

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LÚCIA DÍDIA LIMA SOARES**

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA ISENÇÃO POLÍTICA NAS  
DECISÕES JURISDICIONAIS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

**BRASÍLIA  
FEVEREIRO 2015**

**LUCIA DÍDIA LIMA SOARES**

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA ISENÇÃO POLÍTICA NAS  
DECISÕES JURISDICIONAIS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada junto ao curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para obtenção de título de Especialista.

**BRASÍLIA**

**FEVEREIRO 2015**

**LUCIA DÍDIA LIMA SOARES**

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA ISENÇÃO POLÍTICA NAS  
DECISÕES JURISDICIONAIS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada junto ao curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para obtenção de título de Especialista.

Brasília - DF, 1º de fevereiro de 2014.

---

Membro da Banca Examinadora

---

**Membro da Banca Examinadora**

## RESUMO

Em um Estado pautado pela democracia e pela busca pela eficácia dos direitos fundamentais, uma jurisdição constitucional surge como instituição assecuratória da efetividade da Constituição. Entretanto, quando se analisa o poder judicante constitucional (mormente em um sistema de controle amplo, como é o caso do Brasil) situando-o no nível das tensões entre os poderes e do exercício democrático de participação popular, é possível que sua função recrudesça face às questões oriundas de seus aspectos político-democráticos, de legitimação, e de finalidade-limite. E, como expressão que é da jurisdição estatal geral, a Jurisdição Constitucional pauta-se pelos mesmos princípios daquela, conquanto em grau aprofundado. Assim, em termos de controle de constitucionalidade, a imparcialidade e neutralidade do julgador transmutam-se em isenção política, como medida assecuratória da legitimidade e da justiça do poder fiscalizatório constitucional. No entanto, alguns aspectos podem representar possíveis pontos de vulnerabilização de tal princípio, mormente aqueles relacionados com o procedimento decisório (mais notadamente, questões estruturais e materiais), com a forma de composição da corte constitucional e com as instituições formais e processuais no âmbito da Lei nº 9.868 de 1999 (no plano da legitimação ativa para a ADI e a ADC e na decisão de modulação dos efeitos das decisões em sede de controle concentrado).

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional; democracia; isenção política.

## ABSTRACT

In a state ruled by democracy and the search for the effectiveness of fundamental rights, constitutional jurisdiction arises as an institution guaranteeing the effectiveness of the Constitution. However, when analyzing the constitutional adjudicative power (especially on a wide control system, as the case of Brazil) placing it at the level of tensions between the powers and the democratic exercise of popular participation, it is possible that its function worsens face issues arising out of its political and democratic aspects of legitimacy, and order limit. And, as an expression of the general state jurisdiction, the Constitutional Jurisdiction is guided by the same principles as it, although in-depth level. Thus, in terms of judicial review, impartiality and neutrality of the judge transmuted into political independence, as guarantor measure of legitimacy and justice of the constitutional fiscalization power. However, some aspects can represent possible points of increasing vulnerability of such a principle, especially those related to the decision-making procedure (most notably, structural and material), with the form of the composition of the constitutional court and the procedural and formal institutions within the law No. 9868 of 1999 (in terms of active legitimation for the ADI and the ADC and the decision of modulating the effects of decisions in the area of concentrated control).

**Keywords:** constitutional jurisdiction; democracy; political independence.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 A jurisdição constitucional como foro da democracia .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 A jurisdição constitucional como garantia da estrutura do Estado.....</b>	<b>17</b>
<b>1.3 A jurisdição constitucional como instrumento ou pressuposto de eficácia dos direitos fundamentais.....</b>	<b>20</b>
<b>2 A ISENÇÃO POLÍTICA EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>25</b>
<b>2.1 Especificidades estruturais e materiais de ordem procedimental-decisória no controle concentrado.....</b>	<b>33</b>
<b>2.2 Um possível interlúdio entre o procedimento decisório e a processualística constitucional: a formação do tribunal constitucional brasileiro.....</b>	<b>41</b>
<b>3 OS ASPECTOS PROCESSUAIS RELATIVOS AO CONTROLE CONCENTRADO E SUA EVENTUAL INTERFERÊNCIA NA ISENÇÃO POLÍTICA.....</b>	<b>45</b>
<b>3.1 A legitimação ativa para a propositura de ADI e ADC.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2 A modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado.....</b>	<b>48</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## INTRODUÇÃO

As tensões sociais exsurtem em nossa época, como as denominadas revoltas de junho, ocorridas no citado mês de 2013, as greves em diversos setores, a atuação de grupos de ativistas que se utilizam da tática “black bloc”, entre outras manifestações. Este descontentamento da sociedade reflete também uma ausência de identificação da população com seus políticos, tanto é que uma das reivindicações presentes nos movimentos citados é justamente o clamor por mais democracia no país.

E não é apenas democracia que se quer, os cidadãos parecem não mais aceitar o status quo político que se encontra no país, pedem por mais transparência, menos corrupção, anseiam por mudanças.

Neste cenário o poder do Estado de dizer o direito ganha um relevo ainda maior, visto que em um ambiente tão turbulento é crescente os conflitos de interesses entre os mais diversos atores sociais e é a jurisdição que será o instrumento hábil, em um primeiro momento, para dirimir tais lides e manter a paz social. Todavia, com isto, elevam-se também as indagações sobre a legitimidade desta atuação jurisdicional, assim como a respeito da isenção dos agentes do Estado que tomam tais decisões e ainda se tal atuação é democrática.

Para que se possa discutir as questões levantadas, é importante realizar inicialmente uma breve conceituação de institutos que serão abordados de forma mais aprofundada no decorrer deste trabalho.

Sendo assim, debruça-se em um primeiro momento sobre o que seria a jurisdição. Afirma-se classicamente que é o poder do Estado de dizer o direito, contudo tal definição não comporta mais todo o conteúdo do que seja o poder jurisdicional. Desta forma, na ilustre lição de NEVES (2013, p. 3) a “jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”.

E Freddie Didier Jr (2010) afirma:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g) (DIDIER, 2010, p. 83).

Percebe-se ser a jurisdição instrumento estatal para manter a ordem e paz sociais e para tanto aplica as normas regularmente estabelecidas nos conflitos de interesses que são postos a sua análise. Verifica-se assim, ser a inércia um dos princípios desta função estatal só podendo o judiciário emitir juízo de mérito, via de regra, a respeito de lides que lhes sejam apresentadas, não podendo atuar de ofício.

Por sua vez, a jurisdição constitucional é espécie do gênero na qual as normas a serem analisadas pelo magistrado, no julgamento do mérito, tem caráter de norma constitucional. Para Hans Kelsen (2007, p. 123-124) é “a garantia jurisdicional da Constituição”, e “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.

Esta espécie de jurisdição se apresenta de duas formas, pode ser concentrada (abstrata) ou difusa (concreta). Na primeira, o poder jurisdicional é exercido por um Tribunal Constitucional, no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal, e este órgão tem a competência de decidir a respeito da constitucionalidade

de normas analisando-as em abstrato sem levar em consideração qualquer caso concreto. Na segunda, verifica-se a constitucionalidade das normas em casos concretos apresentados ao poder judicante, esta espécie de controle de constitucionalidade pode ser feita em qualquer instância, inclusive pelo magistrado de primeira instância.

Outro instituto que se faz necessário apresentar, para melhor desenvolvimento do presente trabalho, é a democracia. Etimologicamente significa governo do povo e é uma forma de governo que prega a participação igualitária de todos os cidadãos componentes da sociedade.

A democracia brasileira é classificada como semidireta, por apresentar elementos tanto de democracia representativa (indireta), já que elegemos membros do legislativo e executivo para representar a todos na condução do Estado; como também existem elementos da democracia direta são exemplos o plebiscito, o referendo, a ação popular.

Neste diapasão, percebe-se que para analisar de maneira eficaz a aplicação da jurisdição constitucional em nosso sistema jurídico, é necessário compreender os fenômenos sociais que a cercam. Dessa forma, o presente estudo não se restringirá ao tecnicismo do direito, abordando de forma positiva toda a realidade que circunda a ciência jurídica.

Sendo assim, é preciso levar em consideração a importância de uma Corte Constitucional forte e independente, principalmente em um Estado Democrático de Direito com forte embasamento constitucional, no qual se busca de maneira firme a efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, para que se possa alcançar uma legítima pacificação social é necessário que os cidadãos tenham segurança nas decisões de sua Corte Suprema

sobremaneira em uma época de tantas turbações e incertezas no seio da sociedade.

## 1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional situa-se no epicentro das macrotensões políticas e sociais do Estado. Ao mesmo tempo em que é invocada precisamente quando se pressente uma ameaça de vulnerabilização das estruturas basilares da sociedade, da democracia e da liberdade, sua legitimidade é questionada justamente por se desenvolver ao largo de um processo propriamente democrático em sua composição.

Não obstante, o paradigma constitucional moderno do Estado traz consigo a necessidade de uma instituição que seja capaz de preservar tal estrutura, assegurando a máxima perpetuidade possível ao pacto social subjacente à dinâmica da sociedade – mormente porque os direitos fundamentais foram incorporados ao texto das Constituições modernas e representam a pedra de toque da Constituição brasileira de 1988.

Além disso, na medida em que a jurisdição constitucional assume a tarefa de interpretar e concretizar o texto constitucional, exerce o equilíbrio entre as esferas do poder estatal no sentido de maximizar a distribuição da força política e governamental ante a tripartição dos poderes.

A maior parte das críticas feitas às estruturas de jurisdição constitucional relaciona-se ao seu suposto caráter antidemocrático: se as leis, e neste sentido a própria Constituição, são produzidas sob o crivo da representação política, na maior parte das vezes por parlamentares ou agentes públicos eleitos pelo povo – e, nessa medida, é possível dizer que os atos normativos emanam do próprio povo -, seria de fato razoável que um Corte constitucional geralmente formada sem o crivo da

eleição democrática possa interferir ou até mesmo anular as mesmas leis ou os demais atos normativos?

