 1.910, n. 25, jun. 2005, p. 39) – como se essa ciência não fosse relevante também para o desempenho de sua função jurisdicional...

peças famintas no Nordeste. Além disso, quatro ministros do STF participaram da greve dos professores das universidades federais.”<sup>333</sup>

Não se pode concordar, é certo, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal abram mão dos direitos políticos imanentes à cidadania sob a alegação de só assim se estar asseverando sua esperada imparcialidade inicial. No entanto, não se admite, igualmente, que expressem opções políticas pessoais gratuitamente, com o desiderato precípua de granjear simpatia – ou até votos – dos jurisdicionados, como já advertimos no final do item 5.2. Oswaldo Palu chama a atenção para o perigo de a jurisdição constitucional se auto-restringir, acuado pelo amíúde invocado “clamor público”, uma vez que, “como não existem espaços vazios na decisão política, o poder econômico e a mídia (especialmente a mídia eletrônica de massa) acabarão induzindo a decisão política.”<sup>334</sup>

Assiste mais uma vez, por conseguinte, razão a Ferraz Júnior, ao posicionar o maior risco da repolitização do Judiciário em “uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo”<sup>335</sup>, mesmo porque, em muitos casos, as grandes questões de Estado devem ser decididas por magistrados autônomos, “baseados em informações profissionais e imunes ao brilho ofuscante e à pressão do debate público”<sup>336</sup>. Ainda assim, não temos dúvida de que se trata de risco que, responsabilmente, havemos de correr.

#### 5.4 CONTROLE DOS ATOS DE GOVERNO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Se uma análise aprofundada acerca das atribuições políticas de que se incumbem o Supremo Tribunal Federal não mais permite controvérsia quanto à legitimidade processual desse órgão para proferir decisões políticas, mesmo porque as Constituições mais modernas –

---

<sup>333</sup> *Apud* GOIS, Ancelmo. Assanhamento. **Veja**, São Paulo, ed. 1546, n. 19, maio 1998, p. 28.

<sup>334</sup> PALU, *op. cit.*, p. 299.

<sup>335</sup> FERRAZ JÚNIOR, O Judiciário (...), *op. cit.*, p. 47.

<sup>336</sup> PETTIT, *op. cit.*, p. 381.



como a nossa – prevêem expressamente tais atribuições, cumpre-nos discutir em que extensão se prolonga a jurisdição constitucional, ou seja, até que ponto pode o STF se imiscuir nos atos que competem, privativamente, aos legisladores e, principalmente, aos Administradores públicos.

É sabido que a Constituição brasileira é coalhada de normas programáticas e de eficácia limitada, já que “dependem de uma providência ulterior (lei integrativa, processo especial etc.) que lhe complete a eficácia e disponha sobre sua aplicação.”<sup>337</sup> Assim, compete ao legislador ou até ao administrador público a elaboração de lei ou ato normativo que integre o mandamento constitucional limitado.

Nessa atividade de patente criação jurídica, permite-se-lhes eleger a opção política – dentre as que os limites constitucionais possibilitam – que se mostra, segundo seu ponto de vista e as circunstâncias históricas, mais conveniente. Em tal campo, não há que se admitir a ingerência do Supremo Tribunal, senão para a preservação dos citados limites, pois que sua função precípua é de “guardião da Constituição”, e não de veículo de divulgação das opiniões políticas próprias de seus integrantes. Eis por que Campilongo admite que a discricionariedade judicial é dependente da – e, portanto, limitada pela – definição política das metas traçadas pelo legislador<sup>338</sup>.

No mesmo sentido, há de se ressaltar a advertência feita por André Tavares, para quem é descabido

“aceitar que um Tribunal Constitucional, quando tivesse de decidir as questões constitucionais, muitas de graves conseqüências para a sociedade, se baseasse exclusivamente em critérios puramente pessoais dos juízes, de simpatia, de opção política, de ideologia, de ordem religiosa ou filosófica.”<sup>339</sup>

De uma só vez, ao que nos parece, logra esse autor expurgar a jurisdição constitucional de duas ameaças a sua perfeição: o “governo dos Juizes” – tal como entendido

---

<sup>337</sup> SILVA, José Afonso da. Normas constitucionais. In: **A norma jurídica**. coord. por Sergio Ferraz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p.47.

<sup>338</sup> CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 149.

<sup>339</sup> TAVARES, *op. cit.*, p.48.

mormente no século XIX nos Estados Unidos – em que não se impusessem quaisquer freios constitucionais ou legais aos entendimentos esposados pelos Juízes; e o partidatismo, que já nos ocorreu de repelir em linhas passadas.

Há de se observar, entretanto, que o receio fomentado pelos *interpretativistas* norte-americanos – para os quais a Constituição tem uma estrita função de instrumento de governo – de que a objetividade interpretativa seja perturbada pelo fato de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos, perde força, já que, conforme lembrado por Canotilho, “a interpretação da *constituição* faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma actividade interpretativa dotada de tendencial objectividade”<sup>340</sup>, sem resvalar, porém, para uma Jurisdição Constitucional que absolutize determinada opção política ou econômica<sup>341</sup>.

