



PUC

**DEPARTAMENTO DE
DIREITO**

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL

por

CARLA KACELNIK

ORIENTADOR(A): FRANCISCO DE GUIMARAENS

2009.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL

por

CARLA KACELNIK

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Francisco de
Guimaraens

2009.1

“Se quiserem não será uma lenda.”¹

¹ Theodor Herzl

AGRADECIMENTOS

De início, gostaria de agradecer de forma genérica a todos que fizeram com que pudesse chegar até este momento. Foram vários pedaços de várias pessoas que se fundiram e completaram o que era necessário para um ser humano. Assim, agradeço a todos pela minha formação, seja ela intelectual, social ou moral.

Agradeço aos amigos “da vida” que desde pequenos acompanharam junto a mim a trajetória a ser percorrida. No colégio, pelo telefone, aos sábados, enfim, todos são parte essencial de mim. Só eles podem me caracterizar como realmente sou e, ainda assim, fazem questão de estar sempre por perto, em momentos esplêndidos e também em momentos difíceis. Há aqueles com quem o contato foi se esvaindo, mas nunca prejudicando a amizade; e há também aqueles que foram para longe, realizar seus sonhos e que sempre estarão aqui dentro.

Às morot, que além de mestras da vida e da cultura, se tornaram companheiras de trabalho, de dia-a-dia. Pude, só então, perceber que sem elas, não somos ninguém e a elas devemos agradecer pela manutenção de pilares de uma tradição tão bonita. Em especial, àquelas que passaram a ser grandes amigas, dividindo histórias, momentos, viagens e aventuras.

Aos grandes amigos que, há pouco tempo, jamais imaginaria que faria e que encontrei aqui. Através de seu apoio incondicional, seu carinho e amizade, pude pertencer a uma realidade que em nada se pareceu com o que eu imaginava. Foi muito melhor. A eles, com quem pude dividir, sem medo, os termos jurídicos técnicos e minhas opiniões acerca de casos e decisões polêmicas com a certeza de que saberiam do que eu estava falando. Amigos que há cinco anos atrás eu não imaginaria ter e que agora não os deixarei sair da minha vida.

E se estou falando de formação de um ser humano, como não tocar nas questões familiares? À meus avós que cumpriram a sua missão

ajudando a criar e a educar seis meninas que hoje são seis mulheres íntegras e plenamente capazes de ir atrás de seus ideais. Transmitindo os velhos hábitos e os bons modos, a sua maneira, conseguiram nos fazer sentir alegria, tristeza e até mesmo, por vezes, raiva. Mas, ainda assim, são incomparáveis nos quesitos amor e carinho e serão para sempre insubstituíveis.

Aos tios e primas que, compensando cada peça que faltava nos ajudaram a formar uma família. Família esta que, como todas as outras tem as suas desavenças, mas que quando o assunto é ajudar ao outro sempre acaba aparecendo.

Ao Daniel que, como um anjo, entrou em nossas vidas e fez tudo acontecer. Ele, que chegou de mansinho, sem muito alarde, mas já com atitudes e ideias consistentes, definitivamente é parte da família. Sem pedir nada em troca assumiu responsabilidades e carregou para si a maior de todas, cuidar da minha irmã e com certeza está conseguindo cumprir o seu papel.

À minha irmã, a quem eu devo quase tudo que sou, me viu crescer mostrando seus exemplos, sua persistência e a confirmação de que quando queremos algo, precisamos ir em frente e não desistir. À minha irmã querida, a melhor de todas, sem dúvidas, que mesmo com anos de brigas e discussões sempre me ajudou e incentivou. Tenho certeza de que posso chamá-la de minha segunda mãe.

E, por fim, mas sempre em primeiro lugar, à minha mãe. Simplesmente, minha mãe. Não precisaria dizer mais nada, mas ela não me perdoaria. À ela que deu a vida pelas filhas e, a bem da verdade, ainda dá, ao menos à esta filha. Sempre com suas ideias e cabeça fria para analisar os momentos de crise, mas ao mesmo tempo emotiva para saber se deixar levar quando necessário. Sempre com suas ideias ímpares acerca do mundo da moda, suas noites mal dormidas no sofá da sala, sempre se fez presente nos principais instantes. Ela, minha mãe. Simples assim.

À todos vocês o meu muito obrigada por tudo que foram e que continuarão sendo dentro de mim para o resto da vida. Agradeço por cada momento, cada experiência, boa ou ruim, por cada queda e cada erguida, por cada sim e cada não. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar os novos rumos que estão tomando, hoje, as decisões da mais alta Corte brasileira, o STF e suas conseqüências para a sociedade e para os outros órgãos do Judiciário e Poderes Públicos. Partiremos das noções de supremacia da Constituição e de jurisdição constitucional, que nos leva a necessidade de um tribunal constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade. Este, por sua vez, será abordado nas suas mais diversas vertentes e classificações, chegando ao sistema que vigora no ordenamento jurídico pátrio. A seu lado será trazida de modo comparativo uma abordagem do judicial review of legislation que iniciou o controle de constitucionalidade nos EUA, com base no caso emblemático *Marbury v. Madison*. Como conseqüência deste contexto, será trazida a discussão entre grandes nomes como Kelsen e Carl Schmitt, dentre outros, acerca de quem seria o guardião da Constituição. Em seguida serão abordados os novos institutos que têm direcionado as decisões do STF: o ativismo judicial e a judicialização da política, com suas definições, as opiniões divergentes que propagam e as conseqüências que têm trazido para o equilíbrio entre os Poderes. Por fim, serão analisadas jurisprudências que comprovam a incidência destes novos institutos em turbulentas e recentes decisões da nossa corte constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de constitucionalidade, Competência, Tribunal Constitucional, STF, Súmula vinculante, Emenda constitucional, Jurisdição constitucional, Ativismo Judicial, Judicialização da Política.

SUMÁRIO:

1	Introdução	10
2	A supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ..	14
2.1	O ideal constitucional	14
2.2	A supremacia constitucional	16
2.3	A jurisdição constitucional	18
2.4	O Judicial Review of Legislation	20
2.5	O controle de constitucionalidade	24
2.6	Quem será o guardião da Constituição?	31
3	O ativismo judicial e a judicialização da política	38
3.1	O ativismo judicial	38
3.1.1	As origens do ativismo judicial	39
3.1.2	O ativismo judicial no Brasil	41
3.1.3	A EC 45 de 2004	43
3.2	A judicialização da política	45
4	O ativismo judicial no STF hoje – a comprovação da tese	49
4.1	A questão da infidelidade partidária	49
4.2	A verticalização das alianças e a ADIn 3685-8/DF	58
4.3	A súmula nº. 14 (algemas)	62
5	Considerações finais	67
6	Referências bibliográficas	70

LISTA DE ABREVIações:

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

MS – Mandado de Segurança

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

1 - INTRODUÇÃO

Não faz muito tempo que o STF se tornou alvo de histórias, boatos e especulações. Na realidade, há alguns anos atrás, mal se sabia quem era a Corte responsável pelas mais importantes decisões jurídicas do país e quem dela fazia parte. Hoje, porém, páginas de jornais e revistas são preenchidas por matérias e “causos” que se perpetuam na nossa corte constitucional. Um dos mais recentes e de maior noticição foi a discussão entre dois Ministros que, hoje, já parecem mais estrelas de televisão do que magistrados que detêm um enorme poder em suas mãos. Muito dessa nova atenção desviada para o STF decorreu dos efeitos que suas decisões começaram a tomar, tanto no âmbito do Poder Judiciário, como na própria vida das pessoas.

A divisão dos Poderes e sua harmonia, um dos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, já prevista por Montesquieu há séculos, tem encontrado dificuldades de fluir como deveria. As competências estabelecidas na CRFB parecem já não ser mais suficientes para abarcar os desejos dos tribunais. A usurpação de competência vem sendo uma freqüente em nosso Judiciário e aquele, a quem confiamos a guarda de nossa Lei Fundamental, o STF, parece ser o pioneiro destas novas investidas.

Para entendermos esse novo contexto, faz-se essencial a volta às raízes deste tema. Assim como nos explica Kelsen que “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”², traz a CRFB de 1988 a função precípua do STF quando diz que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”³. Assim, resta cristalinamente comprovado que a nossa CRFB erigiu o STF para o cargo de guardião da Constituição. É sobre esta responsabilidade que o presente trabalho pretende tratar.

² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

³ CRFB de 1988 art. 102, *caput*.

Hoje, a sociedade sabe desta função do STF e está disposta a cobrar que as regras do jogo sejam respeitadas e não modificadas para que uns ou outros se beneficiem. Assim, a criação de novos institutos como, por exemplo, a súmula vinculante, desperta enorme curiosidade acerca dos métodos utilizados para que seja posta em vigor e se estes métodos estão sendo obedecidos da forma correta. Até porque, de acordo com a vinculação, a decisão não mais afetará somente as partes ligadas àquele caso concreto, mas sim todas aquelas partes que apresentarem casos dentro dos mesmos padrões. Portanto, sendo o tema de grande alarde para a sociedade e até mesmo para os meios de comunicação, é digno de uma análise que é o que se pretende aqui.

De início, para que o tema seja devidamente analisado cabe uma retração ao histórico e a importância do instituto do controle de constitucionalidade. Este assunto será elaborado em seus diferentes aspectos. Ao iniciarmos com o ideário constitucional trataremos daqueles que fizeram surgir uma Lei Maior e os motivos pelos quais acharam que ela fosse necessária, trazendo consigo revoluções que deram nova cara aos Estado Modernos.

Em seguida partiremos para a questão da supremacia constitucional evidenciando as diferenças entre poder constituinte e poder constituído e entre Constituição rígida e Constituição flexível e o porquê de ser este princípio uma das bases do controle de constitucionalidade. Continuando passamos à análise do controle em si, refletindo sobre como este instituto surgiu e distinguindo suas variadas formas e classificações.