Uma jurisdição constitucional aparenta ser, então, antidemocrática ou, na melhor das hipóteses, desnecessária, dado que se há representação política efetiva, as diversas possíveis manifestações da legalidade serão fundamentalmente frutos da sociedade constitucionalmente instituída. Formulada em termos mais precisos, a questão se resume ao aspecto democrático da jurisdição constitucional.

Além desta questão, surge outra relacionada com a dinâmica da tripartição dos poderes: a interferência causada pela análise jurisdicional da constitucionalidade de atos normativos ou governamentais seria uma exceção ou uma violação à separação dos poderes?

Dentre os três poderes do Estado, uma aplicação indiscriminada da jurisdição constitucional poderia atribuir uma ilegítima supremacia do Judiciário em face dos demais poderes, justamente porque seria ele quem daria a última palavra em termos jurídico-políticos acerca dos atos estatais.

Esta mesma problemática assume proporções ainda maiores quando se parte do pressuposto da antidemocraticidade das esferas judiciais da constitucionalidade. Esta seria a questão da legitimidade da jurisdição constitucional.

Por fim, um novo horizonte problemático pode surgir também com o exercício de tal jurisdição: dado que a maior parte das normas constitucionais é dotada de um caráter essencialmente genérico (para garantir sua máxima amplitude), carente de interpretação para a concretização do seu elemento cogente, a jurisdição constitucional poderia estender ou restringir demasiadamente sua força normativa.

Ora, se à Corte constitucional é dado interpretar os dispositivos da

Constituição, na maior parte das questões a ela submetidas é possível verificar um considerável grau de criação normativa para além da própria estrutura constitucional – o que, novamente, poderia ferir ou vulnerabilizar a sustentação do Estado. Esta última seria a questão da finalidade de uma jurisdição constitucional.

Na medida em que se responde a estas três questões – grau democrático, legitimidade e finalidade – a partir de uma perspectiva integralizadora, chega-se a uma possível utilidade da jurisdição constitucional dentro da dinâmica social-jurídico-econômica.

### **1.1 A jurisdição constitucional como foro da democracia**

A primeira questão, referente ao grau democrático de uma jurisdição constitucional, possui desdobramentos muito mais profundos do que o mero descompasso entre os sistemas de escolhas dos agentes que produzirão a lei em nome do povo e dos que analisarão estas mesmas leis a partir da perspectiva da adequação constitucional.

Enquanto o parlamento é democraticamente eleito, uma Corte constitucional é tecnicamente indicada – e tal fato, associado à má-interpretação da Constituição de Weimar, é apontado por KELSEN (2003, p. 307) como um dos responsáveis pela emergência do nazismo na Áustria; o que apresenta de modo bastante claro as possíveis consequências de uma jurisdição constitucional que seria, *prima facie*, antidemocrática.

Ora, este pretense aspecto da jurisdição constitucional repousa na premissa de que o controle judicial de constitucionalidade é um entrave ao exercício efetivo da democracia, e que esse entrave é, por definição, negativo. Além disso, o fato de

existir um controle posterior da constitucionalidade dos atos normativos acabaria por reduzir a importância e a significação do controle prévio, tanto no âmbito da formação de tais atos, em possíveis comissões parlamentares, quanto no âmbito de sua ratificação, na análise e sanção pelo chefe do Executivo.

O Judiciário atuará posteriormente – e, mais além, o Judiciário impingirá uma perspectiva eminentemente técnica na análise dos atos normativos. Nesse caso, estruturas institucionais que estimulem a constitucionalidade antes da promulgação e vigência dos atos normativos seriam diminuídas em sua importância, desestimuladas ou simplesmente afastadas.

Uma consequência direta deste enfraquecimento seria o desestímulo da preocupação, por parte da sociedade, em eleger representantes tecnicamente capazes e integrados na dinâmica constitucional específica da sociedade em questão. Ora, se a tarefa de análise é postergada e delegada ao Judiciário, novamente os pressupostos do exercício efetivo e consistente da democracia seriam enfraquecidos.

O raciocínio que acusa a jurisdição constitucional de antidemocrática acaba por afastar-se das linhas mestras do constitucionalismo contemporâneo. Ao mesmo tempo, quando enfatiza o caráter democrático do processo legiferante ou eleitoral em detrimento da escolha “arbitrária” ou “tecnicista” de juízes constitucionais, assume uma visão turva a respeito da realidade política da sociedade.

Em primeiro lugar, é possível afirmar que a estrutura constitucional das sociedades do pós-guerra tende à maior distribuição possível do poder entre as várias instituições estatais – de forma que a significação democrática dos Estados não mais é resumida na força das estruturas parlamentares (neste sentido, cf. CANOTILHO, 2011, p. 250; bem como SILVA, 1996, p. 64).

A separação dos poderes, no constitucionalismo moderno, assume proporções mais claras, é possível dizer, então, que esse movimento de amplificação acompanhou um fenômeno semelhante de valorização de conceitos sociais como a liberdade e a expressão política, normalmente contrapostos ao poder de um Estado monopolista. Assim, o indivíduo é livre exatamente na medida em que as instituições políticas da sociedade diluem o poder estatal, de modo que as limitações à liberdade individual por parte do Estado são significativamente reduzidas.

Paralelamente a isto, o exercício da representação política é também comprometido por conta das circunstâncias fáticas específicas da sociedade – tamanho, dimensão, grau de interesse político dos cidadãos, esclarecimento e emancipação individuais no processo eleitoral, etc. -, de modo que o pressuposto segundo o qual o poder emana do povo é relativizado à medida que a representação política efetiva perde força<sup>1</sup>. Neste sentido,

o destacado papel atribuído ao Poder Judiciário no ambiente neoconstitucionalista não foi resultado somente da combinação dos elementos supramencionados, mas da necessidade de se ter um instrumento contramajoritário de proteção dos direitos fundamentais. Na linha do que diz Streck, enquanto no Estado Liberal o centro de decisões estava no Legislativo (o que não é proibido é permitido), e no Estado Social o foco de atenção estava no Executivo em razão de seu caráter intervencionista e da necessidade de implementação de políticas públicas; no Estado Democrático de Direito há uma virada no centro de decisões que mira a justiça constitucional como solucionadora das tensões institucionais. Nesse momento, a inação tanto do Executivo quanto do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, através de mecanismos jurídicos estabelecidos justamente pela Constituição que instituiu Estado Democrático de Direito. (SILVA; BRAGA, 2012, p. 1).

Deste modo, a jurisdição constitucional adquire um caráter precipuamente democrático. Na mesma linha, SARMENTO (2009, p. 34) aborda a questão a partir

---

<sup>1</sup> Este argumento pode ser considerado um desenvolvimento das ideias clássicas de representação política, como é o caso de MILL, 1981, p. 78.

de uma perspectiva histórica. Em resumo, pode-se afirmar que, em primeiro lugar, a diluição do poder do Estado nas diversas instâncias (dentre elas o Judiciário) confere a cada uma destas instituições uma parcela considerável deste mesmo poder – e, juntamente com ele, de um aspecto democrático em sua manifestação específica.

Ademais, se a representação não é exercida efetivamente no âmbito do Legislativo ou do Executivo, na formação ou na ratificação dos atos normativos, não se pode falar entre uma face “democrática” do poder, de um lado, e outra face “tecnicista-antidemocrática” do outro.

Assim, o suposto desequilíbrio entre as expressões legiferantes do poder e a expressão jurisdicional-constitucional é desfeito; em outras palavras, se não há democracia efetiva na criação das leis, a jurisdição constitucional é justamente o que lhes conferiria este aspecto democrático, na medida em que as submetteria ao crivo técnico de um grupo de juízes que também são, em certa medida, representantes políticos, e que seria responsável justamente por adaptar as intenções do legislador à dinâmica específica da sociedade. Neste esboço, ARABI (2013) associa à jurisdição exatamente os mesmos aspectos do procedimentalismo democrático: o pluralismo, a controvérsia, a conjuntura sócio-polarizada; mas aprofunda estes mesmos caracteres no âmbito do Judiciário e arremata:

E é nesse contexto de diferenciação entre o caráter majoritário da ação política e a necessidade das garantias individuais e do direito à diferença das minorias políticas em sede da prestação de tutela jurisdicional, destacando-se, nesse sentido, a jurisdição constitucional, que se coloca o debate sobre o caráter contramajoritário do direito e seu importante papel nas plurais sociedades modernas (ARABI, 2013, p. 46).

A jurisdição constitucional não seria, então, uma violação à democracia, mas um foro no qual a própria democracia seria exercida – justamente porque a integração entre a jurisdição e as dinâmicas sociais do poder seria uma forma de conferir mobilidade estrutural à Constituição de uma sociedade cuja

representatividade política é insuficiente e cuja distribuição do poder estatal engloba também as estruturas judicantes.

## **1.2 A jurisdição constitucional como garantia da estrutura do Estado**

A segunda questão relaciona-se também com o equilíbrio entre as diversas esferas do poder estatal – mais especificamente na expressividade da tripartição dos poderes, na linha das constituições modernas. Em tese, Executivo, Legislativo e Judiciário formariam um arcabouço perfeitamente orquestrado, o qual seria delimitado e atribuiria âmbitos específicos de atuação. Desde o início do constitucionalismo, a tripartição dos poderes é tida como elemento garantidor da liberdade individual frente ao Estado, justamente porque teria o mérito de limitar intrinsecamente o poder estatal. Este mesmo elemento é reproduzido nas constituições contemporâneas, e com significação renovada, na medida em que as liberdades individuais ganham força e a dinâmica sócio-política torna-se cada vez mais dependente da limitação do poder estatal.