Verifica-se, pois, que a liberdade dos membros dos Poderes estatais “políticos” – *stricto sensu* – cinge-se aos *limites constitucionais*, ressalva que, aí sim, convoca o STF para analisar a validade dos atos dos demais Poderes frente aos princípios do Estado democrático de Direito, insculpidos na Constituição. Donde se identifica a doutrina da “constitucionalização do político”, que tem inspirado o teor das Cartas Magnas mais arejadas do mundo contemporâneo, razão de ter Rui Barbosa saudado o STF como “um veto permanente aos sofismas opressores da Razão do Estado”<sup>342</sup>, reconhecendo, assim, sua destacada missão política, desde que considerada – como o fizemos no final do tópico 2.2 – a Política como a autêntica razão do Estado.

Tal advertência se justifica em face de, historicamente, terem se dirigido grandes cautelas a que órgãos jurisdicionais se imiscuam no controle constitucional dos atos administrativos, primeiramente, e até na luta pela implementação dos direitos sociais

---

<sup>340</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional (...)**, *op. cit.*, p. 1.183.

<sup>341</sup> PALU, *op. cit.*, p. 84.

<sup>342</sup> *Apud* ROCHA, O Supremo (...), *op. cit.*, p. 186.

constitucionalmente assegurados, idéia que vem granjeando cada vez mais numerosos e efusivos adeptos – inclusive nas cortes de justiça.

Já havemos de ressaltar, a partir da análise perfunctória da construção histórica da Suprema Corte estadunidense, que o controle de constitucionalidade dos atos normativos tem se admitido com crescente tranqüilidade. Entretanto, resta perquirir se tal controle aceita limites, e se os chamados “atos de governo” são imunes a esse controle.

Antes de tudo, impende caracterizar o *ato de governo* na esteira do que faz Odete Medauar, vale dizer: a) é ato da Administração que provém da autoridade ou órgão mais elevado do Executivo; b) diz respeito, sobretudo, ao relacionamento com outros Poderes, com outros países ou com organismos internacionais; e c) refere-se a decisões de alto relevo para o país, o Estado-membro ou o Município.<sup>343</sup> Não é por acaso, portanto, que os *atos de governo* busquem sua fonte de emanção diretamente na Constituição – carta que enfeixa as matérias aludidas nas alíneas *b* e *c* acima – independentemente de qualquer habilitação legislativa intermediária, e por isso são necessariamente praticados pelo Chefe do Poder Executivo, ou por ele delegados<sup>344</sup>.

Como, por vezes, atos que tais têm seu conteúdo situado na órbita da *discricionariedade* do Administrador, uma vez que não constituem mera *execução* de leis prévias<sup>345</sup>, havia certa rejeição a aceitar que o Judiciário pudesse se imiscuir nessa esfera, sob o argumento de representar atentado ao equilíbrio entre os Poderes. Aliás, a origem de tal rejeição remonta, precisamente, ao receio do Conselho de Estado francês, no século XIX, “em

---

<sup>343</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 178. Exemplifica essa autora os atos de governo: apresentação ou retirada de projeto de lei pelo Chefe do Executivo; sanção, promulgação e publicação de leis; veto a projetos de lei; convocação de sessão extraordinária do Legislativo; decretação de intervenção federal; declaração de guerra; decretação total ou parcial de mobilização nacional; celebração da paz.

<sup>344</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Atos políticos ou de governo. *In: Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980, p. 138.

<sup>345</sup> PALU, *op. cit.*, p. 108.

ingressar na análise dos atos praticados pelo governo e, ao mesmo tempo, de seu fundamento político.”<sup>346</sup>

Tal argumento cai por terra diante da simples observação de que o princípio da “repartição das potências”, hoje, já não guarda fiel identidade em relação àquele imaginado por Montesquieu, substituído que foi pelo *sistema de freios e contrapesos*, consoante já advertido no item 5.1 deste estudo.

Há algum tempo se reconhece que a discricionariedade administrativa não significa poder arbitrário, e que, com ela, o Executivo não tem permissão de fazer o que lhe apetece, porquanto limitado pelo *objetivo* que lhe foi definido.<sup>347</sup> Ressoa atual, portanto, a lição de Rui Barbosa, de que o “caráter discricionário de uma função não legitima senão os atos ditados pela natureza de seus fins. A discricção legal no uso de uma atribuição não importa o direito de associar arbitrariamente a ela competências, que ela naturalmente não abrange”<sup>348</sup>. Ademais, tal discricionariedade administrativa deixou de representar, no Estado democrático de Direito, liberdade de atuação do Administrador só limitada pela lei, já que foram acrescentados

“aos limites puramente formais da discricionariedade administrativa (competência e forma) outros limites, principalmente nos países em que o papel do Poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da lei formal, mas se estende à tarefa de criação do direito (Corte Suprema norte-americana e Conselho de Estado francês).”<sup>349</sup>

Além disso, uma vez que o ato de governo constitui *ato jurídico* e, mais precisamente, espécie do gênero do ato administrativo<sup>350</sup>, no sistema jurídico brasileiro, igualmente, *ex vi* do teor do art. 5.º, XXXV, da CR<sup>351</sup>, há de se concluir pela “admissibilidade

---

<sup>346</sup> PALU, *op. cit.*, p. 133.

<sup>347</sup> *Id., ib.*, p. 217.

<sup>348</sup> BARBOSA, *op. cit.*, p. 114.

<sup>349</sup> LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 129.

<sup>350</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 153.