Finalmente, chegamos ao tema da jurisdição constitucional, ou seja, ver o direito através dos olhos da Constituição. A aplicação de princípios e regras gerais que compõem a Lei Maior e que devem ser, necessariamente, inseridos na aplicação dos outros ramos do direito para que o ordenamento reflita a sua característica de unicidade.

Como meio de comparação é analisado o nascimento do controle de constitucionalidade norteamericano, o *judicial review of legislation*. Os

EUA como país de conhecidíssima vertente de *common law*, baseado em precedentes, teve como ponto inicial do seu controle o emblemático caso *Marbury v. Madison* que, por conta da decisão e argumentação de John Marshall significou o nascimento deste novo instituto. É fato que os controles norteamericano e brasileiro possuem inúmeras diferenças, porém não se pode deixar de dizer que o caso dos EUA foi sim uma das bases para a construção do nosso controle de constitucionalidade.

Como fim do primeiro capítulo e trazendo a grande discussão chegamos a indagação de quem será o guardião da Constituição. Através da pesquisa em obras de renomados autores, faz-se uma síntese do pensamento de cada um deles, chegando à conclusão de que a resposta à esta indagação é dependente de diversos fatores político-econômico-sociais, que variam com o decorrer da história.

Levando em conta que no ordenamento brasileiro o órgão escolhido pelo constituinte originário para fazer o papel de guardião da Constituição foi o STF passamos à análise de funcionamento desta corte nesta tarefa. Trazemos, assim, dois recentes institutos que estão dominando as discussões jurídicas atuais. São eles o ativismo judicial e a judicialização da política. Alguns autores tratam os dois como se fossem um só, apenas com denominações diferentes. Porém iremos explicar que, apesar de muito semelhantes, eles guardam diferenças.

O ponto chave destes institutos está na divisão de competências feita pela Constituição entre os três Poderes. Na verdade vai mais além, é a questão da usurpação e da invasão da competência de um Poder pelo outro, sempre baseada na responsabilidade pelo controle de constitucionalidade das normas, e as conseqüências que esta redefinição traz nas decisões e atuações dos órgãos judiciários. Isso apesar do que já dizia Hamilton: “... o judiciário é sem comparação o mais fraco dos três poderes, e nunca conseguirá atacar com sucesso algum dos outros dois.”⁴ (tradução livre)

⁴ No original: “... the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two.” HAMILTON, Alexander. *The*

Por fim, em vistas de comprovar a tese do ativismo judicial do STF traremos à tona a análise de três decisões jurisprudenciais proclamadas pelo Supremo em nome dos princípios da máxima efetividade das normas constitucionais e da segurança jurídica. A primeira delas, acerca do fenômeno da infidelidade partidária, em que se verá também, a questão da modulação dos efeitos; a segunda, acerca do tema da verticalização das alianças políticas nos pleitos federal, estadual e municipal e, por último, a conturbada e extremamente veiculada na mídia, decisão acerca dos requisitos necessários para o uso das algemas.

O presente trabalho utilizará o plano de estudo lógico, partindo de condições e causas para chegar a seus efeitos. Partiremos da observação de julgados e da competência do STF para sabermos se a sua atuação está de acordo com a sua função prevista na CRFB de 1988.

É importante dizer que, em nenhum momento, o presente trabalho tem a pretensão de esgotar o tema em questão, visto que sendo um tema extremamente recente ainda há muito o que ser discutido a seu respeito em nossas cortes e pela doutrina.

2 - A Supremacia da Constituição e o Controle de Constitucionalidade

2.1) O ideal constitucional

De início faz-se necessário um estudo acerca da ideia de Constituição e dos elementos que a compõem.

Desde os tempos mais remotos há a necessidade de regras que tragam equilíbrio para as sociedades. Antigamente, nos tempos em que o rei era a lei, ele decidia o que era bom e o que era ruim, o que podia ou não, o que era legal ou ilegal, até mesmo as sanções eram por ele ditadas.

Com o passar do tempo e com as transformações ocorridas entre os séculos XV e XVII, surge o Estado Moderno e com ele, o pensamento constitucional com a acepção que temos hoje. É nele que o sistema jurídico assume posição central e que a lei se torna o modo de comando normativo por excelência.

Com as mudanças ocorridas na estrutura da sociedade, especialmente nos séculos XVIII e XIX, os monarcas começaram a ser questionados sobre as regras que impunham. Ao lado desse turbulento avanço das sociedades novas ideias foram surgindo, dando à população a chance de poder se expressar e ter seus direitos garantidos. Surge, então, o Estado Liberal, trazendo a ideia de que o poder se fazia em função do consenso e a da divisão de poderes como princípio absoluto, junto com o constitucionalismo moderno fundado no iluminismo e no liberalismo.

O ideal de uma Constituição era que fosse uma norma que pudesse organizar a estrutura estatal, justificar as outras normas e estabelecer direitos e garantias que estariam acima de qualquer governante ou ser que se considerasse supremo. Podemos, então, caracterizar o ideal constitucional através das palavras de Hans Kelsen, dizendo que:

“É a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.”⁵

Se nos ativermos à teoria de Kelsen, veremos que a Constituição seria a norma que está presente no topo da pirâmide de um ordenamento jurídico, é uma norma jurídica geral a partir da qual irão surgir normas jurídicas específicas a cada caso concreto.

A Constituição surge, assim, como uma limitação do poder atribuído ao governante. Traz em seu corpo direitos e garantias fundamentais do ser humano que, de início, não podiam ser relativizados em momento algum em prol de qualquer situação de bem estar coletivo. Porém, hoje, no próprio texto da Constituição encontramos exceções a esta situação como, por exemplo, no caso da função social da propriedade, no art. 170 da CF/88 de 1988⁶, em que não cumprindo o papel que deve para o bem estar da sociedade, a propriedade poderá ser desapropriada e utilizada da maneira mais benéfica possível.

Portanto, a análise acerca da relativização ou não dos direitos e garantias expressos na Constituição dependerá de um juízo de ponderação feito pelo agente do Poder Judiciário que estará a frente de cada caso concreto. Ele deverá levar em conta os princípios do direito considerados em cada situação para saber qual dos interesses em jogo prevalecerá. Em todo caso, por conta da importância do objeto do texto constitucional com suas garantias e princípios, existirá alguém responsável por esta verificação

⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131. Nesse sentido ver SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 29 : “A ideia essencial do constitucionalismo moderno se acha na submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a subsistência de previsões e certezas para o convívio com o poder.”

⁶ CF/88 de 1988. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... III - função social da propriedade;”

e resultando dela a supremacia da Constituição, deve o seu texto ser usado como limitador dos poderes do Estado⁷.

2.2) A supremacia constitucional

“A completa independência da corte de justiça é peculiarmente essencial em uma Constituição limitada. Por uma Constituição limitada eu entendo uma que contenha exceções certas e especificadas à autoridade legislativa... Limitações deste tipo podem ser preservadas numa prática através da corte de justiça; cujo dever é declarar todos os atos contrários ao manifesto teor da Constituição nulos.”⁸ (tradução livre)

A ideia deste instituto nos remete aos primórdios da ciência constitucional através de duas importantes distinções: a primeira entre poder constituinte e poder constituído e a segunda entre Constituição rígida e Constituição flexível.

A distinção entre poder constituinte e poder constituído, pela primeira vez, coube a Emmanuel Joseph Sieyès. Diz-se poder constituinte aquele formulador das regras gerais, o fundamento da Constituição e diz-se poder constituído aquele que é constituído pela Constituição para sua aplicação e adaptação, abaixo dela. Assim sendo, não haveria limitação jurídica ao poder constituinte, “acima dele só existe o direito natural”.⁹ Tal afirmativa não encontra resistência modernamente.

⁷ Ver SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 46 “Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental”

⁸ No original: “The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited constitution. By a limited constitution I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority... Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void.” HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. New York: Bantam Classic, 1787/1788. p. 394

⁹ Sieyes apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 157

Quanto à distinção entre Constituição flexível e Constituição rígida, podemos suscitar a conceituação de Luís Roberto Barroso no que compete a primeira delas:

“Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional.”¹⁰

É bem verdade que este tipo de Constituição quase não mais existe, visto que a grande maioria dos Estados soberanos optou por adotar uma Constituição escrita e rígida. Esta, por sua vez, exige, para a sua reforma, um processo mais complexo do que aquele utilizado para a edição de normas infraconstitucionais.

A supremacia constitucional é categorizada como um princípio, o qual é o primeiro a ser levado em conta no processo da interpretação constitucional. Este deriva de um outro princípio, a rigidez constitucional, já acima esclarecida. Além disso, por força do primeiro princípio, nenhum ato jurídico ou manifestação de vontade pode existir no mundo jurídico se incompatível com a Constituição. Inclusive com relação a atos internacionais que venham a produzir efeito em território nacional.¹¹ Derivado desta rigidez encontra-se o controle de constitucionalidade.

Porém, a supremacia constitucional pode ter um sentido bem mais amplo do que meramente uma categoria. A Constituição se torna a norma suprema de um ordenamento porque é nela em que estão estabelecidos a estruturação do Estado e sua organização, as suas normas fundamentais; é nela em que estão dispostos os direitos e garantias dos seres humanos que serão oponíveis a qualquer regime ou a qualquer governo; é nela que estão

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 158

¹¹ Ainda sobre o tema acrescenta Luís Roberto Barroso: “A supremacia constitucional ... traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.” Ibid. p. 158

presentes aqueles direitos que não são só difíceis de modificar, mas sim impossíveis (cláusulas pétreas).

Nesse sentido discorre José Afonso da Silva:

“Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado...”¹²

Além disso, é na própria Constituição que encontramos os trâmites de criação legislativa, assim como as condições e meios através dos quais as leis serão aplicadas. Podemos ver também em seu texto, momentos em que abre-se uma exceção ao formalismo devido a situações emergenciais.