No entanto, a jurisdição constitucional poderia representar um fator de desequilíbrio nas relações entre os Poderes, porquanto pressupõe uma faculdade do Judiciário de rever, anular, modular ou reinterpretar atos normativos (e, neste sentido, atos de governabilidade) do Executivo e do Legislativo. O Judiciário assumiria, aparentemente, uma posição de supremacia em face das demais instituições de poder – violando assim o paradigma da independência, harmonia e igualdade entre os poderes.

Em tese, qualquer ato governamental é passível de questionamento em face da Constituição, e se o Judiciário é quem dará a última palavra acerca da validade ou invalidade de tais atos, a impressão que se tem é que se forma uma hierarquia

de fato entre os poderes – ou, na pior das hipóteses, uma “ditadura dos juízes”, principalmente quando os juízes possuem a prerrogativa de delimitar o alcance das disposições constitucionais por meio da interpretação judicante (ministrar a “microjustiça” a partir da “macrojustiça” – BARROSO, 2011, p. 9).

Assim, quando se associa à tripartição de poderes a noção de liberdade individual e limitação do poder do Estado, uma análise superficial da jurisdição constitucional pode dar a impressão de violação desta mesma liberdade individual. A crítica ao ativismo judicial é um argumento derivado de tal interpretação, deslocando a questão para a absoluta dissociação entre a vereda política e a jurídica, pena de “hipertrofiar o Judiciário”, inviabilizando sua atuação (LUNA, 2011, p. 17)<sup>2</sup>.

Como já se adiantou, uma tal análise é superficial, e por um motivo muito simples. A tripartição dos poderes está no escopo da tutela da jurisdição constitucional – de modo que o chamado sistema de freios e contrapesos é um dos elementos que as Cortes constitucionais têm de proteger, como bem afirmam CANOTILHO (2011, p. 165) e SILVA (1996, p. 571).

No Brasil, tal fato assume uma significação peculiar, porquanto a separação dos poderes é eleita como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III) e sua limitação não pode sequer ser apreciada pelo Legislativo – o que, evidentemente, não afasta a jurisdição constitucional, dado que não raro o Judiciário é invocado para administrara situações nas quais a interferência legislativa na separação dos poderes é inevitável<sup>3</sup>. BARROSO (2006) estabelece novo liame entre a ratificação do

---

2 Para efeitos de clareza, importa destacar que LUNA não é partidário da crítica. Ao contrário, valoriza a jurisdição constitucional inclusive como corolário das liberdades individuais e da estrutura política do Estado – mas a argumentação passa pela análise detida das críticas ao ativismo judicante em âmbito constitucional.

3 Como o recente caso da Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, objeto de ao menos dois Mandados de Segurança no STF (MS 32036 e MS 32037), ambos de relatoria do Min. Dias Toffoli.

caráter democrático da jurisdição constitucional (mormente quando há deficiência no caráter representativo das instituições precipuamente democráticas, como o Legislativo) e sua imprescindibilidade no equilíbrio orgânico do Estado:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional (BARROSO, 2006, p. 25).

Assim, uma das funções da jurisdição constitucional é assegurar a plenitude e perpetuidade do sistema político instituído pela própria Constituição, justamente porque a guarda da Constituição é sua tarefa – é neste sentido que SILVA (1996, p. 120) afirma que ela “irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”. As Cortes constitucionais (e também juízes, no caso brasileiro), de consequência, seriam instituições assecuratórias da estrutura do Estado, na qual se inclui a separação dos poderes e a consequente promoção das liberdades individuais.

Um argumento complementar é trazido por BARROSO (2011, p. 13), o qual atribui à jurisdição constitucional a noção de “capacidade institucional” por conta do escopo essencialmente técnico da matéria envolvida – o que surge também como legitimação institucional do poder judicante<sup>4</sup>.

---

4 As linhas gerais do estudo de BARROSO indicam os pontos de aproximação e afastamento entre Direito e Política de uma perspectiva constitucional, situando a jurisdição no epicentro desta rede de tensões. No início do texto, o autor aborda rapidamente as mesmas três questões que analisamos aqui.

Assim, ao contrário de ser um polo de interferência, a jurisdição constitucional é um plano de potencialização da delimitação entre o Estado e o indivíduo por meio do respeito à separação de poderes.

### **1.3 A jurisdição constitucional como instrumento ou pressuposto de eficácia dos direitos fundamentais**

No mais, outra questão é a relativa aos limites do exercício da jurisdição constitucional quando contraposta à aplicabilidade da própria Constituição. Na maior parte das vezes, a análise dos preceitos constitucionais por parte do Judiciário implica na amplificação ou restrição de seus efeitos, em um raciocínio interpretativo que busca extrair um “sentido implícito” da Constituição. CANOTILHO (2011, p. 1218) fala em “caracteres semânticos” da norma constitucional, aduzindo que “o texto da norma aponta para um referente, o que quer dizer constituir o texto um sinal linguístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto”. Ora, esta mesma adaptação à “realidade exterior ao texto” exige do intérprete a capacidade de produzir uma certa relação bi-vetorial entre estrutura e sentido, como bem delinea MARRAFON (2012):

Sendo assim, vislumbra-se que a tarefa do jus-hermeneuta (no mundo da consciência) está vinculada, inicialmente e preponderantemente, ao modo de compreender ontológico dependente do contexto em que a frase se dá, ou seja, “o compreender anterior que é já sempre saber como se está no mundo”, o qual fornece o sentido da verdade das proposições e por isso é chamado ‘sentido da estrutura’ (MARRAFON, 2012, p. 197).

Temos que, se por um lado o exercício da jurisdição constitucional se daria a partir da capacidade cognitiva de adaptação de realidades ontologicamente distintas (associada ao entendimento de um “sentido da estrutura”), o passo anterior liga-se à compreensão destas mesmas realidades (no qual o problema se desloca à

semiótica, à linguagem, enfim, à “estrutura do sentido”):

não se pode olvidar do compreender ôntico, oriundo da forma da intelecção de um enunciado, ou seja, sua racionalidade estrutural, o qual fornece a verdade enquanto propriedade da proposição em si e, portanto, abrange a ‘estrutura do sentido’ [...]. Resta claro, então, que a compreensão racional também é vinculada à estrutura, mesmo que sempre dependente do sentido prévio fornecido pelo logos hermenêutico (MARRAFON, 2012, p. 198).

Deste modo, o processo de decisão e de aplicação de qualquer norma jurídica envolve “uma racionalidade hermenêutica impregnada com a condição de ‘ser-no-mundo’<sup>5</sup> do intérprete” (MARRAFON, 2012, p. 199) – e, deste modo, vincula igualmente o órgão judicante responsável pela interpretação da constituição. O trabalho hermenêutico subjacente a qualquer jurisdição constitucional pressupõe a reorganização de universos compreensivos associados à linguagem.

Neste ponto específico, a jurisdição pode ser problemática precisamente por concentrar a tarefa de interpretar os dispositivos constitucionais para além dos termos normativos – o que poderia trazer eventuais distorções ou desvios de uma eventual força volitiva da Constituição. Em outras palavras, o problema resume-se em delinear o escopo de atuação do Judiciário na interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais, e se é legítimo ou mesmo positivo refrear tal atividade interpretativa em homenagem à segurança jurídica.

Uma eventual amplificação das normas constitucionais normalmente vai além do texto da norma *sub judice*, de modo que a atividade judicante consiste em extrair precisamente o que não é expresso na norma, sempre visando a concretização e a aplicação razoável da norma constitucional. O resultado de tal extração varia a depender das circunstâncias (políticas, jurídicas, individuais, econômicas) – e a

---

5 Expressão cunhada e utilizada pelos filósofos existencialistas, desde Heidegger até Sartre e Merleau-Ponty, e que salienta um aspecto fundamentalmente metafísico na tarefa hermenêutica da jurisdição constitucional.

tarefa interpretativa é uma das questões mais problemáticas do Direito, e trataremos mais específica e profundamente no próximo capítulo.

E assim, deixando de lado por um momento a problemática relacionada à isenção do intérprete, e restringindo-se ao campo específico da análise da utilidade de uma jurisdição constitucional, é impossível não fazer referência ao fato de que a maior parte dos pontos submetidos ao Judiciário em termos constitucionais (mormente ao Supremo Tribunal Federal) é fundamentalmente política e por vezes até moral – o que acaba potencializando a problemática.

Se as controvérsias não são puramente jurídicas, como é possível assegurar que a inovação trazida pela atuação da jurisdição constitucional não seria contrária à própria Constituição ou à estrutura do Estado? No entanto, se o escopo da jurisdição constitucional é justamente o de concretizar a Constituição, de realizá-la na dinâmica das relações sociais, de torná-la factível, a interpretação de seus dispositivos nas querelas específicas é uma atividade tipicamente jurisdicional – porque é feita técnica e metodicamente:

Num Estado de direitos democrático, o trabalho metódico de concretização é um trabalho normativamente vinculado. Como corolário subjacente a esta postura metodológica, assinala-se: [...] com base no texto da norma constitucional e das subsequentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos. (CANOTILHO, 2011, p. 1222)

À jurisdição constitucional é dado, então, concretizar os dispositivos da Constituição. Ora, na medida em que as Constituições modernas elegem os direitos fundamentais como linha-mestra da organização e distribuição do Estado, a atividade interpretativa é o meio mais eficaz de concretizar a plêiade, muitas vezes abstrata, de direitos fundamentais.

A efetividade dos direitos fundamentais encontra seu limite precisamente na

transposição da letra da lei para a concretude das relações jurídicas factuais – e o estabelecimento deste liame é precisamente a tarefa da jurisdição constitucional. Assim, atribuir ao Judiciário a prerrogativa de interpretar dispositivos constitucionais é a mesma coisa que conferir-lhe legitimidade para delimitar o escopo dos direitos fundamentais, os quais serão amplificados o mais possível, para cumprir com o princípio da máxima efetividade.