<sup>351</sup> *In verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

da apreciação jurisdicional do ato de governo se deste decorrer lesão ou ameaça a direito”<sup>352</sup>, já que, ao ver de Rios Elizondo, “*es inadmisible, al menos en un Estado de derecho, que un acto, sea cual fuere, al producir consecuencias jurídicas, en prol o en contra el Estado o de los particulares, pueda estar sustraído o fuera del Derecho.*”<sup>353</sup> Não fosse assim, regrediríamos à nefasta era dos *atos institucionais*, quando, por força do art. 181 da Emenda Constitucional n.º 1 à Constituição brasileira de 1967, foram excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da “Revolução”, situando-os não no mesmo nível, mas acima da própria Constituição, que já previa a impossibilidade de a lei excluir do alcance da jurisdição qualquer lesão de direito individual (art. 153, § 4.º).

A análise a ser procedida pelo Judiciário sobre os atos de governo, porém, na terminologia adotada por Oswaldo Palu<sup>354</sup>, nem se caracteriza como *controle de constitucionalidade*, exercido sobre as leis e atos normativos a elas equiparados com vistas a limitar a liberdade de conformação do legislador, nem tampouco se limita a mero *controle de legalidade*, consoante já ressaltado acima. Antes, estão eles submetidos ao chamado *controle de conformidade*, exercido de modo casuístico e difuso, que busca limitar os exercentes da função governativa no que tange à discricionariedade com que faz as opções de políticas públicas e orçamentárias e exerce a direção geral da política estatal, de modo que, além de gerar a invalidade do ato, pode determinar “ordens para atuar ou condenação em obrigação de fazer ou não fazer”<sup>355</sup>.

Não obstante a firmeza da construção teórica do controle de conformidade dos atos de governo pelo Judiciário, acima aduzida, dita construção ainda não goza da mesma

---

<sup>352</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 178. Em Portugal, do mesmo modo, Canotilho (**Direito Constitucional (...)**, *op. cit.*, p. 445) considera segura a aplicação dos princípios da constitucionalidade e da eficácia direta dos direitos fundamentais, previstos, respectivamente, nos artigos 3.º/3 e 18.º/1 da Constituição portuguesa, e, por consequência, a própria sujeição dos *atos de governo* ao controle judicial, quando diretamente violadores de direitos fundamentais, mesmo porque o citado art. 3.º/3 determina depender da conformidade com a Constituição não apenas a validade das *leis*, mas também a dos *demais actos do Estado*.

<sup>353</sup> *Apud* OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 132.

<sup>354</sup> PALU, *op. cit.*, *passim*.

<sup>355</sup> *Id.*, *ib.*, p. 22.

aceitação desfrutada pelo controle de constitucionalidade dos atos legislativos. Prova disso pode-se encontrar na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, notabilizada pela efetiva implementação do *judicial review of legislation*, mas que, precisamente quando afrontou o Executivo – personificado, em certo instante, na imponente figura de Franklin Delano Roosevelt – foi levada a enfraquecer o princípio da separação de poderes como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade do *New Deal*<sup>356</sup>, abrandando a doutrina da supremacia judiciária adotada de 1890 a 1936 naquele país<sup>357</sup>.

Some-se a isso a observação de que, no mais famoso caso decidido pela Suprema Corte no uso do *judicial review* (*Marbury v. Madison*), a solução encontrada, envolvendo tão-somente aspectos formais de competência, evitou um confronto direto com o Executivo, uma vez que este já sinalizara, officiosamente, para o não-cumprimento de uma decisão porventura favorável ao impetrante oriunda da Corte, a quem só restou, pois, decidir que, malgrado Madison efetivamente houvesse agido ilegalmente ao negar a posse a Marbury como Juiz de Paz, a competência para julgar o respectivo *mandamus* não seria da Suprema Corte, consoante atribuída pela Lei Judiciária de 1789, porquanto só a **Constituição** deveria dispor sobre a competência originária do órgão judiciário supremo.

Essa postura reverencial guarda estreita relação com a tendência de hipertrofiar o Executivo, própria dos sistemas presidencialistas<sup>358</sup>, e, nos Estados Unidos, ainda encontra justificativa histórica no fato de que, neste país, o chefe do Poder Executivo – ao contrário dos monarcas europeus – também era sufragado pelo voto popular e, portanto, não mais se sustentava a supremacia do Legislativo entoada pelos iluministas – antes, era esse poder o principal gerador de temores quanto à manutenção da liberdade, quiçá por razões atávicas, já que, aos olhos dos americanos, como desenhado por Rui Barbosa com sua peculiar verve,

---

<sup>356</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, p. 222.

<sup>357</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 260.

<sup>358</sup> Palu (*op. cit.*, p. 61) enxerga essa tendência atrelada, primordialmente, ao próprio Estado Social, levado que foi a intervir nos domínios econômico e social.

“as assembléias eletivas não ofereceriam mais segurança do que um rei hereditário, e o arbítrio de umas não é menos formidável do que o absolutismo do outro. Estava-lhes em mente a lembrança da resistência, que tinham tido que opor ao Parlamento inglês, em defesa de seus direitos e interesses.”<sup>359</sup>

No Brasil, que buscou no modelo presidencialista norte-americano inspiração, o Supremo Tribunal federal igualmente tem adotado postura tímida ao desincumbir-se do controle abstrato de constitucionalidade dos *atos de governo* emanados do Executivo, evitando com este travar embates mais efusivos por cujas conseqüências viesse a ser futuramente responsabilizado.