Por tudo isso, podemos encarar a Constituição como a norma fundamental e mais importante do nosso ordenamento jurídico que prevê e divide as competências de cada um dos três Poderes soberanos que temos em nosso Estado de Direito.

2.3) A jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional é um instituto que nasceu junto com o controle de constitucionalidade e com o Judicial Review of Legislation, que serão tratados adiante, e, ao mesmo tempo, deriva deles. O que nos propõe este instituto é que, seguindo a sua tradução do latim, digamos o direito com os olhos da Constituição. Isto é, que possamos aplicar e interpretar as nossas normas atuais e futuras de acordo com os princípios e preceitos estampados na nossa norma fundamental. Podemos então dizer, que a jurisdição constitucional nasceu como uma forma de defesa da Constituição, principalmente em relação a seus valores sociais e políticos.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45

Por isso, está intimamente ligada tanto à supremacia da Constituição, já que esta, por ser a norma suprema, lei maior, faz com que seja através dela que devemos entender o resto da legislação presente no ordenamento; e também ao controle de constitucionalidade, já que como é precipuamente a ela que devemos respeito, as normas que estiverem indo contra seus ideais e princípios devem ser consideradas inválidas, sem a possibilidade de produzir efeitos no mundo jurídico.

Daí podermos provar também a intensa relação entre a supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade. Esta relação já passa a um outro nível se tornando, assim, uma interdependência dos dois institutos, em que um necessita do outro para sobreviver.

Cada lugar acabou por escolher o sistema de defesa que mais ia ao encontro de seus ordenamentos jurídicos, ficando os EUA com o controle difuso e a Europa com o controle concentrado. No Brasil foi adotado o sistema misto, abarcando questões dos dois modelos. Outra novidade ocorrida aqui foi a redução da competência do STF à questões constitucionais, o que não o converte em Corte Constitucional. Isto porque não é o único órgão competente para o exercício da função jurisdicional, já que, como dito, no Brasil acolhemos o sistema misto, abrangendo os controles concentrado e difuso, que faz com que qualquer tribunal ou juiz possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma; e, porque, como Tribunal que é, sua principal função será dar solução aos casos concretos que a ele chegam, se possível, sem declarar a inconstitucionalidade.

Dentro desta competência direcionada ao STF, presente no art. 102 da CRFB de 1988, podemos distinguir três modalidades de jurisdição constitucional. A primeira delas, a jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, pode ser exercida por via de ação direta, interventiva ou genérica, ou ainda por via de exceção. É encontrada nos artigos 102, I, *a* e *p* e 102, III da CRFB de 1988.¹³ A segunda modalidade é a jurisdição

¹³ CRFB de 1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de

constitucional da liberdade, exercida através de remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais. Dentro desta estão os artigos 102, I, *d*; 102, I, *g*; 102, I, *i*; 102, I, *q*; 102, II, *a* e *b*¹⁴. Como última modalidade, temos a jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, que se entende pelo “exercício de atribuições judicantes, para compor litígio de natureza constitucional, mas diverso do que existe no controle da constitucionalidade das leis.”¹⁵ Nesta caso, incluem-se os artigos 102, I, *b* e *c*¹⁶ e outras hipóteses.

2.4) Judicial Review of Legislation

Este instituto ao ser criado foi tido como a maior inovação americana ao modelo inglês de controle de constitucionalidade utilizado nos Estados Unidos, substituindo a supremacia do Parlamento pela supremacia da Constituição.

constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.”

¹⁴ CRFB de 1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. II - julgar, em recurso ordinário: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político.”

¹⁵ Frederico Marques apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 561

¹⁶ CRFB de 1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.”

Antes mesmo da criação do instituto, havia juízes que negavam a aplicação de normas de direito local consideradas contrárias com as Cartas outorgadas pela Coroa em cada colônia. Este contexto facilitou a introdução do Judicial Review. Porém, a Constituição de 1787 não estabelecia expressamente o controle de constitucionalidade, apenas proclamava a superioridade hierárquica da Constituição, como feito também por Alexander Hamilton quando diz: “A interpretação das leis é a província própria e particular das cortes. Uma Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes como uma lei fundamental.”¹⁷ (tradução livre)

Depois de expressa tanto na Constituição como no compêndio dos Federalistas, a ideia do judicial review of legislation foi colocada em prática pela primeira vez no célebre caso Marbury V. Madison. Isso só foi possível porque o sistema americano abarcava as condições necessárias para que se iniciasse o judicial review, sejam elas: um texto jurídico com força normativa e hierarquicamente superior a todos os demais atos praticados pelos Poderes do Estado e a rigidez da Constituição norteamericana.

A origem deste caso encontra-se no final do mandato de John Adams como o segundo presidente dos Estados Unidos da América. O fim deste mandato deu-se por John ter perdido a eleição referente ao que seria seu segundo mandato para o candidato do Partido Republicano, Thomas Jefferson, e também pela derrota de seu partido, o Partido Federalista, na luta pela maioria parlamentar. Adams e seus partidários pretenderam assegurar a manutenção de sua força política com a nomeação de indivíduos vinculados a seu partido para cargos no Judiciário.

Ocorre que, entre a indicação e a aprovação pelo Senado dos candidatos nomeados e a sua investidura nos cargos, não houve tempo suficiente para que John Marshall (seu Secretário de estado) conferisse a alguns dos aprovados o termo formal de investidura no cargo (*commission*). Assim sendo, Jefferson, ao tomar posse, determinou a seu Secretário de

¹⁷ No original: The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law.” HAMILTON, Alexander. *The Federalist n° 78*. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. New York: Bantam Classic, 1787/1788. p. 395

Estado, James Madison, que não formalizasse a investidura daqueles que ainda não haviam assumido a judicatura. Entre esses estava William Marbury, previamente aprovado para o cargo de juiz de paz no Condado de Washington, cuja *commission* não lhe fora conferida pela falta de tempo.

Por conta disso, William Marbury ajuizou *writ of mandamus* originariamente perante a Suprema Corte, no qual pretendia obrigar o Secretário de Estado, James Madison, a lhe entregar a sua *commission* para que pudesse assumir o seu cargo em Washington.

O juiz designado para o caso, Marshall, ao exprimir seu voto, tinha diante de si uma controvérsia jurídica cuja solução poderia acarretar sérias conseqüências à independência e ao próprio funcionamento do Poder Judiciário como um todo, porque havia uma pressão política dos partidários de Jefferson em favor do impeachment de Marshall e de outros juízes.

Marshall, então, começa seu voto elaborando três perguntas que, através de sua fundamentação se propõe a responder. 1) Marbury tem direito ao cargo por ele pleiteado? Se afirmativa essa indagação, tendo sido seu direito violado, o ordenamento jurídico dos Estados Unidos lhe confere algum meio de reparação? Se afirmativa também essa, teria a Suprema Corte americana competência para apreciar seu *writ of mandamus*?¹⁸

“Como segue a questão, se a legalidade de um ato de um departamento possa ser examinada na corte de justiça ou não, deve sempre depender da natureza do ato. Se alguns atos são passíveis de exame, e outros não, deve haver alguma regra de direito que guie a corte no exercício desta jurisdição... Os atos de um oficial, como um oficial, não podem nunca ser examinados pela corte.”¹⁹
(tradução livre)

¹⁸ No original: “In the order in which the court has viewed this subject, the following questions have been considered and decided. 1. Has the applicant a right to the commission he demands? 2. If he has a right, and that right has been violated, do the laws of this court afford him a remedy? 3. If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?” U.S. Supreme Court, William Marbury v. James Madison, Feb. 1803. Disponível em <<http://www.lectlaw.com/files/case14.htm>>. Acesso em 09 mai. 2009.

¹⁹ No original: “It follows then that the question, whether the legality of an act of the ahead of a department be examinable in a court of justice or not, must always depend on the nature of that act. If some acts be examinable, and others not, there must be some rule of law to guide the court in the exercise of its jurisdiction ... The acts of such an officer, as an officer, can never be examinable by the courts.” Ibid.

Após responder afirmativamente às duas primeiras perguntas, se deteve à resposta da terceira. Começou, então, pelo exame do art. III da Constituição americana, interpretando-o de maneira estrita, de modo que concluiu que não teria sido dado pelo constituinte originário ao Congresso americano o poder de ampliar os limites da competência originária da Corte, fora os já previstos pela lei fundamental. Portanto, alargar a competência da Suprema Corte sem o respaldo da Constituição seria, assim, inconstitucional.

Ao fazer essa consideração, Marshall passou a levar em conta o que estava escrito em O Federalista n.º 78 e a ideia de que a Constituição americana seria a lei fundamental da nação e, conseqüentemente, qualquer ato legislativo que contra ela se voltasse seria eivado de nulidade. Além disso, os juízes têm por dever dizer o direito, portanto eles nunca poderiam deixar de atentar para as normas constitucionais, fazendo com que houvesse o ônus funcional de revisar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

Com isso, *Marbury v. Madison*, acabou se tornando um precedente para o fortalecimento do Judiciário e para o constitucionalismo futuro.

Assim, ficou estabelecido o controle de constitucionalidade norteamericano. Seguem suas características basilares: a) a Constituição escrita é vista como norma fundamental que descreve e ao mesmo tempo limita os poderes do Estado, reafirmando o princípio da supremacia da Constituição; b) todo e qualquer juiz chamado a decidir um caso pode deixar de aplicar uma norma da legislação ordinária caso esta esteja em confronto com os preceitos da Constituição, tornando-se vinculantes as decisões da Suprema Corte (decorrência do sistema de *common law*, baseado em precedentes); c) a lei inconstitucional é considerada nula, ou seja, inválida desde a data em que nasceu, cabendo ao Poder Judiciário apenas declarar tal nulidade que traz como conseqüência a invalidação de todos os direitos e obrigações tomados sob a eficácia da lei invalidada.