Uma ponte semelhante entre a utilidade e a legitimidade de uma jurisdição constitucional é fornecida também por WALDRON (2006): um poder judicante constituído em tais termos, no interior de uma sociedade verdadeiramente democrática, repousaria em instituições legiferantes efetivas, em uma instância judicial de amparo crítico a tais instituições, em potenciais conflitos envolvendo direitos fundamentais e, principalmente, na orientação para a concretização dos mesmos direitos.

Deste modo, na medida em que uma sociedade adquire o qualificativo de “democrática”, a proteção jurisdicional constitucional aos direitos fundamentais cresce em importância, como condição *sine qua non* – de maneira que a legitimidade da jurisdição constitucional confunde-se com sua utilidade em face da tutela dos direitos individuais. Neste sentido, WALDRON (2006):

Parto do pressuposto que o compromisso com os direitos individuais não é apenas algo da boca pra fora, e que os membros de uma tal sociedade os levam a sério: se importam com eles, mantêm tanto as suas opiniões a respeito de tais direitos quanto as dos outros em constante consideração e vívido debate, e são alertas a questões envolvendo direitos individuais relativas às decisões sociais que são angariadas ou discutidas em seu meio<sup>6</sup> (WALDRON, 2006, p. 20).

Associam-se, então, aos direitos fundamentais as estruturas institucionais

6 No original: “I assume that the commitment to rights is not just lip service and that the members of the society take rights seriously: They care about them, they keep their own and others’ views on rights under constant consideration and lively debate, and they are alert to issues of rights in regard to all the social decisions that are canvassed or discussed in their midst.”

hermenêuticas aptas a torná-los reais, factíveis, operáveis (CANOTILHO, 2011, p. 398) – e é precisamente por isso que a jurisdição constitucional surge como corolário de uma estrutura de direitos fundamentais, porquanto nenhum deles teria eficácia caso a existência de instâncias hermenêuticas dotadas de força política no arcabouço estatal não fosse, no mínimo, assegurada. Uma consequência deste fato é que o próprio direito ao *due process of Law* é também um direito fundamental – significando que nenhum direito fundamental teria sentido caso não houvesse uma jurisdição constitucional. Neste sentido, afirma CANOTILHO (2011):

Desta imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária. A garantia institucional conexas-se com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral [...] que impõe um dever de proteção através dos tribunais do Estado (CANOTILHO, 2011, p. 496).

Ao realizar sua finalidade específica, a jurisdição constitucional acaba por potencializar a rede de direitos individuais, de forma que sua importância fica clara do ponto de vista da utilidade. Uma sociedade que pretenda valorizar o indivíduo por meio do plexo de direitos a ele associados não pode prescindir de estruturas institucionais aptas a delimitarem o âmbito, a concretude e a significação de tal plexo, e é precisamente aí que se encaixa a atuação jurisdicional constitucional.

## **2 A ISENÇÃO POLÍTICA EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Aqui, partiremos do pressuposto de que a tarefa interpretativa, por mais que ligada a questões não própria ou puramente jurídicas, por mais que exercida por indivíduos não propriamente eleitos, e por mais que sujeita a eventuais desvios circunstanciais, consiste em um importantíssimo instrumento de concretização dos direitos individuais, políticos e sociais típicos das Constituições do pós-neoliberalismo, para, então, analisarmos a vulnerabilização da isenção política em sede de controle de constitucionalidade.

Como parcela específica de um sistema jurisdicional amplo no espectro do Estado democrático de direitos, a jurisdição constitucional concentrada – mais especificamente aquela exercida pelos membros de uma Corte Constitucional responsável por avaliar sob o prisma da constitucionalidade atos normativos proferidos e ratificados por outros Poderes – manifesta alguns dos elementos constitutivos e característicos do poder jurisdicional como um todo. Dentre estes, a independência e a imparcialidade apresentam destaque, mormente quando fundidos em um princípio específico: o da isenção política.

Ao magistrado comum é essencial que se coloque em uma posição afastada das controvérsias ou tendenciosidades políticas do Estado, sopesando as situações jurídicas apenas sob o prisma da legalidade ou da juridicidade, é certo, então, que a questão assume proporções muito maiores quando o magistrado em questão é responsável pelo controle de constitucionalidade em caráter concentrado (situando-se assim no epicentro ou no entrecruzamento de diversas demandas políticas, jurídicas e sociais).

Uma Corte Constitucional à qual se atribui a prerrogativa de sustar ou referendar a eficácia de um ato normativo certamente o faz justamente por atribuição

da própria Constituição – e, de consequência, sob o crivo da legitimação popular, na medida em que todo o poder emana do povo, e a Constituição é a mais pura manifestação deste poder popular -, de modo que a função jurisdicional constitucional concentrada é a materialização da defesa da Constituição por ela mesma. Neste sentido, Canotilho (2011) fala do controle constitucional como forma de expressão da supremacia normativa da carta política:

Por sua vez a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação destas duas dimensões – supralegalidade material e supralegalidade formal da constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção destes actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras e princípios constitucionais (CANOTILHO, 2011, p. 890).

Uma constituição que não previsse instituições aptas a concretizar a possibilidade de anulação dos atos normativos criados contrariamente a si não seria tecnicamente obrigatória, de modo que, ao carácter fiscalizatório de uma corte constitucional, então, corresponde automaticamente a primazia normativa da constituição. Como consequência, a jurisdição constitucional é a forma mais eficiente de reafirmar a supremacia da constituição em face do sistema político-jurídico – em uma manifestação potestativa de nível semelhante àquela expressa no art. 60, § 4º, da Constituição de 1988.

A existência de um núcleo essencial inalterável em uma Constituição aponta justamente para a imperiosidade de suas determinações como pressuposto da ordem social e democrática, e para a sustentação de toda a sociedade. A Carta Política de 1988 manifesta em termos jurídicos essa mesma teoria. Não é à toa que, ao introduzir o Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário, atribuiu-lhe, “precipuamente, a guarda da Constituição”. É justamente por isso que se confere tamanha importância a uma dada Corte no interior do Estado democrático

contemporâneo: assegurar a perenidade de uma Constituição em face de atos normativos que lhe possam vulnerabilizar é, acima de tudo, amparar a perenidade do próprio Estado e das instituições políticas frente ao transcurso das diversas aglutinações político-representativas que os sucessivos governos encampam.

Deste modo, ainda que os representantes políticos possam tencionar encaminhar o Estado para tal ou qual direção ideológico-política, a estrutura constitucional já prevê uma limitação para que se evite o desvirtuamento das funções governamentais precípuas – e, neste espeque, uma Corte Constitucional assume um caráter fundamental, posto que é ela quem proferirá a última palavra em termos de validade ou invalidade de uma norma editada pelos competentes representantes políticos. Neste sentido, traz-se novamente a lição de Canotilho (2011):

Seria, porém, menos correcto, localizar o problema da “reserva do juiz” e da “reserva de tribunais” no campo fechado do direito constitucional judiciário. [...] Este problema traz também à colação princípios estruturantes de toda ordem constitucional, como é o caso do princípio do Estado de Direito e o princípio da separação de poderes (CANOTILHO, 2011, p. 664).

Assim, em uma manifestação do princípio dos “freios e contrapesos” idealizado por Montesquieu, e manifesto já no art. 2º da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional visa a impedir mostras de poder autoritárias ou antidemocráticas através da análise da validade das normas (estas, tidas como instrumentos de governabilidade). É evidente que no exercício de tal função, e principalmente no âmbito de uma atuação em sede de controle concentrado, a Corte Constitucional se vê inserida em uma série de tensões políticas e jurídicas, trazidas de várias forças políticas relevantes.

Em primeiro lugar, a pressão política é aplicada pelos outros órgãos governamentais, os quais editaram a norma questionada em sede do controle concentrado. Os poderes do Estado, que certamente vislumbraram razões políticas

e sociais que legitimariam ou, ao menos, justificariam a edição da norma em questão, acabam por exercer influência considerável sobre o julgamento da corte constitucional.

Mais do que uma questão fática ou relativa à prática política, a problemática pode ser relacionada à própria relação entre os três poderes no seio de uma sociedade constitucional democrática, e, no caso brasileiro, possui raízes em outras instituições trazidas pela própria Constituição – como, por exemplo, o próprio processo de composição da corte constitucional, expresso mediante a indicação e ratificação conjuntas do Executivo e do Legislativo.

Afora questões relacionadas com a prática de relações político-administrativas dos indivíduos componentes dos órgãos governamentais, e mesmo levando o problema da isenção política das decisões para o plano institucional, é inegável que a pressão política exercida pelas estruturas de poder ou pelos outros poderes do Estado é um fator do qual o julgador deve isolar-se para manter a neutralidade e a isenção, principalmente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

A um segundo momento, boa parte das tensões políticas depositadas na corte constitucional refere-se às demandas de setores específicos da sociedade, que se veem afetados pelo escopo de atuação da norma questionada, e que por isso esperam exercer novamente a representatividade política, eventualmente sonhada na promulgação da mesma norma.

Assim, a invalidação de um ato normativo em sede de controle concentrado poderia representar a reafirmação do exercício da soberania popular mesma, o que justifica a atuação significativa de alguns grupos ou organizações advindas da sociedade.

O mesmo fenômeno encontra-se na base de institutos procedimentais do controle de constitucionalidade, como a figura do *amicus curiae* e a crescente tendência, por parte do Supremo Tribunal Federal, de realização de audiências públicas quando a matéria *sub judice* possui um grau considerável de relevância social. Neste ponto a jurisdição constitucional assume um caráter fortemente democrático, o que acaba por ressaltar a pressão sobre ela exercida.

Além do entrecruzamento de poderes estatais, então, a jurisdição constitucional concentrada põe-se (ou é *posta*, mais apropriadamente) como destinatária de numerosas demandas sociais – e assume a tarefa de decifrá-las, sistematizá-las e ponderá-las (idealmente) de maneira neutra ao longo do processo decisório.