Exemplo disso é o que sucedeu quando foi chamado a apreciar a auto-aplicabilidade do Decreto Presidencial n.º 1.855, de 10 de abril de 1996, que determinava a execução e o cumprimento, *in totum*, da Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de largo alcance social, porque pretendia salvaguardar os trabalhadores da dispensa injustificada por parte de seus empregadores.

Com efeito, julgando pedido liminar encartado em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o Min. Celso de Mello, conquanto reconhecesse que a referida Convenção já “estava formalmente incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil”, optou por suspender sua eficácia, sob o argumento de que seria mais prudente, “para efeito de ampla análise e discussão da matéria”, requisitar previamente informações aos órgãos estatais que produziram os atos impugnados<sup>360</sup>.

Como resultado dessa postura, pouco tempo depois o Governo brasileiro denunciou a dita Convenção, por força do Decreto n.º 2.100, de 20 de dezembro de 1996, acabando por inspirar o Plenário do STF a deferir pedido liminar “para afastar qualquer exegese que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção n.º 158 da OIT, venha a tê-las

---

<sup>359</sup> BARBOSA, *op. cit.*, p. 31.

<sup>360</sup> Despacho proferido em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-DF, Brasília, DF, despacho de 17-07-96. DJU de 03-02-97.

como auto-aplicáveis”<sup>361</sup>, e, finalmente, julgar extinto o processo em virtude da perda superveniente de seu objeto<sup>362</sup>. Eis por que Gérson de Lima caracterizou tal decisão como “inócua, tardia e anti-social”<sup>363</sup>.

Também sintomática dessa deferência foi o tratamento conferido pelo STF à determinação constitucional de previsão de limite para as taxas de juros reais anuais, originariamente expressa no art. 192, § 3.º, da CR. A provocação desse tribunal se deu a partir da ADI dirigida contra ato do Presidente da República que aprovara parecer do Consultor-Geral da República, no sentido de não considerar auto-aplicável o mencionado artigo da Constituição. Uma vez mais, prevaleceu a “prudência” dos membros da Corte, que nitidamente se deixaram comover, em sua maioria, pelas indicações de cataclismo financeiro aduzidas pelo Governo, como transparece de seus votos:

Min. Sydney Sanches: “(...) Registre-me, antes da transcrição, que o trabalho prevê efeito catastrófico nas finanças nacionais se o tabelamento dos juros for aplicado imediatamente, sem a reforma do sistema financeiro e sem a necessária e gradativa adequação do mercado que, regulado por novas normas, poderá absorver e cumprir o mandamento constitucional.

(...) A prudência recomenda uma definição legal dos juros reais, como quer o legislador constituinte e a técnica legislativa a indica.”<sup>364</sup>

Merece destaque, nesse mesmo julgamento, malgrado figurando como vozes isoladas, alguns votos cujos trechos mais relevantes para a presente discussão são abaixo transcritos, fulcrados principalmente na regra segundo a qual os preceitos constitucionais já são, por si sós, auto-aplicáveis:

Min. Marco Aurélio: “(...) tenho como de eficácia imediata o disposto no § 3.º do artigo 192 da Constituição Federal quanto ao tabelamento dos juros (...). Assim, acolho o pedido formulado

---

<sup>361</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Celso de Mello. j. em 04-09-97. DJU de 15-09-97, p. 44.220.

<sup>362</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Celso de Mello. j. em 26-06-01. DJU de 08-08-01.

<sup>363</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001, p. 268.

<sup>364</sup> Voto proferido em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Sydney Sanches. DJU de 25-06-93.



e declaro a inconstitucionalidade do Parecer normativo que serviu de base à edição da Circular do Banco Central n.º 1.365/88.”<sup>365</sup>

Min. Carlos Velloso: “(...) Não seria procedente, portanto, o segundo argumento dos que entendem que o § 3.º do art. 192 não é auto-aplicável: a locução ‘taxa de juros reais’ não teria sido definida juridicamente, o que impediria a imediata aplicação da norma limitadora dos juros.

Celso Antonio Bandeira de Mello, no trabalho já mencionado [*Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*], registra que ‘a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar esse campo implicaria outorgar à lei mais força do que à Constituição, pois deixaria sem resposta a seguinte pergunta: de onde a lei sacou a base significativa para dispor do modo em que o fez, ao regular o alcance do preceito constitucional?’ (...)”<sup>366</sup>

Por outro lado, deve-se reconhecer que a previsão constitucional de tão graves repercussões no sistema financeiro nacional como é a delimitação dos juros reais é, de certo modo, incompatível com as constantes transformações por que passa esse sistema, só se justificando em face da verborrágica Constituição que nos rege. Daí o motivo de o economista Gustavo Franco haver cantado loas à mencionada decisão do STF, e ponderado que, haja vista a lei complementar então exigida pelo art. 192 da CR dever regular *todos* os temas nele tratados, seria “impossível escrever uma só lei para tudo isso”<sup>367</sup>, maior causa de sua inexistência até aquele momento.

Não obstante, por mais pertinentes que sejam as razões *políticas e econômicas* para se evitar a implementação da limitação dos juros reais, o que significaria, para Gustavo Franco, “trancafiar o sistema financeiro em uma legislação velha e omissa diante de diversos dos grandes problemas de nossa época”<sup>368</sup>, tais argumentos foram levados em conta em detrimento de preciosos princípios *jurídicos*, principalmente os relacionados à força normativa da Constituição. Atento a isso, e com elogiável respeito a esta força, o Min. Marco Aurélio foi buscar em instrumento do *Direito pátrio* meio de suavizar o impacto que a

---

<sup>365</sup> Voto proferido em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Sydney Sanches. DJU de 25-06-93.