O sistema norteamericano foi importado diretamente a diversos países do mundo, inclusive aqueles de tradição romano-germânica, entre eles, o Brasil, nos quais, houve uma adaptação do sistema para o controle concentrado, em que a fiscalização das leis é confiada a um tribunal superior, um órgão jurisdicional independente.

A partir deste começo, podemos dizer que surgiram alguns sistemas de controle, sendo eles:

a) o modelo inglês, no qual vigora a supremacia do Parlamento e não da Constituição e em que os órgãos do Judiciário são incompetentes para decidir qualquer questão acerca de inconstitucionalidade;

b) o modelo francês, em que o controle é político e preventivo, ou seja, feito antes da promulgação da lei, e em que, também, o Judiciário é tido com incompetente quando o tema é a inconstitucionalidade;

c) modelo de origem norteamericana, em que o Judiciário se torna competente para decidir as questões sobre o controle de constitucionalidade, podendo deixar de aplicar norma que esteja contrária ao espírito da Constituição;

d) modelo de origem austríaca, em que o Judiciário é competente para conhecer as questões da matéria em voga, porém incompetente para decidir, o que será realizado por um tribunal especial.

2.5) O controle de constitucionalidade

Já predizia Hamilton nos Federalistas:

“É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos

tribunais. A Constituição é, de fato, e deve ser resguardada pelos juízes como a lei fundamental.”²⁰(tradução livre)

Retomando a ideia da supremacia da Constituição, temos como verdadeira a afirmativa de que se a Constituição é a norma fundamental, ditando o modo de produção das leis e limitando seu conteúdo, não é possível a existência de outras normas que a contrariem ou que vão de encontro a ela. Ou seja, todas as situações jurídicas devem se conformar com esta lei maior.

O controle de constitucionalidade se atém exatamente a esta tarefa, qual seja, verificar se as normas colocadas em uso estão de acordo com o que está escrito e previsto na Constituição , isto é, verificar a compatibilidade entre uma lei ou outro ato normativo infraconstitucional com a Constituição. Tal instituto nasceu quando começaram a surgir divergências entre as Constituições da época e outras normas existentes. Qual deveria prevalecer? Seria somente uma questão de superioridade hierárquica ou seria necessária uma análise mais aprofundada? Para que estas perguntas fossem respondidas foi criado tal instituto. Há quem diga também que o controle ia se tornar um meio de proteção do povo contra os abusos de poder dos governantes.

Para que uma norma possa ser analisada, cabe a nós lembrar três momentos pelos quais ela passa: a existência, a validade e a eficácia. No plano da existência, ou seja, para que uma norma exista como tal é necessária a verificação dos elementos constitutivos previamente definidos em lei como causa eficiente de sua incidência. A ausência destes elementos impede que a norma sequer entre no mundo jurídico. Será, portanto, um ato jurídico inexistente.

²⁰ No original: “It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law.” HAMILTON, Alexander. *The Federalist n° 78*. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. New York: Bantam Classic, 1787/1788. p. 395

Já, o plano da validade pressupõe a análise dos elementos do ato jurídico para saber se eles preenchem os requisitos enumerados pela lei. Se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes para a incidência da lei, o ato será existente. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos de forma adequada, competência e licitude, o ato que já existe será também válido. A ausência de algum dos requisitos mencionados anteriormente acarreta a invalidade do ato que, dependendo da gravidade da violação pode cominar em nulidade ou anulabilidade. Assim sendo, uma norma considerada inconstitucional será uma norma inválida, visto que ingressou no mundo jurídico.

Por fim, temos o plano da eficácia que consiste em verificar a aptidão da norma para produzir efeitos. Reconhecida a invalidade do ato jurídico, a norma inconstitucional não deverá ser aplicada. Se uma lei que vai contra a Constituição pudesse reger alguma situação e produzir efeitos regulares e válidos, representaria uma negação a Constituição. Assim sendo, a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, já que provêm de um vício de origem e da impossibilidade de convalidação do ato. No Brasil, em regra, os efeitos desta decisão são retroativos, isto é, voltam ao momento de entrada da lei no mundo jurídico, porém há divergências a respeito do assunto.

Existem duas espécies de inconstitucionalidade: a formal e a material. A inconstitucionalidade formal ocorre quando um ato foi produzido sem obedecer as normas de competência ou o procedimento previamente estabelecido. A inconstitucionalidade formal pode ser orgânica, quando o vício de forma é decorrente da inobservância de regra de competência para a edição do ato, e pode ser formal propriamente dita quando o vício é decorrente da inobservância do processo legislativo próprio (iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto). Tanto as regras de competência quanto o processo legislativo estão expressamente dispostos na Constituição.

Já, a inconstitucionalidade será material quando o conteúdo da norma infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva, seja ela regra ou princípio, prevista na Constituição. Nada impede que em um mesmo ato legislativo se encontre a inconstitucionalidade formal e, também, a material.

A inconstitucionalidade de uma norma pode surgir por ação ou por omissão. Quando ocorrer por ação, há alguma norma que foi feita e não observa os preceitos e princípios estabelecidos na Constituição, fazendo com que, se tal falta for ignorada, possam surgir divergências quando da aplicação de tal norma. Portanto, os atos relevantes são aqueles emanados do Poder Legislativo.

Quando ocorrer por omissão, será o caso da falta de alguma formalidade necessária à criação ou a aplicabilidade de alguma norma, ou seja, a inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais e de edição imposta pela própria Constituição. A inércia poderá ser total ou parcial. A omissão total configura-se quando o legislador abstém-se inteiramente de atuar. Em hipótese como essa, abrem-se três opções: ou é reconhecida a auto-aplicabilidade da norma e faz-se com que ela incida imediatamente; ou é declarada a existência da omissão, fazendo com que o órgão competente se torne um “devedor” da norma (prática mais comum no direito brasileiro); ou, ainda, não sendo a norma auto-aplicável, cria-se para o caso concreto a regra que falta. A inércia parcial será encontrada em duas espécies: a relativa, quando a lei exclui de seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar inserida, afetando o princípio da isonomia; ou a parcial propriamente dita, quando o legislador atua de modo insuficiente ou deficiente em relação a sua obrigação.

Para que nenhuma destas normas tenha validade e consiga produzir efeitos no mundo jurídico, devem ser declaradas inconstitucionais de pronto.

A doutrina traz ainda outras classificações com relação às inconstitucionalidades. A inconstitucionalidade será: total quando acolher a íntegra do diploma impugnado; ou parcial quando recair sobre um ou alguns dispositivos presentes no diploma, caso em que a lei não perde sua validade jurídica visto que houve partes que subsistiram. A inconstitucionalidade pode, ainda, ser: direta, quando a antinomia entre o ato e a Constituição é frontal, direta; indireta, quando o ato antes de ir contra a Constituição vai contra uma lei. Por fim, podemos classificá-la em: originária, quando a lei, no momento de seu ingresso no mundo jurídico, era incompatível com a Constituição em vigor; superveniente, quando o conflito decorrer de uma nova norma constitucional ou emenda.

O controle de constitucionalidade pode ser identificado através de três grandes modelos: o americano, o austríaco e o francês. Através deles é possível obter algumas classificações.

A primeira delas é quanto à natureza do órgão de controle. O controle pode ser político, quando a fiscalização for exercida por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado diretamente ao Parlamento. O controle será judicial, quando a fiscalização for exercida pelo Judiciário, por conta de ser a Constituição a lei suprema.

Podemos dizer ainda que há três sistemas de controle de constitucionalidade. O primeiro deles, o político é aquele em que a verificação da conformidade da lei com a Constituição é feita por órgãos políticos. O segundo, denominado controle jurisdicional, nascido nos EUA, é aquele em que esta tarefa é delegada ao Poder Judiciário. O terceiro e último é o controle misto, assim denominado porque abarca um pouco de cada um dos anteriores, ou seja, dependendo da categoria da lei ela será examinada por órgãos políticos ou por órgãos do Poder Judiciário.

A próxima classificação é quanto ao momento de exercício do controle. Este pode ser preventivo, quando realizado antes da conversão de um projeto em lei e visa impedir que um ato inconstitucional entre em

vigor. O controle pode ser repressivo quando é realizado *a posteriori*, ou seja, quando a lei já está em vigor e deseja interromper a sua eficácia.

Há a ainda a classificação de acordo com o órgão judicial que exerce o controle. Neste caso, o controle pode ser difuso, quando se permite que todo e qualquer juiz ou tribunal reconheça a inconstitucionalidade de uma norma e sua não aplicação. Sua origem se deu no caso *Marbury V. Madison*, que já foi analisado. O controle pode ser também concentrado, quando será ele exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados para este fim, tendo a fiscalização como sua função principal. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus.

A última classificação é de acordo com a forma ou modo de controle judicial. Sendo assim, o controle pode ser exercido por via incidental quando a fiscalização se dá por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. A questão constitucional figurará como questão prejudicial, tendo que ser decidida para que o litígio possa ser resolvido. A inconstitucionalidade pode ser argüida ainda por via principal ou ação direta quando o controle é exercido fora de um caso concreto específico, independente de uma disputa de partes. Trata-se da preservação da harmonia do sistema jurídico.

A inconstitucionalidade, então, pode ser questionada de três formas distintas: a) através de uma exceção ou ação incidental, em que a inconstitucionalidade é argüida pela parte demandada no processo; b) através de uma ação direta de inconstitucionalidade direcionada ao órgão competente para seu julgamento, neste caso pode ser uma ação popular; c) pela iniciativa do juiz dentro de um caso concreto.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido com a República, sendo expresso na Constituição de 1891.²¹ De acordo com tais

²¹ Constituição de 1891: “Art. 59 § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

artigos, a competência para pronunciar a invalidade das leis frente à Constituição foi atribuída à União e aos Estados. O modelo adotado foi o americano com o controle incidental e difuso. Na Constituição de 1934 houve a inserção de um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do STF, a representação interventiva.²² A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais precisava ser previamente submetida a mais alta corte para que fosse declarada a sua constitucionalidade.