Ademais, uma jurisdição constitucional deve por definição ter influência da própria constituição. Neste momento, a carta constitucional deixa de ser estática, deixa de ser fundamento inerte de uma estrutura estatal e social já consolidada, mas se manifesta fundamentalmente como a carta jurídica da dinâmica da sociedade, como a transposição normativa de um espírito social que demanda interpretação e concretização efetiva a cada conflito, seja normativo ou fático. Se há pressões políticas e sociais, há também pressões advindas do próprio texto constitucional, que demanda interpretação coerente e ponderada, sempre com o objetivo de melhor preservar sua integridade acompanhando os processos de dinâmica social.

É evidente que, pela própria natureza da função, o órgão judicante deve ter por maior prisma o próprio texto constitucional, para que sirva de principal referência na decisão. Neste sentido, Bonavides (2004) destaca aquilo que considera-se o parâmetro de atuação de uma corte constitucional, mormente em sede de controle concentrado; a premissa de que terá por base apenas e tão-somente o texto constitucional (considerando-se, evidentemente, o que se lhe está implícito):

Com efeito, ao levarem a cabo o controle concentrado de fiscalização

constitucional, os juízes constitucionais em sua função judicante podem, com a autoridade de última instância que lhes é atribuída de declarar o direito, resvalar no abuso de reescrever e positivizar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior. (BONAVIDES, 2004, p.141)

Tal questão parece óbvia, mas sua concretização é extremamente difícil, posto que a interpretação do texto constitucional é tarefa das mais complexas, tanto do ponto de vista hermenêutico quanto do técnico – tanto que é fundamentalmente a perspectiva constitucional que suscita a maior parte dos problemas relacionados com os aspectos procedimentais da decisão no controle concentrado (cf. *infra*).

De outro lado, presume-se que o magistrado ao qual se confere a prerrogativa de avaliar a constitucionalidade de um ato normativo seja capaz de exercer sua função de modo independente de todas as pressões às quais está submetido – ou de, pelo menos, ser capaz de dar maior importância à voz da Constituição mesma, extraindo seu significado fundamental mesmo em meio ao coro dissonante das simultâneas vozes sociais e políticas que se manifestam em uma lide tão complexa e significativa quanto a decisão sobre a constitucionalidade de uma norma.

A decisão proferida em tal âmbito terá consequências amplas e imediatas, e não somente nos campos político e econômico, mas também e principalmente na estrutura do Estado e das relações sociais.

Se uma Constituição não é uma carta estática, mas uma dinâmica normativa que dá sustentação a todo um ordenamento jurídico, assegurando a coexistência jurídica com base nos direitos fundamentais e na limitação da interferência do Estado na vida dos cidadãos, é certo que qualquer decisão jurisdicional que adentre em tal âmbito estará alterando esta realidade constitucional, interferindo na rede estrutural das relações entre indivíduo e Estado, e ingressando nos fundamentos da sociedade política.

E, dado o entrecruzamento de interesses políticos ou de demandas ideológicas em jogo – das quais algumas acabam invariavelmente adquirindo maior proeminência do que outras, por fatores diversos -, a carga que se deposita no julgador é multiplicada. Por esta razão, um dos fundamentos da jurisdição constitucional é o princípio da isenção política – segundo o qual o magistrado responsável pela análise concentrada da constitucionalidade de um ato normativo deve fazer sua ponderação jurídica ao largo das tensões políticas que sobre ele eventualmente se exerçam, no intuito de dar maior proeminência justamente ao texto da Constituição e dos sentidos e caracteres que a letra constitucional eventualmente traga em seus interstícios e que precisam ser extraídos em um processo de profunda interpretação.

Tal princípio significa mais do que mera imparcialidade, posto que a jurisdição constitucional concentrada está submetida a pressões políticas muito maiores do que a jurisdição ordinária. Significa mais, também, do que a mera independência decisória, porquanto as consequências da decisão serão amplas e profundas, inclusive no nível estrutural.

A isenção política é a garantia de que apenas e tão somente o sentido constitucional será o que determinará a validade de uma norma promulgada por poderes políticos outros, e que o processo interpretativo-decisório envolvido na validação ou invalidação da mesma norma ocorrerá à parte das controvérsias políticas relacionadas à criação e legitimidade da mesma norma.

Mesmo à primeira vista tem-se evidente que as tensões políticas que orbitam a norma questionada são de caráter não-técnico – e, portanto, opostos à atividade jurisdicional, que é fundamentalmente técnica do ponto de vista jurídico.

Deste modo, a isenção política é o que guia o exercício mesmo da jurisdição constitucional, na medida em que é o que põe a Constituição em evidência em detrimento de qualquer outro referencial que pudesse ser tomado pelo julgador

como indivíduo. Mesmo autores mais liberais no que tange à orientação da isenção política do controle de constitucionalidade assumem que o limite da jurisdição é dado pela própria Constituição:

Toda a legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica. No entanto – até parece um paradoxo – justamente por assentar sobre bases políticas faz ela a estabilidade do poder e, por conseqüência, sua solidez, seu reconhecimento social. O controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar; em se tratando porém de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável. (BONAVIDES, 2004, p. 131)

Não obstante, é certo que o exercício do controle constitucional também se submete a um dado procedimento – posto que, como parcela da jurisdição geral, está vinculada ao princípio também genérico da inércia do Judiciário e do respeito ao devido processo legal.

Assim, as estruturas formais do controle concentrado, trazidas tanto na própria Constituição quanto na legislação infraconstitucional, também acabam por situar-se no entrecruzamento das vozes políticas em jogo nas decisões da Corte Constitucional, na medida em que são parte do processo decisório. Nesta medida, representam uma variável relevante no plano da efetivação dos princípios jurisdicionais mencionados – sobretudo no caso da isenção política – e podem, como tais, ser analisados criticamente.

As formas instituídas pela legislação procedimental nos processos destinados ao controle concentrado de constitucionalidade podem representar entraves à isenção política do julgador, submetendo-o sob vários aspectos a inclinações políticas, pessoais, morais ou de cunho simplesmente extrajurídico ou extra constitucional. Assim, poderiam desvirtuar o real sentido da jurisdição constitucional

– a qual parte inegavelmente do pressuposto de que somente a Constituição servirá de norte para o indivíduo sobre o qual repousa o poder-dever de defendê-la sob o prisma judicante.

Passaremos, então, a analisar alguns aspectos da legislação processual brasileira, tentando definir em quais pontos podem influir na isenção política do julgador em sede de controle concentrado. Para tanto, passaremos inicialmente por uma breve (evidentemente, sem pretensão de esgotamento) exposição dos principais fatores de influência decisória no caso de tais deliberações jurídicas, para depois apontar alguns institutos processualísticos específicos como potenciais desvios ou tendenciosidades políticas no julgamento de questões constitucionais.

## **2.1 Especificidades estruturais e materiais de ordem procedimental-decisória no controle concentrado**

O processo decisório no controle concentrado apresenta problemáticas já pressupostas em virtude da própria natureza da atividade. Como se viu acima, as questões apresentadas nesta seção (ligadas à posição estrutural e ao conteúdo material da norma constitucional) são consequência direta da necessidade de a jurisdição constitucional concentrada orientar-se primordialmente pela atividade interpretativa da própria Constituição, e das tensões daí advindas.

É certo que a vigência de uma carta constitucional tem por premissa implícita a imperiosidade de sua preservação. Nesta medida, como a Constituição é responsável pelo fundamento do Estado, preservá-la é também preservar a estrutura estatal – e tal fato, em um sentido técnico, põe em destaque principal o arcabouço

constitucional, como ilustra Canotilho (2011):

A partir do Estado Constitucional, passou-se a falar de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado linguístico. No Estado constitucional o objecto de proteção não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o estado constitucional-democrático (CANOTILHO, 2011, p. 887).

A proteção estrutural do Estado então, é efetivada mediante instituições políticas destinadas à preservação da carta constitucional. É por isso que se fala em “garantias da constituição” – como elementos assecuratórios da perenidade e constância da existência da carta política, sem os quais é impossível sustentar as demais instituições da sociedade.

Assim, o papel de uma jurisdição constitucional relaciona-se com os pressupostos mesmos de existência da sociedade, posto que é a mais pura expressão da salvaguarda de suas estruturas fundamentais – cujo exercício é manifesto principalmente na possibilidade de avaliação dos atos políticos de governabilidade (atos normativos em geral) a partir de uma perspectiva eminentemente constitucional. Trata-se de “fiscalização”, no sentido estrito do termo; fiscalização ligada à garantia de observância da constituição em face do restante do ordenamento jurídico.

Neste sentido, o papel da jurisdição é fundamentalmente o de dinamizar a constituição, torná-la efetiva no móbil dão conjunto de normas jurídicas de inferior hierarquia. É por isso que Kelsen (2005) situa este âmbito judicante no interior da questão do ordenamento jurídico, como pressuposto de estabilidade político-jurídica do ordenamento; e sempre externo ao órgão responsável pela formação das normas questionadas.

A aplicação das regras constitucionais referentes à legislação só pode ser garantida efetivamente se for confiada a outro órgão que

não o corpo legislativo a tarefa de verificar se uma lei é ou não constitucional e de anulá-la se – segundo a opinião deste órgão – ela for “inconstitucional” (KELSEN, 2005, p. 208).

Posteriormente, salientando a ideia de constituição como fundamento de validade da estrutura normativa:

Aquilo que, a partir de uma perspectiva dinâmica, é a criação de uma norma determinada por uma norma superior, a constituição, torna-se, numa exposição estática de Direito, uma das condições à qual está vinculada a sanção como consequência na norma geral (que, a partir da perspectiva dinâmica, é norma inferior em relação à constituição). Numa exposição estática do Direito, as normas superiores da constituição são, por assim dizer, projetadas nas normas inferiores como partes. (KELSEN, 2005, p. 226)

Vem daí a legitimidade do controle: do elemento constitucional que se manifesta em cada norma, como parte, e é fundamento de sua validade. É possível ver que, para Kelsen, a constituição é igualmente corolário do ordenamento como um todo, em um sentido material (2005, p. 182) – o que justificaria sua preservação jurisdicional visando a integridade do sistema jurídico como um todo. O processo decisório na jurisdição constitucional apresenta, então, uma especificidade inicial ligada à perspectiva formal: o julgador responsável pela análise da constitucionalidade de uma norma deve ter em mente a totalidade do sistema jurídico, posto que é o mesmo sistema jurídico que está em jogo quando confrontado à sua validade constitucional.