<sup>366</sup> Voto proferido em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Sydney Sanches. DJU de 25-06-93.

<sup>367</sup> FRANCO, Gustavo. A sinuca do art. 192. **Veja**, São Paulo, ed. 1.660, n. 31, ago. 2000, p. 129. De fato, tal constatação foi confirmada com a revogação de **todos** os incisos e parágrafos do art. 192 da CR, *ex vi* da Emenda Constitucional n.º 40/03.

<sup>368</sup> *Id., ib.*, p. 129.

implementação dessa norma constitucional representaria, precisamente a *determinação dos efeitos da decisão*:

“(…) Mas, Senhor Presidente, Senhores Ministros, ousou lançar, no caso, um temperamento.

Considerando que na aplicação da lei o julgador deve ter presente o bem social, repousando este, principalmente, na estabilidade das relações jurídicas; considerando que a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade tem, a par do conteúdo declaratório, como ocorre com as decisões em geral, efeito constitutivo, sendo sedimentada a jurisprudência desta Corte quanto à desnecessidade de comunicação do que decidido ao Senado Federal para que suspenda a eficácia do ato normativo, ao contrário do que ocorre no controle incidental; considerando que até aqui as taxas cobradas tiveram rótulo discrepante do conteúdo, sendo utilizadas também para compensar alegada falta de sintonia entre a inflação e os fatores de correção monetária; considerando a data do ajuizamento da demanda e o fato de se haver requerido a concessão de liminar, negada pela Corte, concluo no sentido de estabelecimento de efeitos *ex nunc*, potencializando, assim, o cunho constitutivo negativo da decisão.”<sup>369</sup>

Constata-se, portanto, nessas decisões de nossa Corte Suprema, a nítida prevalência dos códigos binários e de programas emanados de outros sistemas, com perigoso prejuízo à autonomia do sistema jurídico e à idéia da máxima eficácia das normas constitucionais. Nesse sentido, pondera Gérson de Lima, acerca da decisão do STF quanto à aplicabilidade da Convenção n.º 158 da OIT – crítica, aliás, perfeitamente empregável no caso do art. 192 da CR:

“Se o STF tivesse conferido uma eficácia mínima ao preceito constitucional [faz referência ao art. 7.º, I, da CR, que assegura ao trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar], por certo o legislador seria forçado (pelo empresariado e pelos grupos econômicos) a regulamentar a matéria. Mas, ante o comportamento do Supremo Tribunal, o legislador não terá a menor pressão para, tão cedo, regulamentar a matéria, que espera há mais de onze anos pela lei complementar.”<sup>370</sup>

Em outras palavras, acabou o STF por emperrar as atividades que deveriam ser desenvolvidas no âmbito dos sistemas *político* e *econômico* para resolver seus próprios problemas, simplesmente transplantando seus elementos para o sistema *jurídico*.

---

<sup>369</sup> Voto proferido em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Sydney Sanches. DJU de 25-06-93.

<sup>370</sup> LIMA, O Supremo (...), *op. cit.*, p. 269-70.

## 6 CONCLUSÕES

Ousamos apor, já no título da presente obra, seu objeto e sua conclusão mais loquaz: a proposta de análise do processo de politização que enfrenta a justiça constitucional e, por extensão, o órgão jurisdicional com o qual mais se relaciona – o Supremo Tribunal Federal.

O princípio desta obra não poderia ser outro senão a perscrutação acerca da relação de intimidade – por vezes promíscua – entre Política e Direito que, nas primeiras linhas deste estudo, foi desde logo anunciada, servindo-nos não como balizas à exploração cognoscitiva, mas como manto protetor da visão científica contra as tempestades de areia que insistem em se levantar nesses prados.

Para isso, partiu-se das idéias da teoria dos sistemas, com destaque para a formulada por Niklas Luhmann, com o fito de identificar, nos sistemas político e jurídico, seus códigos operativos de reprodução, suas funções e seus programas, elementos que os destacassem um do outro e dos demais sistemas.

Desse modo, principiamos com a clássica idéia de Política como tudo aquilo ligado ao governo dos homens, o que, imediatamente, a aproxima – sem se a confundir – da idéia hodierna de Estado, bem como da própria noção de Poder, visto como o esforço manejado para se alcançarem determinados fins (políticos). Assim é que se destacou uma característica intrínseca ao sistema político: a exclusividade do uso da força física, condição para que a Política desempenhe, em última instância, a *função* de tomar decisões coletivamente vinculantes. Ademais, enunciaram-se o código binário de comunicação interna (governo/oposição) e o programa nomeadamente *teleológico* da Política, fazendo com que as “razões de Estado” possam ser invocadas mesmo ao arripio de preceitos oriundos de outros

sistemas, com fulcro na autonomia do sistema político e em sua responsabilidade quanto aos efeitos de seus atos.

Já a análise do Direito rumo de sua necessária libertação dos parâmetros exclusivamente políticos, para alcançar sua verdadeira autonomia – em face da distinção entre poder legítimo e ilegítimo – expressa na definição luhmanniana de Direito como a “generalização congruente de expectativas normativas”. Por conseguinte, o sistema jurídico assume *programas normativos*, que implementam a constituição do código direito/não-direito para a reprodução interna de seus elementos, para tanto se prevendo normas de “atribuição de poder”, fonte de autoridade, ao lado das meras normas de conduta.