Só houve uma grande transformação com a EC 16 de 1965, na vigência da Constituição de 1946. Instituiu-se a ação genérica de inconstitucionalidade.²³ Introduzia-se, assim, um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no STF. A Constituição de 1967 não trouxe modificações importantes. Já a Constituição de 1969, previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção estatal em Município. Com a EC 7 de 1977 houve o fim da controvérsia acerca do cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo a competência do STF para deferí-la.²⁴

A CRFB de 1988 manteve o sistema misto, combinando o controle por via incidental e difuso com o controle por via principal e concentrado.²⁵ A grande inovação foi o fim do monopólio exercido pelo Procurador Geral

²² Constituição de 1934: “Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.”

²³ Constituição de 1946: “Art. 101, I, *k*. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: *k*) a representação contra inconstitucionalidade da lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.”

²⁴ Constituição de 1969: “Art. 119, I, *p*. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente: *p*) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.”

²⁵ CRFB de 1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;..., III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

da República para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.²⁶ Com a EC 3 de 1993, foi criada a ação direta de constitucionalidade. Hoje, portanto, temos no Brasil um rol de métodos específicos para propor um controle de constitucionalidade de que constam: a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a), a ação direta interventiva (art. 36, III) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).²⁷

2.6) Quem será o guardião da Constituição?

Depois de esclarecidos os pontos iniciais necessários para o trabalho em questão, cabe acentuar a dúvida que aqui surgiu neste contexto: quem, afinal, será o guardião da Constituição? Aqui analisaremos os estudos de alguns filósofos sobre o tema.

Aquele que exerce o controle, ou seja, guarda para que a legislação esteja de acordo com a Constituição será aqui denominado como “guardião da Constituição”, como já o foi por ilustres pensadores. O sentido originário desta expressão traz a ideia de garante da Constituição, aquele que zelará para que suas regras e condutas sejam fielmente obedecidas e quando desobedecidas forem, tomará as providências cabíveis.

O primeiro deles é Carl Schmitt que, situado no contexto do entre guerras na Alemanha, assegura que o guardião da Constituição deva ser o comandante do Reich. Ele parte do modelo norte-americano para construir a

²⁶ CRFB de 1988. “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.”

²⁷ Todos os artigos citados correspondem à CRFB de 1988.

sua ideia de guardião. Para Schmitt porém, a Suprema Corte americana não passa de uma instância sentenciadora, o que não pode ocorrer nos países europeus continentais.

Defende Schmitt que o controle não pode ser exercido com base em princípios e preceitos, mas deve ter como parâmetro a norma constitucional normatizada, somente esta possibilita uma confrontação com a lei ordinária. Traz também a ideia de que o controle é exercido somente na forma incidental, ou seja, como acessório de um caso concreto que está tramitando na justiça alemã, e de forma difusa, já que qualquer juiz pode trazer à tona a questão da inconstitucionalidade e seu resultado servirá apenas como precedente da justiça alemã.

O controle de constitucionalidade só é admitido em situações emergenciais, em casos em que o juiz está diante da divergência e tem que resolvê-la para continuar a apreciação da real questão em discussão. Diz o constitucionalista que a justiça não pode ser a guardiã, pois estava vinculada à lei ordinária antes de se vincular à Constituição. Aos cidadãos também não é concedido o cargo, visto que isto seria permitir um direito geral de insubordinação, possibilitar legitimamente a resistência, a revolução, já que partindo da ideia de que o povo era a fonte de todo o poder havia a necessidade de conter a ação do governante.

Remete ainda à possibilidade dos legisladores serem os guardiões, ideia que rapidamente é atacada, visto que estes passaram a ser o risco para a Constituição. Isso porque, “o guardião não deve se proteger abstrata e simplesmente, mas, sim, se proteger contra riscos bem definidos e temidos concretamente”²⁸. Antigamente, o risco provinha do Executivo, ou seja, do governo, mas a preocupação hoje se dirige, sobretudo, contra o legislador. A regulamentação da norma constitucional serve para tutelar interesses, especialmente interesses da minoria contra a grande maioria, que antes eram assuntos de legislação ordinária. Assim, para alguns, a verdadeira concepção de democracia passou a ser a proteção da minoria. A “mudança

²⁸ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 36

de função do regulamento da norma constitucional é sempre seguida, naturalmente, por uma mudança da concepção do guardião da Constituição”²⁹. Por isso, tem-se a proteção contra a legislação por parte da maioria parlamentar.

Diz Schmitt para caracterizar o chefe de Estado que “o chefe de Estado em semelhante Constituição representa a continuidade e a permanência da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que, por motivos da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade, a qual faz parte da vida de cada Estado, assim como o poder e poder de comando que se tornam diariamente ativos.”³⁰ Para diferenciá-lo do poder neutro diz que: “a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em casos de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder e também não tem que normalmente estar, em seu exercício, de acordo com a natureza do assunto, discreta e morosa. Apesar disso, ela existe e é indispensável, pelo menos no sistema do Estado de direito com diferenciação dos poderes.”³¹

Quando chega a vez de analisar a possibilidade de um tribunal ser o guardião, Schmitt enuncia que se for dada tal competência ao tribunal sem lhe estabelecer um conceito de divergências constitucionais, seria o mesmo que lhe entregar a decisão sobre sua competência. Em conclusão, para ele o guardião deve ser o governo, já que a posição do chefe de Estado está ligada à representação da unidade política por inteiro. Justifica sua escolha através da qualidade da independência possuída pelo governante e, portanto, sua neutralidade.

O poder neutro, ideia criada por Benjamin Constant, seria um poder político mais forte, situado entre as opiniões divergentes, o que não quer

²⁹ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 38

³⁰ *Ibid.* p. 199

³¹ *Ibid.* p. 200

dizer que seria uma relação de subordinação com os outros poderes e sim, uma relação de coordenação. A função de salvaguardar a Constituição não poderia ser entregue a nenhum dos poderes pois haveria um sobrepeso dele em relação aos outros poderes. Este poder neutro equilibraria os outros por meio de poderes específicos.

Hans Kelsen, por sua vez, irá rebater alguns dos argumentos de Schmitt trazendo à tona a sua teoria. De início, prega ele que se, realmente, alguma instituição for criada para controlar a conformidade das leis em relação à Constituição, então este controle não deve ser confiado a órgãos que poderão ter seus atos controlados.

Começa a partir daí uma discussão sobre qual seria a natureza desse ato de declarar a inconstitucionalidade, se seria um ato político ou um ato jurídico, partindo do pressuposto de que entre estas duas funções há uma contradição essencial. Porém, sendo a política um “ato de poder”, um juiz ao decidir uma lide, ou seja, um ato decisório, nada mais estaria fazendo do que exercer um “ato de poder”. Portanto, o caráter político da jurisdição será tão forte quanto o for o poder discricionário que a legislação lhe cede. “Todo conflito jurídico é, na verdade, um conflito de interesses ou de poder.”³²

O controle de constitucionalidade foi precipuamente pensado para resolver questões de caráter formal, ou seja, se os trâmites e processos que a lei passou para ter eficácia e efetividade estão dentro dos estipulados pela Constituição. Entretanto, há um outro tipo de inconstitucionalidade, aquela que se observa com relação ao conteúdo da norma que está sendo questionada, isto é, se o conteúdo dela está de acordo com os princípios e preceitos compreendidos na Constituição.

Em meio aos pensamentos surge a dúvida: sob a tutela de que parte do Poder colocaremos o controle? Afinal, este é dividido em dois e uma destas partes, governo ou parlamento, terá que assumir esta responsabilidade. O medo que aqui reside é que uma dessas pontas ultrapasse a competência que lhe foi conferida pela Constituição.

³² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 252

Kelsen desbanca a ideia de ser o parlamento o guardião dizendo que a vontade coletiva, aquela que realmente rege o Estado não é produzida por ele e sim pelo povo que forma o Estado e tem um interesse coletivo homogêneo, a vontade geral do povo, ideal basilar da democracia.

Cabe ainda, ressaltar um outro problema quando se afirma que o governante é o guardião. A Constituição é repleta de ideais e princípios elaborados pelos constituintes que têm que prevalecer sobre a vontade do atual governante, o que decorre da ideia de que ficar totalmente a mercê da vontade de cada governante é, no mínimo, perigoso e arriscado. Isto também ocorre com a atividade jurisdicional, que caminha conjuntamente com o controle, já que ela não se resume somente à aplicação da lei ou das normas, é constituída também de um ato volitivo, ou seja, a vontade daquele que exerce tal função é de suma importância. Tal situação também deve estar de acordo com os ideais e princípios presentes na Constituição, porque ficar nas mãos de “aplicadores do direito” passa a ser tão perigoso quanto ficar nas mãos do governante.

Por fim, iremos percorrer a análise da questão acerca da criação de uma instância especial, isto é, um tribunal constitucional que seja competente para conhecer e decidir sobre as lides acerca do tema.

Com esta instância especial organizamos um ciclo que parece fechar. Em primeiro lugar temos a Constituição como norma fundamental, portanto, superior às demais; a seguir, encaramos o Poder Judiciário, a quem dentro do Estado de Direito cabe a aplicação das normas, entendidas aqui como legislações infraconstitucionais; por fim, temos o Poder Judiciário, aqui encarado como aplicador das normas constitucionais e zelador da manutenção e supremacia de seus efeitos sobre outras normas legais.