Cada decisão proferida em sede de controle concentrado acaba criando uma nova realidade estrutural em termos de ordenamento jurídico; uma alteração fundamental no arcabouço normativo posto pelo Estado. É por esta razão que a jurisdição constitucional é criticada do ponto de vista político-institucional: haveria nela um caráter antidemocrático na medida em que leis promulgadas por parlamentos democraticamente eleitos seriam anuladas por cortes compostas por magistrados indicados politicamente. Uma tal crítica poderia ser até considerada válida sob alguns aspectos e em dadas condições, mas a atual conjuntura política

dos Estados tem a Constituição como a máxima expressão da democracia.

Assegurar a perenidade das instituições constitucionais por meio da fiscalização judicial das normas que a contrariam é assegurar a magnitude do poder popular, posto que é justamente a carta constitucional que manifesta de modo mais direto e basilar a noção de poder popular – sendo, portanto, a máxima expressão da soberania social e da democracia, principalmente no escopo político contemporâneo.

Temos que, para Kelsen (assim como para a imensa maioria dos teóricos do Direito Constitucional), a constituição apresenta uma distinção com relação ao restante das normas jurídicas – por ser-lhe fundamento, por instituir a própria estrutura do Estado, por ser dotada de rigidez e premissas de conservação, etc. -, então outro elemento que se lhe sobressai, quando o foco da análise é alterado, é seu conteúdo material.

É certo que uma norma constitucional não possui a mesma natureza de uma norma inferior: dispositivos constitucionais possuem inegavelmente uma carga axiológica intrínseca, por mais simples ou literais que sejam. Isso ocorre principalmente porque cada artigo da constituição é mais do que uma escolha meramente *legislativa*: trata-se de uma escolha fundamentalmente *política* feita no estabelecimento mesmo da sociedade.

Assim, as inclinações do legislador constituinte, como representante político dos indivíduos responsável pela conflagração das instituições políticas que integrarão a sociedade *a partir de então*, trarão consigo uma carga axiológica muito maior do que as demais espécies normativas – e essa diferença fundamental se manifesta também quando a jurisdição estatal é invocada para analisar o conteúdo existente em tais dispositivos.

Neste sentido, salienta José Afonso da Silva (1996, p. 42) a necessária correlação entre a constituição como figura jurídica (como norma, como documento formal ou como fundamento material do ordenamento) e a “constituição social”, ou seja, o conjunto de caracteres político-jurídicos de uma dada sociedade, os quais configurarão os limites objetivos da carta constitucional. A partir disso, é possível aferir também a legitimidade e o alcance dos dispositivos constitucionais, à medida que se aproximem ou afastem-se da conjuntura sócio-constitucional que lhes permeia:

Busca-se, assim, formular uma concepção estrutural de constituição, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se entrelaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição. (SILVA, 1996, p. 43)

Se o conteúdo material da norma constitucional é eminentemente valorativo do ponto de vista político, o posicionamento judicial na atividade interpretativa desta mesma norma certamente terá uma natureza diferente daquela que teria na análise de uma norma ordinária.

Assim, o julgamento proferido em sede de controle de constitucionalidade (mormente em sede de controle concentrado, posto que nesse caso a anulação de uma norma por contrariedade à constituição é feita direta e concisamente, sem questões intermediárias, e pelo máximo órgão responsável pela guarda da carta: a corte suprema constitucional) apresenta uma especificidade ligada não mais à pragmática da norma em face do ordenamento, mas agora relacionada com a metódica interpretativa. Ressalta Bonavides (2004) a importância da atitude interpretativa como pressuposto de eficácia jurisdicional da norma constitucional:

A dogmática interpretativa tradicional, como hermenêutica constitucional, possui hoje pouca ou nenhuma serventia. O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei. Fora, portanto, da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra a legitimidade das soluções constitucionais. Com efeito, os tribunais que dela se arredarem não terão em suas sentenças força normativa bastante com que desempenhar a magna tarefa de solver litígios sobre direitos fundamentais das novas dimensões, que impetram invariavelmente consideração ponderativa de valores para garantir com justiça a sua concretude (BONAVIDES, 2004, p.140-141).

Neste espeque, a concepção dworkiniana de uma sociedade democraticamente constitucional poderia fornecer uma perspectiva relevante: dado o fato de que o núcleo estruturante do constitucionalismo moderno orbita em torno da limitação do poder estatal e da constante ratificação e redelimitação dos direitos fundamentais, a deliberação em torno de questões constitucionais não é possível sem a argumentação moral (2006, p. 486).

Por mais que tal fato seja decorrência lógica do conteúdo material dos dispositivos constitucionais, seu reflexo no processo deliberativo e decisório em sede de controle de constitucionalidade é evidente: a maior parte das questões suscitadas em ações de controle concentrado envolve justamente a mesma carga valorativa e, neste sentido, invoca uma jurisdição que deve ser técnica, mas que acaba tendo por motivação primordial os aspectos subjetivos relativos à análise. A esse respeito Nigro (2012) leva a questão à perspectiva da moralidade nas decisões de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal:

Apesar de ser citado por diversos críticos do ativismo do STF, Dworkin defende uma revisão do conceito de democracia que atribui legitimidade 'democrática' às cortes constitucionais. Para o autor, a interpretação de uma cláusula constitucional moralmente carregada implica em realizar uma interpretação plausível da moralidade política que lhe dá sentido. [...] Quando questões envolvendo direitos fundamentais se apresentam, a regra majoritária não é suficiente para a justificação de uma decisão política. É preciso uma

interpretação moral que, no atual modelo político brasileiro, deve ser realizada pelo STF, enquanto corte constitucional, através da argumentação produzida nas suas decisões (NIGRO, 2012, p. 7).

As decisões suscitadas no controle concentrado apresentam, então, outra característica procedimental: a necessidade de ponderação moral – eminentemente subjetiva – na análise de questões jurídicas – precipuamente técnicas. Um aparente paradoxo, ao qual todo julgador está submetido, mas que no âmbito do controle concentrado assume proporções imensas, dadas a abrangência e a importância das consequências da decisão a ser tomada. Igualmente, uma tal perspectiva implica a necessidade de adaptar o processo decisório às circunstâncias políticas, morais, sociais e jurídicas que orbitam ao redor da questão, aspecto novamente salientado por Nigro (2012):

Entretanto, os limites de atuação das instâncias de deliberação não-majoritárias, como a jurisdição constitucional exercida exclusivamente pelo STF, somente podem ser demarcados no caso concreto, através da análise dos princípios envolvidos. A maleável fronteira entre legislar/criar e aplicar/reproduzir o direito, entre a função do legislador e a do julgador, apenas pode ser determinada em face aos princípios que demandam interpretação moral. Portanto, os limites de atuação da corte constitucional dependem de uma compreensão moral dos princípios envolvidos no caso (NIGRO. 2012, p.8).

Assim, mesmo ao nível de uma primeira análise, o processo decisório em sede de controle concentrado apresenta ao menos duas especificidades fundamentais: em primeiro lugar, as decisões advindas de uma corte constitucional representam a recriação (ou reafirmação) da estrutura do ordenamento, na medida em que existe uma estrutura formal bem delimitada a situar um desnível entre a norma constitucional paradigma e as demais normas jurídicas – de modo que o órgão judicante deve ter por perspectiva não apenas a norma objeto do controle, mas a totalidade do ordenamento. Como consequência, o processo decisório já tem por pressuposto a integridade do sistema normativo, e a noção de que tal

integridade depende da garantia da norma constitucional como fundamento de validade das demais.

Em um segundo momento, o processo decisório no controle concentrado caracteriza-se por apresentar um conteúdo moral mais ou menos delimitado na deliberação, graças ao conteúdo essencialmente axiológico dos dispositivos constitucionais.

Assim, interpretar uma norma constitucional com o objetivo de contrapor-la a outra norma potencialmente lesiva àquela estrutura normativa formal (conquanto dinâmica) é fundamentalmente extrair da norma constitucional seu significado moral e principiológico. A consequência de tal fato é que a decisão em sede de controle concentrado já possui tal premissa procedimental de conteúdo, de forma que o órgão julgante deve necessariamente ter por perspectiva também o conjunto de princípios morais subjacentes à questão.

Como conclusão inicial, então, tem-se que o processo decisório em sede de controle concentrado já possui pressupostos, em razão de suas especificidades naturais, ao menos dois elementos – um formal e outro material – que são relevantes do ponto de vista da isenção política. Se o julgador deve partir da integridade estrutural do ordenamento, e se deve extrair dos dispositivos constitucionais sua intrínseca carga axiológica, é natural supor que seu esforço para manter a neutralidade política deverá ser incrementado. Do ponto de vista procedimental, então, a isenção política na decisão em sede de controle concentrado apresenta-se relativizada por estes dois elementos, que são indissociáveis da fiscalização jurisdicional dos atos normativos pela própria natureza da questão.

## **2.2 Um possível interlúdio entre o procedimento decisório e a processualística constitucional: a formação do tribunal constitucional brasileiro**

A isenção política no controle concentrado ainda se manifesta em outro espectro, para além da procedimentalidade decisória e das instituições de ordem formal-processual. A própria composição da corte constitucional brasileira constitui-se em uma problemática especialmente relevante para a análise da isenção política em suas decisões.