Por derradeiro, defendeu-se a interdependência entre os sistemas político e jurídico, operando-se a partir da *legitimação* ou justificação que o Direito confere à Política, e da *efetividade* – baseada no monopólio do uso da força física – que esta atribui àquele, de modo que o próprio Estado obtém do sistema jurídico a estabilidade e o equilíbrio necessários até para engendrar os elementos do sistema político. Essa relação, em princípio, não ameaça a autonomia dos mencionados sistemas, porquanto exprime uma abertura *cognitiva*, e não *operativa*, abertura que é visivelmente conduzida por intermédio da Constituição. Não se olvidam, contudo, os perigos desse relacionamento, que pode chegar ao ponto da perda de controle das operações do sistema político, redundando no próprio perecimento da autonomia do sistema jurídico, tentado que ficaria em manusear um código operativo e um programa que não lhe são próprios.

A partir da compreensão das linhas divisórias entre Política e Direito, podemos afirmar, com maior segurança científica, a indubitável nota política da interpretação formulada pelos magistrados que – tal como já anunciado por Kelsen – em sua tarefa de valoração das condutas humanas e das normas a elas aplicáveis, externam sua capacidade de gerar obediência, ou, em outras palavras, exercem poder.

Entretanto, como o exercício da interpretação não é atributo exclusivo dos juízes, procuramos discutir se outros intérpretes, nessa condição, deteriam uma parcela de poder. Para isso, destacamos de que modo a Constituição assoma como condutora da abertura cognitiva entre os sistemas político e jurídico, asseverando a normatividade de suas regras e princípios, que, por sua fluidez e abstração oriundas da programaticidade que os caracteriza, exigem grande esforço dos intérpretes.

Eis por que se mostra imperioso o reconhecimento de alguma repercussão política à atividade hermenêutica desenvolvida por juristas, advogados, representantes do Ministério Público, legisladores e mesmo administradores públicos: com esse reconhecimento, eles amenizam a sobrecarga de expectativas normalmente dirigidas ao Poder Judiciário, na medida em que contribuem para a definição do *domínio* ou *âmbito* das normas jurídicas, reduzindo, assim, a tentação de se transmudarem os problemas jurídicos em meras questões de poder.

Para tanto, impõe-se-lhes, mormente nos sistemas que alberguem o princípio da supremacia da Constituição, garimpar nas normas constitucionais a matriz política de toda sua argumentação jurídica, transpassando as limitações do originalismo hermenêutico, para assumir verdadeira *construção* da Constituição e permitir a esta a evolução ansiada pela cada vez mais complexa sociedade – a partir da *democratização* de sua interpretação.

Em face desse processo é que se buscou construir um melhor entendimento do regime democrático – como foi em seu princípio, como é nos tempos atuais e como deverá ser no futuro. Nessa evolução, assistimos à ampliação do espaço de discussão pública a partir do enriquecimento do que se compreenda na expressão “povo”, para a livre escolha de seus representantes para o exercício do Poder, constituindo a *vontade da maioria*, assim, o principal trunfo apresentado pela *democracia representativa*.

Contudo, como não foi ela capaz de propiciar ao povo efetivo envolvimento na definição dos rumos do Estado, principalmente porque se furtava aos cidadãos um sistema rigoroso de controle de tais rumos e da atuação dos representantes populares, apareceu a *democracia participativa* ou *deliberativa* como incremento dessa espécie de associação política, aliando o princípio do sufrágio universal a outros mecanismos de intervenção e contestação das *decisões políticas* – cujo sentido foi evidenciado como o de julgamento que acarrete, ampla e indistintamente, palpáveis conseqüências nas relações entre os Poderes, entre estes e o povo e até no âmbito das relações estritamente particulares, já que é no povo que reside a origem primeira de todo o poder. Nesse ponto, distinguimos a política, que reconhecemos legitimamente em qualquer julgamento, do partidarismo, consistente na vinculação irrestrita a doutrina facciosa e em indesejável mácula na imparcialidade que, *a priori*, se espera de qualquer magistrado.

Com a instauração desse permanente estado de vigilância, próprio da *democracia participativa*, muito mais que na cega confiança a eleições pontuais, a legitimidade dos atos políticos é reforçada, ainda que tais atos não tenham sido praticados por agentes eleitos diretamente pelo povo. Nesse ponto é que sobressai o papel do Poder Judiciário no fortalecimento da democracia, garantidor que é do *pluralismo* constatado nas complexas sociedades contemporâneas – e assim não adstrito apenas ao clamor das maiorias – e instrumento de ampliação do espaço de discussão em torno das questões públicas, especialmente potencializado quando do exercício da jurisdição constitucional, haja vista o papel da Constituição como elemento de ligação entre os sistemas político e jurídico e como baliza intransponível aos desvios arbitrários dos governantes na condução do Estado.

Por essa razão, avulta a *corte constitucional* como *Ágora* do mundo contemporâneo, em nada sendo maculada tão nobre missão pelo fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelo povo, já que vai buscar sua legitimidade na sujeição à

Constituição – e aos limites que ela impõe por meio dos valores e princípios adotados em seu texto – no pluralismo, na representatividade e na complementaridade observados em sua composição, procedendo ao controle da relação entre os Poderes do Estado e, longe de firmar o pensamento da *supremacia do Judiciário*, encarecendo o postulado de *supremacia da Constituição*, a que deve se sujeitar devota e incondicionalmente!