O tribunal constitucional tem a seu favor ser um “poder” imparcial, que baseará suas decisões apenas sobre os fundamentos de fato e de direito ligadas ao tema em debate, sem se ater à questões políticas. Não será tendencioso na sua interpretação da Constituição para atender a seus

interesses. Somente um órgão com tal imparcialidade, formado por membros independentes, seria capaz de exercer tal função mantendo o equilíbrio entre os Poderes. Afinal, ao interpretar a Constituição, este tribunal estará a reescrevendo de acordo com os seus conceitos e suas perspectivas, de acordo com o contexto histórico, suas “visões de mundo”, por isso faz-se fundamental a imparcialidade.

O papel da Corte Constitucional não se assenta somente no cuidado de preservar o ordenamento de possíveis divergências, impossibilitando o efeito àquelas normas contrárias ao disposto na Constituição, cabe a ele inflar o debate público acerca de situações envolvendo os princípios constitucionais, fazendo com que os cidadãos que estejam no poder saibam que é a partir destes princípios que a sociedade é regida.

Ainda no embate com o Parlamento, podemos dizer que os juízes constitucionais estão mais aptos a decidir questões com relações a princípios devido a sua formação e independência, enquanto que, o parlamento e o governo, devido à maneira como foram escolhidos pelo sufrágio popular, estão mais aptos a decidir as políticas públicas necessárias para melhor satisfazer a coletividade.

Interessante destacar, neste ponto, a visão de John Hart Ely, outro importante estudioso do tema, que diz:

“A Constituição é um documento cuja finalidade precípua é procedimental, destinada a viabilizar que cada geração se autogoverne, consoante as decisões da maioria. Não contém ela, assim, um quadro de valores a ser descoberto; ao contrário, estabelece apenas os meios de chegar a tais valores.”³³

Ou seja, a interpretação por quem quer que seja feita não permitirá voos rasantes do intérprete, já que a Constituição traz todo um caminho que nos faz chegar aos princípios que considera fundamentais.

³³ John Hart Ely apud BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 102

Também é importante ressaltar que, apesar de a Corte Constitucional ter essa relativa liberdade, derivada da necessidade de interpretação da Constituição, todas as suas decisões devem ser amplamente fundamentadas para que se comprove que o resultado do trabalho não é uma mera vontade do intérprete, mas que sim tem base na legislação em vigor, legitimando que a discricionariedade possibilitada aos membros desta Corte é necessária e perfeitamente admissível.

Portanto, Gustavo Binenbojm vem nos dizer que o Tribunal Constitucional não pode ser visto como o “guardião da Constituição”, o garante dos direitos fundamentais e da democracia. Deve ser ele considerado como uma instância que possibilita uma reflexão nacional acerca das decisões da maioria e de suas próprias decisões. Assim sendo, para melhor proveito desta instância seria de bom grado que os juízes atuassem de forma paralela com os agentes políticos para fazer com que a sociedade seja “guardada” como um todo.

3 – O Ativismo Judicial e a Judicialização da Política

As discussões travadas no capítulo anterior tiveram por objetivo desenhar o contexto do tema central deste trabalho, qual seja o ativismo judicial e a judicialização da política. Pode-se, então, concluir que estes dois recentes institutos derivam quase que naturalmente da ideia de controle de constitucionalidade e da responsabilidade que pesa sobre quem assume a função de guardar a Constituição.

A CRFB de 1988 consagrou a limitação do poder e a promoção dos direitos fundamentais. Ela passou a ser o centro do sistema jurídico de onde erradia sua força normativa e principiológica, trazendo o fenômeno da constitucionalização do direito, ou seja, uma troca entre a Constituição e as normas infraconstitucionais. É uma via de mão dupla, enquanto a Constituição recebe princípios e conceitos do direito infraconstitucional, ela também os envia, fazendo com que o alcance e o sentido dos institutos do direito infraconstitucional sejam alterados.

Como apresentado anteriormente, o responsável em nosso ordenamento pela guarda da Constituição é o Poder Judiciário, em especial o STF. Assim sendo, estes dois órgãos passam a ser o centro de decisões sobre o tema e coprotagonistas de questões políticas.

3.1) O Ativismo Judicial

“... quais são os parâmetros, de uma perspectiva estritamente normativa da divisão constitucional dos poderes, delimitadores da competência constitucional do Judiciário para o exercício de suas funções, notadamente aqui a de controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, fora dos quais

sua peculiaridade de órgão incumbido de interpretar os limites constitucionais de sua própria atividade dá margem que ele exorbite esses mesmos limites?”³⁴

O Ativismo Judicial pode ser entendido como uma atitude, uma posição filosófica do intérprete, uma pró-atividade na concretização da CRFB, em resumo, levar a CRFB em lugares que nela não estão previstos.

3.1.1) As origens do Ativismo Judicial

“... a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha, e portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.”³⁵

Desde sempre, uma das principais características da atuação do Poder Judiciário, que inclusive o diferencia dos outros dois poderes, é a inércia original de seus agentes legitimamente competentes. O propósito desta inércia é assegurar um atributo essencial a este Poder: a imparcialidade do juiz. Já era essa ideia manifestada por Montesquieu quando elaborou a divisão dos poderes, fazendo com que o Judiciário fosse composto por, nada mais do que “escravos da lei”.

Os tribunais constitucionais criados, efetivamente, no pós-guerra tinham como função principal serem guardiões dos direitos fundamentais, mesmo que contra atos do Parlamento que eventualmente expressassem a vontade da maioria. Para eles, então, foi conferida com exclusividade a jurisdição constitucional concentrada, baseada no modelo de Kelsen. Estruturalmente, também, estas cortes eram diferentes das outras: eram órgãos autônomos e independentes dos demais poderes, inclusive do Judiciário, e seus integrantes, apesar de não pertencerem ao corpo do

³⁴ SCHETTINO, José Gomes Riberto. *Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual*. Rio de Janeiro, 2008. 174 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da PUC- Rio. p. 90

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 129

Judiciário, gozavam de suas prerrogativas. Desde este momento, a ideia de dissociação destas cortes com a política era irreal, visto que a função de legislador negativo, como pregava Kelsen, possuía dentro de si um caráter político e não apenas jurídico.

Uma diferença importante entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law* reside na solução dada por ambos os sistemas em casos de preenchimento de lacunas. Nos países que adotam o *Civil Law*, esta lacuna será suprida por juízes através da analogia ou por princípios extraídos das leis. Já, no sistema de *Common Law*, a supressão da lacuna é feita pela interpretação dos juízes, pelo direito desenvolvido por eles. Isso faz com que os juízes no *Common Law* tenham maior autoridade, o que não faz com que o fenômeno da criação pelo judiciário hoje seja maior em um ou outro sistema, em decorrência da instituição de tribunais constitucionais.³⁶

Com o novo modelo de Constituição, recheada de princípios e valores, a atuação do intérprete acaba se expandindo em detrimento da atuação do legislador. Além disso, como os princípios têm conteúdo menos denso que as regras, acabam ocorrendo conflitos entre princípios, o que faz com que o julgador tenha que fazer uma ponderação entre os princípios em questão e ver qual será aquele que receberá a proteção constitucional. Os conflitos entre o Judiciário e o Poder Legislativo, então, acabam sendo decorrência normal e até previsível do sistema de freios e contrapesos que consagrou o controle judicial da constitucionalidade dos atos do poder público.

Ainda que exista o conflito, não é qualquer decisão que pode ser configurada como Ativismo Judicial porque pode ela estar, muito bem, dentro dos limites impostos pela Constituição ao Poder Judiciário, os quais determinam a atuação do juiz. Portanto, seria Ativismo Judicial se houvesse manifestação da corte, acerca do controle de constitucionalidade, além do estrito objeto de seu conhecimento.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 123

3.1.2) O Ativismo Judicial no Brasil

Comparando o modelo estrutural do Brasil com o dos EUA, nos atemos às diferenças, já que são inúmeras e gritantes. Contudo, nos dois modelos foi possível a construção de um Ativismo Judicial que está presente hoje.

Cabe analisar com mais cuidado as diferenças entre as Constituições de ambos os países. A Constituição norteamericana pode ser considerada uma Constituição sintética, visto que é compreendida por sete artigos e foi alvo de 27 emendas ao longo de seu tempo de vigência. Sendo tão enxuta, surge a margem à Suprema Corte de fazer suas construções. Já a Constituição brasileira pode ser considerada como analítica, visto que aborda profundamente inúmeras matérias. Assim, ainda que o STF se propusesse a somente interpretar literalmente o que está na Constituição, haveria uma ampla margem de aplicação do conteúdo da Lei Fundamental.

Como cabe ao juiz definir a própria competência, qualquer decisão que acarrete a ampliação dos limites delimitados para o exercício de sua jurisdição, significará a concentração de poder em sua esfera de decisões. Também assim, quando o Judiciário se propõe a definir discricionariamente a abrangência temporal, espacial e funcional da eficácia de suas decisões, fica complicado conseguir distinguir um quadro de freios e contrapesos que justifica a separação de poderes.

Podemos distinguir dois tipos de Ativismo Judicial. Primeiramente temos o ativismo material, significando a situação em que o Judiciário ao ter sido solicitado para a resolução de um conflito, discute o mérito de assuntos que não lhe dizem respeito. Já, o ativismo processual, pode ser tido como a situação em que o Judiciário ao julgar uma demanda, independente de seu mérito, tenha alargado seu campo de decisão, concentrando em si mais poder do que lhe foi atribuído pela Constituição.

“*Mutatis mutandis*, o ativismo judicial processual ou formal é o desrespeito, em desequilíbrio ao postulado da separação de poderes, pelo Poder Judiciário das regras de ordem técnica ou procedimental para o exercício da jurisdição, ao passo que o ativismo judicial material ou clássico configura-se na manifestação indevida por esse Poder acerca do mérito, ou seja, do conteúdo de questões da competência dos outros poderes.”³⁷

Em ambos os casos, a conseqüência acaba por ser a mesma, a exorbitância dos limites constitucionais para o exercício da jurisdição, com a diferença que no ativismo material o Judiciário invade a competência de outros poderes, enquanto que, no processual, independentemente da invasão ou não na competência de outro poder, ele alarga a sua competência.