A questão não é inédita, tendo sido alvo constante de críticas, principalmente pela mídia de massa – a maioria delas de cunho mais propriamente político do que técnico. Diz o parágrafo único do artigo 101 da Constituição de 1988 que “os [onze] Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Ora, a forma composicional da corte constitucional é elemento fundamental na análise da independência de suas decisões posteriores. A relação entre uma coisa e outra é clara, na medida em que relaciona-se com o grau de legitimidade democrática atribuído à corte como órgão jurisdicional do mais alto grau – tida como “guardiã da Constituição”, e conseqüentemente, das instituições do Estado. Nos dizeres de Canotilho (2011):

A composição de um tribunal constitucional, dadas as funções jurídico-políticas a ele atribuídas, é sempre um problema central da organização do Estado, independentemente das dimensões acentuadas na escolha concreta dos juizes (preparação técnica, capacidade funcional do órgão, função de integração da jurisprudência constitucional, representação das várias “sensibilidades políticas”, distanciação perante os poderes político-partidários, exigência de legitimação democrática) (CANOTILHO, 2011, p. 682).

Como se vê, o modo de formação de um tribunal com jurisdição constitucional possui razões e conseqüências captáveis na própria estrutura do Estado. Perceba-

se que Canotilho acentua a “distanciação perante os poderes político-partidários” como elemento determinante para a avaliação da composição de uma corte constitucional.

Invocando novamente a linha-mestra do presente trabalho, mister lembrar que a isenção política das decisões da Corte constitucional é pressuposta em sua função judicante – razão pela qual exige-se de seus membros um certo distanciamento dos poderes políticos atuantes na sociedade. É pelo mesmo motivo que o art. 95 da Constituição Federal estabelece uma série de vedações à atividade dos juízes, dentre elas (e com especial destaque dado o escopo do presente trabalho) a proibição da atividade político-partidária, no inciso III.

O modo de escolha dos integrantes do Supremo Tribunal Federal é criticado pela potencial parcialidade: é o Presidente da República quem os indicará, sob o crivo do Senado Federal (o qual, de regra, ratifica a escolha presidencial para que se mantenham as boas relações entre os Poderes). Como se vê, trata-se de uma escolha eminentemente política, cujo acentuado aspecto subjetivo pode refletir nos julgamentos posteriores.

Vários aspectos podem ser salientados neste processo: o fato de que a escolha pode se pautar pelo alinhamento ideológico do futuro magistrado (assim, a opção do/a Presidente adquiriria ares de “ato de governabilidade”), assegurando a efetividade de atos normativos ou administrativos de consensualidade frágil; ou mesmo o fato de que o Judiciário estaria completamente à parte do processo de escolha, o que poderia enfraquecer o aspecto técnico intrinsecamente necessário para o exercício de uma jurisdição minimamente competente; ou ao fato de que a “política da boa vizinhança” entre os Poderes continue a se manifestar nas decisões judiciais que se seguirão.

Há argumentos positivos, também: poder-se-ia salientar o fato de que se é a estrutura mesma do Estado que está em jogo, a sintonia entre os Poderes é

absolutamente necessária para que a ordem e a paz social possam ser sustentadas pelo maior tempo possível. Neste espeque, ainda que se admita que a “estrutura de Estado” é tomada em termos constitucionais (cf. a citação de Canotilho à página 7 do presente trabalho), e que tal sintonia possa ser desvirtuada, é fato que os conflitos institucionais entre os Poderes, historicamente, têm-se demonstrado períodos expressivamente contra-producentes em termos de exercício democrático, cidadania ou abrangência das instituições sociais.

Ademais, as críticas à composição do Supremo Tribunal Federal relacionam-se também com a relativa ausência de critérios seguros para a indicação. O art. 101 da Constituição Federal estabelece unicamente três critérios, além da indicação pelo Presidente da República propriamente dita, para a escolha dos futuros membros da corte constitucional: cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada.

À exceção das limitações relativas à idade, as outras duas exigências são fórmulas genéricas, excessivamente abertas, que possibilitam ao Presidente e ao Senado uma escolha sem o mínimo critério técnico que seria exigível tendo em conta a função a ser desempenhada. É por isso que a crítica em face do sistema de escolha dos membros da corte constitucional brasileira é tão acerba, como se ilustra através do posicionamento de Trindade (2012):

De todo modo, é possível afirmar que seguimos a tradição estadunidense. Não copiamos, entretanto, a tradição ianque relativa à sabatina. Lá, na história da Suprema Corte, doze indicações já foram rejeitadas (*rejected*), além da desistência de outras onze para evitar uma situação vexatória no Senado (*withdraw*). Por aqui, todavia, a sabatina não passa de um ritual, uma solenidade *pro forma*. No contexto brasileiro, observa-se que os governos Lula e Dilma, por exemplo, foram responsáveis pela indicação de onze ministros ao longo da última década. Atualmente, 73% da composição do Supremo Tribunal Federal é decorrente de nomeações promovidas por um único partido, o PT (TRINDADE, 2012, p. 2).

Evidentemente, o autor deixa implícito que tal fato trará consequências para o exercício judicante que se seguirá à nomeação – uma questão que está visceralmente relacionada com a isenção política nos julgamentos. O autor ainda propõe estratégias institucionais para o incremento da legitimidade e independência da corte suprema, como, por exemplo, a adoção de mandatos sucessivos para a função (ao contrário da atual vitaliciedade), como ocorre em Portugal.

Não obstante o aspecto político da questão, é certo que a problemática representa um campo considerável do ponto de vista da análise da isenção política da corte constitucional. Se é justamente o Supremo Tribunal Federal o órgão responsável por invalidar os atos normativos contrários à constituição (os mesmos atos normativos editados pelo Legislativo e pelo Executivo como instrumentos de governabilidade), o fato de sua composição pautar-se por aspectos eminentemente subjetivos, oriundos precisamente do Legislativo e do Executivo, pode representar uma variável importante nas decisões proferidas em sede de controle constitucional.

Assim, como conclusão secundária, para além das questões estruturais e materiais relativas à procedimentalidade da decisão de fiscalização constitucional, tem-se uma problemática específica relacionada à formação da corte constitucional – que pode influir na isenção política do julgador, ou na melhor das hipóteses induzi-lo a novos esforços para assegurar sua neutralidade.

### **3 OS ASPECTOS PROCESSUAIS RELATIVOS AO CONTROLE CONCENTRADO E SUA EVENTUAL INTERFERÊNCIA NA ISENÇÃO POLÍTICA**

Ultrapassando as questões iniciais e intermediárias, há também potenciais focos de problemas envolvendo as formalidades processuais dos instrumentos de controle concentrado. Apresentar-se-á apenas alguns dos possíveis pontos problematizáveis acerca do tema, em rol meramente exemplificativo, conforme se segue dos comentários tecidos adiante.

#### **3.1 A legitimação ativa para a propositura de ADI e ADC**

O artigo 103 da Constituição elege os órgãos legitimados para propor as principais ações judiciais em sede de controle concentrado: a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade. De acordo com o mencionado dispositivo:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:  
I - o Presidente da República;  
II - a Mesa do Senado Federal;  
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;  
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
VI - o Procurador-Geral da República;  
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O mesmo texto é repetido pelo artigo 2º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ADI e da ADC perante o

STF. Ora, a distribuição da legitimidade ativa para a ADI e a ADC manifesta um dado importante na averiguação da isenção política dos julgadores: todos os legitimados representam entidades políticas com considerável influência perante o magistrado responsável pelo julgamento da mesma ação.

Frise-se que tal afirmação não é feita levemente, com base na prática política ou de relações pessoais entre legitimados e julgadores; ao contrário, fala-se aqui de influências políticas *entre órgãos* de Estado.

Percebe-se que, se a jurisdição constitucional, como instituição, pretende-se politicamente isenta, as relações de interdependência orgânica que são estabelecidas pela própria constituição são absolutamente relevantes para a efetivação da isenção política do julgador.

Se a Carta constitucional de 1988 ampliou o rol de legitimados *ad causam* para os instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade, é visível que não conseguiu eliminar os potenciais elementos vulnerabilizadores da independência política do STF.

Para verificar tal fato, basta ter em mente que os dois primeiros órgãos trazidos pelos incisos do artigo 102 são precisamente os mesmos que foram responsáveis pela nomeação do magistrado que julgará a lide (tomado aqui não concretamente, mas igualmente como *instituição* política). Os seguintes são órgãos de manifesta expressividade política, cuja influência sobre o exercício da jurisdição pode ser igualmente visível: membros do Legislativo e do Executivo estadual, cuja relação com o Senado Federal é estreita independentemente da conjuntura partidária vigente (isto é, considerando-o abstratamente no plano institucional); bem como a Mesa da Câmara dos Deputados, órgão igualmente de altíssimo grau de influência política dada sua posição institucional.

Na sequência, o chefe do Ministério Público Federal, em uma tentativa de dissociar a legitimação para a propositura da ADI e da ADC dos órgãos basilares da estrutura política fundamental – tendência repetida por meio da listagem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na sequência, o dispositivo lista os partidos políticos isolados, como forma de atender à democratização (ainda que aparente) do acesso ao controle de constitucionalidade – o que parece absolutamente conflitante com a própria ideia de fixar-se uma curtíssima lista de legitimados para tanto. Por fim, instituições de menor porte em termos de representatividade e influência política: organizações sindicais ou entidades de classe – cuja expressividade ou alinhamento ideológico dificilmente poderão influenciar na isenção política no magistrado, ou o farão em menor grau.

Interessante notar que a lista do art. 102 segue nitidamente uma ordem também das possíveis influências sobre as decisões em controle concentrado: os primeiros legitimados podem trazer relevância em termos de isenção política em maior medida que os últimos. Coincidência ou não, é fato que todas as instituições ali listadas podem significar intromissões na ordem decisória do magistrado, principalmente no aspecto técnico.