Não poderíamos prosseguir na análise da repolitização do Judiciário sem reestruturar a compreensão que, classicamente, se tinha da tripartição dos Poderes do Estado, demonstrando o devir que principiou pela neutralização dos magistrados, transmudou-se para sua supremacia, e chega hoje na fase de controle constitucional por intermédio da interpretação.

Por fim, partindo das raízes, em um primeiro – e distante – momento, portuguesas, e, definitivamente, norte-americanas, do nosso Supremo Tribunal, logramos abordar, com ares sintéticos porém precisos, a que se sujeita o Supremo Tribunal Federal ao evocar para si a responsabilidade de controle constitucional: em um primeiro instante, a agressão direta ou velada dos membros dos demais Poderes à definitividade e autoridade de seus julgados e, mais recentemente, o *marketing* de manipulação política que pretende guiar, tendenciosamente, suas decisões, apelando-se à *governabilidade* para prejudicar a recomendável procura de soluções *jurídicas* para os problemas políticos e econômicos, fundamentalmente, que lhe são apresentados.

Para isso, verificou-se que a especificidade da atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional nasce de seu *método* particular que, porquanto resultante em decisão juridicamente fundamentada e racionalizada, permite distinguir essa decisão das elaboradas no âmbito do sistema político, uma vez que o *programa* que orienta sua formatação não é puramente *teleológico*, nem muito menos *partidário* – mas *normativo*, ditado, em última instância, pela Constituição. Ademais, tal distinção deve ser

encarecida até para que não se criem expectativas, dirigidas à Corte Suprema, quanto a missões para as quais não está aparelhada ou preparada, por sua própria constituição orgânico-funcional.

Como última conclusão de nosso estudo, constatou-se que, porque o Supremo Tribunal Federal é incumbido da missão de guardião dos limites constitucionais diante de *quaisquer* atos jurídicos, dentre estes merecem destaque, no relacionamento entre os poderes, os *atos administrativos*, e, especialmente, os *atos de governo*, onde a discricionariedade administrativa apresenta a mais firme repulsa à submissão a controle por parte da função jurisdicional.

Contudo, é principalmente nesse ponto que se reverbera a missão política de nossa Suprema Corte como legítima instância para o controle do poder e a consolidação da democracia no Brasil, haja vista despontarem os controles de *constitucionalidade* e da *discricionariedade administrativa* como os mais fulgurantes para o próprio *controle do poder*, cuja importância permanece íntegra para nós, mormente diante do caudilhismo que, perigosamente, tem se espreado pela América Latina, sempre tendente à concentração de poderes.

Em remate a todo o exposto, não podemos deixar de reconhecer o papel político por nós mesmos desempenhado ao iluminar as facetas do Supremo Tribunal Federal, colendo órgão jurisdicional desconhecido de muitos que a ele devem a salvaguarda da democracia no país, e, ainda assim, festejado por quase a totalidade dos poucos que o apreendem em sua inteireza. Não sem razão, em conclusão, consideramos de irrefutável exigência e necessidade atribuir-lhe o mesmo predicado – envoltório de uma das mais árduas e valorosas missões em um Estado democrático – que mereceu o *Chief justice* John Marshall de todos quantos reconheceram sua importância na consolidação do Estado americano: o de verdadeiro e indiscutível **expositor de nossa Constituição republicana**.



## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 7.1 Obras consultadas

- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**; uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ARISTÓTELES. Política. *In: Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, coleção “Os pensadores”.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 21. ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Globo, 1982.
- BACON, Francis. Of judicature. *In: Essays*. London: Everyman’s Library, 1983.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição; fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**; a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The concept of the political. **Law as politics**. Durham/London: Duke University Press, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CALAMANDREI, Piero. Das relações (boas ou más) entre a Justiça e a Política, como foram ontem e como são hoje. *In: Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002 (?).
- \_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e intransigibilidade discursiva. **Perspectivas constitucionais**; nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA, Mariá A. Brochado. **Consciência moral e consciência jurídica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- FONSECA, Guilherme da. O papel da jurisprudência constitucional. **Perspectivas constitucionais**; nos 20 anos da Constituição de 1976. org. Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**; introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Teoria política do Direito**; uma introdução política ao Direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- GUIBOURG, Ricardo A. **Provocaciones**; en torno del derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2002.

- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco lições de Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HEGEL. Inícios da Filosofia na Grécia. *In: Introdução à história da Filosofia*. 3. ed. Tradução por Antonio Pinto Carvalho. Coimbra: Armenio Amado, 1974.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de: *Die normative Kraft der Verfassung*.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAGERSPETZ, Eerik. Normas y sanciones. *In: AARNIO, Aulis, VALDÉS, Ernesto Garzón, UUSITALO, Jyrki (comps.). La normatividad del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 51-64.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **O Poder Judiciário e a nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução por Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: *Two treatises of government*.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. Tradução de: *Rechtssoziologie II*.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.
- MEDEIROS FILHO, Francisco Honório de. **Poder político e Direito; a instrumentalização política da interpretação jurídica constitucional**. Natal: A S Editores, 2003.
- MIAILLE, Michel. O Estado. *In: Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de: *L'esprit des lois*.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- OLIVEIRA, Nelci Silvério. **Introdução ao estudo do Direito**. Goiânia: AB, 1999.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Atos políticos ou de governo. *In: Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.
- OSSORIO, Angel. La justicia. *In: Nociones de Derecho Político*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Atlantida, 1951.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo; julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. **Direito e legitimidade**. Tradução por Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003.
- PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras**; 1937. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. 4.
- REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York: Vintage Books, 1987.
- RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. *In: Rousseau*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, coleção “Os pensadores”, v. 1.
- SACRISTÁN, Isidoro Álvarez. **La Justicia y su eficacia**; de la Constitución al processo. Madrid: Editorial Colex, 1999.
- SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SANTOS, Roberto A. O.. Burocracia judiciária e democracia. *In: XII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1988, Porto Alegre. Anais... Porto Alegre: Conselho Federal da OAB, 1988.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].
- SILVA, José Afonso da. Normas constitucionais. *In: A norma jurídica*. coord. por Sergio Ferraz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução por Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. **Teoria da Constituição**; estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck, *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.
- ZYMLER, Benjamin. **Política e Direito**; uma visão autopoietica. Curitiba: Juruá, 2002.

## 7.2 Artigos de periódicos

- ALVIM, Fausto Whitaker Machado. Discurso em comemoração do sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.515, set. 1978.
- BARROS, Antonio Machado de. Sentenças políticas. **Época**, São Paulo, n. 272, agosto 2003.
- BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. **Revista de Informação Legislativa**, n. 136, Brasília, Senado Federal, out./dez. 1997.
- CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 366, mar./abr. 2003.
- DANTAS, F. C. San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. **Revista Forense**, São Paulo, a. 52, v. 159, pp. 451-8, mai./jun. 1955.
- DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. **Revista de informação legislativa**, n. 134, Brasília, abr./jun. 1997.

- DIRIGENTES da CNI e CNF entregam Agenda Mínima a Jobim. Recuperado em 19 ago. 2005. Disponível na Internet: [http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=150686&tip=UN&param=.](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=150686&tip=UN&param=))
- FAGUNDES, Seabra. A função política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 49/50, p.7-14, jan./jun. 1979.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 9, 1995.
- FLORES, Thompson. Discurso em comemoração do sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 515, set. 1978.
- FRANCO, Gustavo. A sinuca do art. 192. **Veja**, São Paulo, ed. 1.660, n. 31, ago. 2000.
- GOIS, Ancelmo. Assanhamento. **Veja**, São Paulo, ed. 1546, n. 19, maio 1998.
- HORA de construir. **Veja**, São Paulo, ed. 1.879, n. 45, nov. 2004, p. 138.
- JARDIM, Lauro. Juízes heróis. **Veja**, São Paulo, ed. 1.891, n. 6, fev. 2005, p. 33).
- HORTA, José Luiz Borges. Uma breve introdução à filosofia do Estado de John Locke. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 90, Imprensa Universitária/UFMG, Belo Horizonte, jul./dez. 2004.
- JARDIM, Lauro. O aluno Jobim. **Veja**, São Paulo, ed. 1.910, n. 25, jun. 2005.
- LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, n. 49, Porto Alegre, jul. 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, n. 134, Brasília, abr./jun. 1997.
- MONCADA, Luis Cabral de. Do conceito e da essência do político. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 30, Imprensa Universitária/UFMG, Belo Horizonte, jan. 1971.
- MORRIS, Jessica Raquel Carvalho. Ponderações acerca da reforma do Poder Judiciário. **Revista jurídica In verbis**, Natal, v. 3, n. 5, jan./jun. 1997.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Independência dos poderes no regime democrático e as exigências da sociedade hodierna. **Revista do Curso de Direito da UFRN**, v. 1, EDUFRN, Natal, jul. 1996.
- \_\_\_\_\_. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 222, out./dez. 2000.
- POLICARPO JÚNIOR. A lei é o limite (entrevista com José Celso de Mello Filho). **Veja**, São Paulo, ed. 1485, n. 9, mar. 1997.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional. **Revista de informação legislativa**, n. 135, jul./set. 1997.
- ROCHA, Leonel. Uma voz indiscreta no STF. **Veja**, São Paulo, ed. 1.518, n. 42, out. 1997.
- SALDANHA, Nelson. Politicidade do Direito e o problema do Direito Natural. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 5, 1994.
- SALDANHA, Nivaldo Brum Vilar. Controle de constitucionalidade e tribunal constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte**, v. 10, Natal, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista sobre democracia e movimentos sociais. **Revista Caros Amigos**, [s.l.], n. 78, set. 2003.
- SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, n. 143, Brasília, jul./set. 1999.
- ...UM grande atoleiro. **Veja**, São Paulo, Abril, 14 de abril de 2004, p. 61.
- VERDU, Pablo Lucas. Estado de derecho y justicia constitucional; aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación. **Revista de estudios políticos**, Madrid, n. 33 (nueva epoca), mai./jun. 1983.

XIMENES, Julia Maurmann. A crise do Supremo Tribunal Federal sob uma ótica democrática. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 47, abr./jun 2004.

### **7.3. Julgados pesquisados**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Sydney Sanches. DJU de 25-06-93.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Celso de Mello. j. em 04-09-97. DJU de 15-09-97, p. 44.220.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.484-DF, Brasília, DF, Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 28-08-01, Informativo do STF n.º 244.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 2.986-SE, Brasília, DF, Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 18-03-05, Informativo do STF n.º 244.