O que torna, então, uma decisão ativista não tem relação com o mérito de sua questão, e sim se quem julgou tinha competência para tanto, ou conferir à decisão um efeito que não lhe foi atribuído pela Constituição.

Assim, podemos dizer que no Brasil, apesar de comportar o sistema misto de controle de constitucionalidade, tendo sua vertente difusa e concentrada, a CRFB de 1988, deu ênfase ao modelo concentrado, fazendo com que as ações diretas de inconstitucionalidade pudessem ser veiculadas diretamente no STF. Além disso, a EC nº 3 de 1993 atribuiu à decisão de declaração de constitucionalidade eficácia *erga omnes*, fazendo com que os efeitos daquela decisão sejam válidos para todas as pessoas e não só para as partes, e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, fazendo com que estes tenham que adotar este entendimento em situações análogas.

Cumpra a nós reconhecer que, apesar do crescente ativismo judicial presente hoje na jurisprudência do STF, durante um período de tempo, no início da vigência da CRFB de 1988, este órgão se limitou a exercer a sua competência e restringiu os efeitos de suas decisões.

Há, no STF hoje, três possibilidades de manifestação do Ativismo Judicial: 1) estender o alcance dos princípios constitucionais; 2) a declaração de inconstitucionalidade dos atos de outros Poderes por critérios

³⁷ SCHETTINO, José Gomes Riberto. *Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual*. Rio de Janeiro, 2008. 174 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da PUC- Rio p. 111

mais flexíveis e não se atendo estritamente ao que está escrito, utilizando a dúvida razoável; 3) a imposição pelo Judiciário de condutas ou abstenções ao Poder executivo.

3.1.3) A EC 45 de 2004

Em 2004, houve um fenômeno conhecido como “a reforma do judiciário”, que trouxe importantes mudanças na competência do STF concentrando mais poderes em sua esfera de decisões e, entre elas, foi criada a EC 45.

De acordo com esta EC 45, a CRFB passa a ter o art. 103-A³⁸ que dispõe acerca do recente instituto da súmula vinculante³⁹. Este instituto se origina do perigo na segurança jurídica do ordenamento causado pela multiplicação de controvérsias envolvendo questões idênticas, em que o STF, de ofício ou mediante provocação daqueles legitimados a oferecer ação direta de inconstitucionalidade, por decisão de dois terços de seus membros, edite súmula que reflita o entendimento alcançado acerca da questão, com efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

³⁸ CRFB 1988. "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

³⁹ Súmula vinculante que tem como correspondente no *Common Law* a regra do “*stare decisis*”, ou seja, o vínculo aos precedentes judiciários.

Esta súmula representa a aproximação aqui dos modelos de controle de constitucionalidade concentrado e difuso, já que “... a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época – aplicam-se a ambas as famílias jurídicas.”⁴⁰

Ainda dentro da EC 45 e relativo a esta aproximação, podemos citar a questão da “repercussão geral”, aposta no art. 102, §3º ⁴¹, em que para que o Tribunal aprecie a questão, faz-se necessário que o recorrente demonstre a “repercussão geral”. É considerável o objetivo da inserção da “repercussão geral” se pensarmos que enxugará o montante de recursos extraordinários recebidos pelo Tribunal, o problema aqui ficou a cargo da imprecisão da conceituação de tal termo, tendo como consequência o aumento da discricionariedade do Tribunal.

Há, ainda, mais um adendo feito pela EC 45 que contribuiu para o alargamento das competências do STF que foi a atribuição de efeito vinculante às ações diretas de inconstitucionalidade.

Sendo assim, não é difícil de entender que, após tantas medidas provocando o alargamento dos poderes do STF, nós tenhamos hoje um amplo ativismo judicial por parte deste órgão.

Concluindo, podemos fazer três observações acerca do tema:

“i) há inequivocadamente uma tendência, com aparência de verdadeiro projeto, dos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente deste, de promover uma concentração de poder na esfera de decidibilidade do Supremo Tribunal Federal; ii) dentre as muitas causas que podem ser elencadas desse deferimento de poder ao STF ... o discurso da máxima e célere efetivação das normas constitucionais em nome da segurança jurídica sobressai como ponto nevrálgico das várias alterações normativas; iii) independente de suas causas, a união dessa tendência de alargamento normativo do poder do STF ao uso que o Tribunal faça dos instrumentos de controle de constitucionalidade a ele conferidos faz exsurgir

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 116

⁴¹ CRFB 1988. “Art. 102, §3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

o risco de um ativismo judicial processual, em detrimento da harmonia da separação dos poderes tal como originariamente estabelecida na Constituição.”⁴²

Portanto, podemos assim traçar o contexto do ativismo judicial brasileiro de hoje: Constituição analítica, anseio pela máxima efetividade de suas normas e atribuição desta tarefa a um único órgão jurisdicional. É preciso ressaltar que, em nome da segurança jurídica e da máxima efetividade das normas constitucionais, fica-se diante do perigo, quando o Tribunal pode gerar a mesma insegurança ao dar máxima efetividade a seus julgados e, logicamente, à sua visão da Constituição.

3.2) A Judicialização da Política

“O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação de poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.”⁴³

Podemos iniciar conceituando a Judicialização da Política como o efeito de transferir a competência decisória dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário. Isso porque, “com a CFRB de 1988, o Brasil eleva o Poder Judiciário à categoria de membro da soberania política nacional, a partir da transferência da assunção de competências decisórias que transcendiam a resolução de conflitos de interesses.”⁴⁴ Para Débora Alves Maciel e Andrei Koerner,

⁴² SCHETTINO, José Gomes Riberto. *Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual*. Rio de Janeiro, 2008. 174 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da PUC- Rio p. 123/124

⁴³ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17 – 42. p. 17

⁴⁴ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *A Tecnoocracia Jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático*. Rio de Janeiro, 2008. 230 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da PUC-Rio. p. 77 – 86. p. 78/79

“Judicializar a política é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via de poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseando na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo.”⁴⁵

Dizem ainda os autores que a judicialização refere-se a um novo estatuto de direitos fundamentais e a superação do modelo da separação de poderes, o que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. Consideram ainda que é um processo que põe em risco a democracia, sendo agravado pelo sistema misto de controle de constitucionalidade.

Este fenômeno pode ser tido como mundial, visto que a grande maioria dos Estados-Nações optaram por aderir ao sistema de controle de constitucionalidade em seu ordenamento, seja pelo método difuso ou, principalmente, em sua versão concentrada, em que cortes constitucionais têm a competência de dar a última palavra em decisões judiciais.

Após os anos 70, o direito apoiou-se nas ideias de autonomia e dos direitos individuais, “autonomia tida aqui não mais como espaços privados imunes à intervenção do Estado, mas sim a capacidade que temos de dar a nós mesmos o nosso próprio direito”⁴⁶. Assim sendo, hoje por um lado não negamos a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania e, por outro lado, essa atuação deve ser compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

Com todos os acontecimentos nacionais e mundiais do meio para o fim do século XX, a CFRB de 1988 deu, em seu texto, espaço privilegiado para os direitos fundamentais ou até, mais do que isso, esses direitos, com diz Gisele Citadino se converteram no “núcleo básico do ordenamento

⁴⁵ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_arttext> Acesso em 09 mai 2009. p. 114

⁴⁶ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17 – 42. p. 18

constitucional brasileiro.”⁴⁷ Decorrente disso, está a quantidade de princípios normatizados por esta Constituição, sendo os preceitos básicos de sua organização. Deve se passar assim, de um constitucionalismo liberal para um *constitucionalismo societário e comunitário*⁴⁸, que prioriza os valores da igualdade e da dignidade humanas e que a Constituição será uma estrutura normativa que envolverá um conjunto de valores. Seria ela, então, uma Constituição aberta em contraposto a um sistema fechado de garantias da vida privada, absorvendo conteúdos normativos, além de costumes e valores e postulados morais.

Por isso, temos hoje os direitos fundamentais do homem que são, dentro do direito positivo, as prerrogativas e instituições que visam à garantia de convivência digna, livre e igual para todos. Com essa Constituição aberta temos também a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, envolvendo agora cidadãos, partidos políticos, associações, etc., democratizando o processo interpretativo e concretizando a Constituição, em consequência, os direitos fundamentais.

Porém, essa abertura constitucional e a normatização de princípios faz com que apareça a necessidade de interpretações mais densas acerca dos conceitos que são um tanto amplos e não exatamente definidos. Assim, aqueles a quem compete a interpretação usarão de instrumentos processuais-procedimentais criados pelo próprio ordenamento, que viabilizam a participação jurídico-política, para que os litígios sejam resolvidos com o devido respeito aos direitos fundamentais. Este é o constitucionalismo democrático.

No Brasil, a Judicialização da Política se potencializou devido a alguns motivos especiais: 1) a redemocratização, fazendo com que juízes e tribunais recuperassem suas garantias e prerrogativas, passando a ter um poder político, além de criar novos direitos, um novo conceito de cidadania; 2) o modelo constitucional brasileiro que é abrangente, isto é, a

⁴⁷ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17 – 42. p. 25

⁴⁸ Ibid. p. 28

Constituição trata de muitos temas e trazer uma matéria para dentro da Constituição facilita que ela seja judicializada (transformar a política em direito); 3) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que é misto, todo juiz e todo tribunal pode declarar a inconstitucionalidade, de acordo com o modelo norte-americano, e há também a ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o STF em face de uma norma, de acordo com o modelo europeu.