Importante mencionar, também, a distinção introduzida por Makyiama (s.d.):

Cabe ressaltar que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, os legitimados acima expostos estão divididos em universais, com legitimidade ampla, e em especiais, com legitimidade vinculada à pertinência temática, a qual consiste na relação de causalidade entre a norma questionada na ação direta de inconstitucionalidade e os interesses juridicamente defendidos. (MAKYIAMA, s.d., p. 4)

A relevância desta distinção em termos de isenção política é trazida pela autora logo em seguida, alguns parágrafos adiante:

Nesse ponto, verifica-se que o STF restringiu a legitimidade dos chamados legitimados especiais, condicionando-a à pertinência temática, sem que a Constituição Federal tenha feito qualquer menção a essa restrição. [...] Importa indagar sobre a exatidão da utilização desse critério [ou seja, dos diversos critérios para a definição de “pertinência temática” utilizados pelo Supremo Tribunal Federal] fixado pelo STF no exercício de sua atividade jurisdicional. Pode-se indagar, inclusive, se não seria uma restrição indevida da legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. (MAKYIAMA, s.d., p. 9)

Importante frisar, também, que quando se trata aqui de “influência política” dos legitimados para a propositura da ADI e da ADC perante o STF, não se está a afirmar que as decisões em sede de controle concentrado são sempre proferidas tendendo ao benefício do órgão proponente (mesmo porque, se assim fosse, não haveria ADIs ou ADCs julgadas improcedentes), ou mesmo que há má-fé ou antidemocraticidade por parte da corte constitucional, dos órgãos proponentes ou mesmo da própria constituição; mas meramente que o estabelecimento de tal instituição processual acaba pondo em relevância a isenção política no processo decisório. Nesta medida, o rol de legitimados leva o julgador à necessidade de redobrar seus cuidados com a isenção e imparcialidade, potencializando seus esforços com vistas a preservar a instituição do controle concentrado de constitucionalidade.

### **3.2 A modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado.**

No intuito de regulamentar a decisão proferida em sede de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade, o art. 27 da referida Lei nº 9.868 de 1999 aduz:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional

interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ora, se as decisões proferidas em sede de controle concentrado possuem, de regra, eficácia *erga omnes* e *ex tunc* (dado que a inconstitucionalidade é vício de nulidade absoluta da norma), o art. 27 apresenta a possibilidade de relativização de tais efeitos, a depender, segundo o dispositivo, das “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

Evidentemente que tais elementos serão definidos justamente pela corte constitucional, em novo processo decisório que se assemelha em muito à estrutura da figura do ato administrativo dentro de seu escopo de conveniência e oportunidade.

Diz-se de um novo processo decisório porque não está relacionado com a controvérsia jurídico-constitucional em si, mas apenas com as circunstâncias temporais, econômicas e sociais a ela incidentais.

A analogia com o ato administrativo visa ressaltar a distinção que esta decisão de modulação dos efeitos da sentença possui em relação à declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade em si consideradas: se o escopo destas últimas buscou analisar a questão de uma perspectiva eminentemente técnica, é fato que a decisão posterior acabará por se pautar pelos aspectos políticos envolvidos na questão.

Pela própria natureza do instituto, e pelo modo como se pôs a questão nas linhas precedentes, é visível que a isenção política do julgador é novamente posta em evidência: muitas vezes os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade apresentam efeitos consideráveis do ponto de vista da governabilidade, do dispêndio orçamentário, da arrecadação tributária ou mesmo do posicionamento ideológico do

jugador em alinhamento com algum grupo social específico.

Assim, decidir modular os efeitos de uma decisão proferida em sede de controle concentrado é fundamentalmente decidir qual será o impacto imediato que tal decisão acarretará na estrutura jurídica, política ou social de todos os indivíduos envolvidos – e assim, fornecer o grau da resposta jurisdicional às diversas tensões políticas mencionadas no primeiro tópico do presente (quais sejam, os Poderes, a Sociedade e a própria Constituição). Esta influência pode ser percebida no próprio anteprojeto da referida lei, de redação do então Advogado-Geral da União Gilmar Mendes (*apud* OLIVEIRA, 2012):

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado „in concreto“ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

A referência à “vontade constitucional” é um destaque para um dos elementos em jogo quando da determinação dos efeitos da decisão em sede de controle concentrado. Do mesmo modo, as menções à “segurança jurídica” e ao “interesse social” representam também potenciais caracteres nos quais a isenção política das decisões da corte constitucional pode ser problematizada, na medida em que a opção de modulação ou não é uma decisão fundamentalmente política – e, assim, potencialmente sujeita a influências externas.

Como todos os outros pontos mencionados no presente trabalho, a modulação dos efeitos das decisões em sede de controle concentrado é meramente um potencializador do princípio da isenção política; unicamente apontando para o fato de que o julgador deverá aumentar seu grau de independência frente às influências políticas externas, mormente quando cabe a ele determinar quais efeitos

no interior da estrutura da sociedade e do Estado sua decisão lançará.

## CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, procurou-se abordar um dos mais elementares e naturais princípios da jurisdição constitucional, em face de alguns dos aspectos procedimentais-decisórios e formais-processuais do controle concentrado de constitucionalidade. Para tanto, discorreu-se acerca da possível violação à democracia pela jurisdição constitucional, abordando, ainda, os aspectos relativos a sua legitimidade e utilidade.

Entendeu-se que a integração entre a jurisdição e as dinâmicas sociais do poder seria uma forma de conferir mobilidade estrutural à Constituição de uma sociedade cuja representatividade política é insuficiente e cuja distribuição do poder estatal engloba também as estruturas judicantes. E, ao contrário de ser um polo de interferência, a jurisdição constitucional é um plano de potencialização da delimitação entre o Estado e o indivíduo por meio do respeito à separação de poderes. Além disso, auxilia a rede de direitos individuais ao realizar sua finalidade específica.

Uma sociedade que pretenda valorizar o indivíduo por meio do plexo de direitos a ele associados não pode prescindir de estruturas institucionais aptas a delimitarem o âmbito, a concretude e a significação de tal plexo, e é precisamente aí que se encaixa a atuação jurisdicional constitucional.

Entretanto, percebeu-se que a problemática em torno da jurisdição constitucional se encontrava especialmente na tarefa interpretativa, e passou-se a tratar mais específica e profundamente deste assunto.

Como particularização da jurisdição estatal como um todo, a jurisdição constitucional pauta-se pelos mesmos princípios que aquela, mas com uma expressividade mais significativa, na medida em que o conteúdo jurídico em questão possui especificidades importantes. Ora, se ao magistrado comum é essencial que se coloque em uma posição afastada das controvérsias ou tendenciosidades políticas do Estado, sopesando as situações jurídicas apenas sob o prisma da legalidade ou da juridicidade, é certo que a questão assume proporções muito maiores quando o magistrado em questão é responsável pelo controle de constitucionalidade em caráter concentrado (situando-se assim no epicentro ou no entrecruzamento de diversas demandas políticas, jurídicas e sociais).

Uma Corte Constitucional à qual se atribui a prerrogativa de sustar ou referendar a eficácia de um ato normativo certamente o faz justamente por atribuição da própria Constituição – e, de consequência, sob o crivo da legitimação popular, na medida em que todo o poder emana do povo, e a Constituição é a mais pura manifestação deste poder popular. O tribunal constitucional, então, deve situar-se em um plano equidistante dos diversos focos de influência política, como medida de justiça e de ponderabilidade na ministração da jurisdição constitucional.

Os elementos procedimentais ligados ao processo decisórios (sejam eles de ordem estrutural ou material), as potenciais tendenciosidades ideológicas acentuadas pelo processo de composição da corte, ou as questões ligadas às instituições formais processuais (relativas à legitimação *ad causam* ou à modulação dos efeitos da decisão) representam possíveis pontos de vulnerabilização de tal princípio – conquanto isto não signifique a classificação das decisões em sede de controle concentrado como tendenciosas ou parciais, mas meramente reafirme, em maior medida, a necessária atenção do julgador para com a isenção política.

## REFERÊNCIAS

ARABI, Abner Youssif Mota. A Ascensão do Judiciário e a Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e a Reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011). In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, v. 1, mai.2013. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/827/604>>. Acesso em: 11 jul.2013.

BARROSO, Luis Roberto. **O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil?pagina=25](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=25)>. Acesso em: 11 jul.2013.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: **Revista Eletrônica do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. n. 11. jan-mar.2011. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 11 jul.2013.

BONAVIDES, Paulo. A Democracia Direta, a Democracia do Terceiro Milênio, 1996. In: \_\_\_\_\_. **A Constituição Aberta**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, p. 17. apud LYCURGO, Tassos. 2006.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. In: Estudos Avançados [online]. 2004, vol.18, n.51. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 jul.2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 01**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUNA, Leonardo Athayde. Federalismo, democracia participativa e a Constituição de 1988: uma aproximação entre o Direito e a Política. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 5, v. 2, ago-dez.2013. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/779/544>>. Acesso em: 11 jul.2013.

MAKIYAMA, Tânia Takezawa. Legitimidade ativa para propositura de ações de controle de constitucionalidade. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/control\\_de\\_constitucionalidade\\_concentrado\\_-\\_legitimidade\\_ativa\\_revisado.pdf](http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/control_de_constitucionalidade_concentrado_-_legitimidade_ativa_revisado.pdf)>. Acesso em: 16 jul.2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**. A decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2008.

MILL, John Stuart. **Sobre o governo representativo**. Brasília: UnB, 1981.

NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. In: **Direito, Estado e Sociedade**. n. 41. jul.-dez.2012. Rio de Janeiro: PUCRio, 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/8artigo41.pdf>>. Acesso em: 16 jul.2013.

OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11521](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521)>. Acesso em: 17 jul.2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**..Salvador:..JusPodivm,,2009

SILVA, Allender Barreto Lima da; BRAGA, Marina Lisboa. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22156>>. Acesso em: 12.jul.2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TRINDADE, André Karam. **Quem devem ser os guardiões da Constituição?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-08/diario-classe-quem-guardioes-constituicao>>. Acesso em 16 jul.2013.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**. n. 115. abr.2006. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/pdf/115-6/Waldron.pdf>>. Acesso em: 11 jul.2013.