Assim, quando os cidadãos se vêem, não só como destinatários, mas também com autores de seus direitos, eles se reconhecem membros daquele novo grupo de intérpretes. Daí a conexão entre a autonomia do cidadão e a legitimidade do direito. E isto favorece o fenômeno da judicialização da política, visto que os cidadãos tomam parte na interpretação da Constituição.

Entre a judicialização da política e o ativismo judicial pode haver uma fusão. No caso, por exemplo, da maioria violar os direitos fundamentais de outrem ou mudar as regras para se perpetuar no poder, através do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, o STF deve intervir para fazer valer os direitos fundamentais e as regras do jogo, assim como o seu posto de guardião da Constituição.

Podemos concluir, então, que o Judiciário tem servido bem as demandas não resolvidas pelos outros Poderes, porém são utilizados remédios que possuem efeitos colaterais e não podem ser usados para sempre, tendo como única solução uma reforma política.

“O verdadeiro perigo a prevenir não está, portanto, em que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o “modo” do processo jurisdicional.”⁴⁹

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 132

4 - O Ativismo Judicial no STF Hoje - A Comprovação da Tese

Neste capítulo a pretensão é dar ao leitor a dimensão do Ativismo Judicial na realidade do Judiciário brasileiro hoje. Para isso, foram escolhidos três casos emblemáticos que comprovam esta situação e as conseqüências que trazem para o mundo jurídico e político. Apesar disso, é de suma importância lembrar que todas as decisões tomadas, aqui destacadas, tiveram base principiológica na segurança jurídica e na máxima efetividade das normas constitucionais, de acordo com os votos vencedores.

4.1) A questão acerca da infidelidade partidária

Para que a questão fique clara temos que iniciar o tema retornando aos tipos de sistemas eleitorais existentes em nosso país. São eles: o sistema majoritário e o sistema proporcional.

O primeiro deles é o sistema majoritário, aqui adotado para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, de Governador e Vice-Governador de Estado, de Prefeito e Vice-Prefeito Municipal e de Senador, como estabelecido na CRFB de 1988 nos arts. 77, 28 e 29, II, respectivamente. Por este sistema, a representação caberá ao(s) candidato(s) que tiver(em) a maioria dos votos, seja absoluta ou relativa. Neste sistema, o eleitor vota em candidatos individuais de cada partido, o que nos faz concluir que haverá apenas um candidato por partido. O fim das eleições pode ser no primeiro ou no segundo turno, se tiver conseguido a maioria absoluta dos votos ou não. Elege-se, portanto, um só candidato fazendo com que os outros sejam vencidos.

Já o segundo sistema, o sistema proporcional possui algumas diferenças. A CRFB de 1988 adotou tal sistema na eleição para Deputados

Federais (art. 45), que se estende para as Assembléias Legislativas dos Estados e para as Câmaras de Vereadores. Por este sistema, pretende-se que a representação seja distribuída, proporcionalmente, às correntes ideológicas dos partidos políticos. Vemos, assim, que neste sistema são escolhidos vários candidatos e não só um como no sistema majoritário. Para saber o resultado deve ser determinado o quociente eleitoral que, nada mais é do que a divisão do número de votos válidos (votos da legenda e dos candidatos com exceção dos votos nulos e brancos) pelo número de lugares a preencher. Seguindo, chegamos ao quociente partidário que corresponde ao número de lugares cabíveis a cada partido (divide-se o número de votos obtidos pela legenda pelo quociente eleitoral)⁵⁰. Assim, conseguimos saber quantos candidatos cada partido elegeu e formar a instituição eleita.

Feitas as observações anteriores entramos no cerne da discussão. A questão da infidelidade partidária, que pode ser definida como o desligamento do partido após a eleição no pleito, começa sua história atual com o MS 20927/DF em que Luiz Fabrício Alves de Oliveira, eleito como 3º suplente na eleição para Deputado Federal de novembro de 1988, reivindica sua posse no lugar de Marcos César Formiga Ramos, eleito como 2º suplente que, após o pleito desligou-se do partido pelo qual foi eleito, assumindo a bandeira de outro partido.

O primeiro argumento usado no relatório do MS contra a perda do mandato diz que não havia dispositivo que corroborasse esta tese⁵¹ e que se a Câmara dos Deputados procedesse à cessação da diplomação estaria **contrariando a vontade do povo**, visto que não estaria obedecendo ao voto da maioria. É apontado como orientação do TSE o chamado na rigorosa ordem de diplomação caso surgisse vaga que necessitasse de suplente, independentemente da questão partidária. Alerta o texto dos autos ainda para a situação de que as normas que existiam sobre infidelidade

⁵⁰ Código Eleitoral – “Art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.”

⁵¹ O art. 55 da CRFB de 1988 que trata dos casos de perda de mandato não trata do tema da infidelidade partidária e é composto de rol taxativo.

partidária foram revogadas pela EC 25/85 e que tratavam somente daqueles que estavam exercendo o cargo e tendo como sanção a perda desse. Nada era dito a respeito dos suplentes que possuem apenas a expectativa de direito. Logo, qualquer referência que não contemple a situação do suplente é inespecífica.

Por outro lado, constam dos autos argumentos a favor da perda do mandato de Luiz Fabrício Alves de Oliveira, já que através da abordagem dos conceitos de quociente eleitoral e quociente partidário chega-se a conclusão de que para assumir a vaga, o suplente deveria ter se mantido filiado ao partido pelo qual se elegeu. A vaga do partido ou da coligação só pode ser preenchida por alguém do partido ou da coligação⁵² que, funciona na verdade como se fosse um partido único.

Os Ministros que sustentaram a concessão da segurança, ou seja, a substituição do 2º suplente pelo 3º suplente, como o Ministro Celso de Mello basearam-se na relação entre a contemporaneidade da abertura da vaga, a sua imputação a determinado partido político e a integridade do vínculo partidário. No voto do Ministro Sepúlveda Pertence é analisada a questão da coligação que é apenas uma união com fins eleitorais, se desmanchando ao final do pleito. Assim sendo, a lista de suplentes deve obedecer a ordem decrescente da maioria de votos, não importando o partido em que o candidato se encontra.

Nos votos do MS, o Ministro Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Célio Borja, Octavio Gallotti, Francisco Rezek e Néri da Silveira votaram pelo indeferimento do MS, fazendo com que a segurança fosse negada.

Doze anos após a decisão do STF no MS, foi formulada uma consulta ao TSE a respeito do assunto, a Consulta nº 1398/DF. A indagação ao Tribunal foi nos seguintes termos:

⁵² Relatório feito pelo Ministro Moreira Alves.

“Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”⁵³

A apresentação do tema começa trazendo mais uma vez a questão das condições de elegibilidade destacadas no art. 17 da CRFB de 1988,⁵⁴ corroborando com a situação da imprescindibilidade dos partidos políticos na democracia brasileira e no seu status de entidade constitucional, o que faz com que os princípios da Constituição possam ser trazidos a tona para a resolução de algum conflito.

Assim sendo, segue trecho do relatório proferido pelo Sr. Ministro César Asfor Rocha:

“Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.”⁵⁵

De acordo com este trecho pode-se concluir que seria equivocado supor que o mandato pertence ao indivíduo e não ao partido, dando a ele a posse de uma parcela da soberania popular. Segue o relator citando o princípio da moralidade, presente no art. 37 da CRFB de 1988⁵⁶, repudiando o uso de qualquer prerrogativa pública no âmbito particular, e afirmando que a ideia de que “o que não é proibido é permitido” só tem incidência no âmbito privado, deixando para trás o argumento da taxatividade das hipóteses de perda de mandato descritas na CRFB de 1988.

⁵³ Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 1398/DF, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Brasília, 27 mar. 2007. p. 02

⁵⁴ CRFB 1988. “Art. 17 – É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:... §1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer **normas de fidelidade** e disciplina partidárias.” (grifei).

⁵⁵ Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 1398/DF, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Brasília, 27 mar. 2007. p. 5

⁵⁶ CRFB 1988. “Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência, ...” (grifei).

Para evitar que se pense que a argumentação é baseada somente na interpretação jurídica, a relator traz de volta o art. 108 de Código Eleitoral, já anteriormente citado, para assentar a ideia de que “os candidatos são eleitos com os votos do Partido Político”⁵⁷. Ainda traz ele como argumentos positivados os arts. 175, §4^o⁵⁸ e 176⁵⁹ do Código Eleitoral. Fecha, portanto, o relator respondendo afirmativamente a indagação da consulta, ou seja, os partidos e as coligações têm o direito à vaga obtida pelo sistema proporcional.

Os votos dos Ministros, que estão de acordo com a perda do mandato, os quais vêm a seguir do relatório trazem, em sua grande parte os argumentos já citados aqui anteriormente, não se fazendo necessária a repetição destes, cabendo destacar somente aqueles de profunda relevância. O Ministro Cezar Peluso traz um histórico da situação dos Partidos Políticos, citando doutrinas e jurisprudências nacionais e internacionais, concluindo que o princípio da atribuição lógica dos votos aos partidos políticos estão na *ratio essendi* do sistema proporcional. Diz ainda que “a vinculação candidato-partido é imanente ao próprio sistema representativo proporcional adotado pelo ordenamento jurídico.”⁶⁰ Mais um meio de comprovar esta relação candidato/partido é o art. 215 do Código Eleitoral⁶¹ que dispõe que a indicação do partido pelo qual o candidato foi eleito deve constar, obrigatoriamente, do diploma, vinculando o candidato à legenda a qual se valeu para conquistar o cargo.

⁵⁷ Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 1398/DF, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Brasília, 27 mar. 2007. p. 8 (grifo no original).

⁵⁸ Código Eleitoral “Art. 175 §4º - O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.” Aqui o relator traz a ideia de que se o candidato, que eleito, depois da eleição, seja proclamado inelegível ou que tenha seu registro cancelado, os votos que recebeu irão para o Partido pelo qual concorreu a eleição.

⁵⁹ Código Eleitoral “Art. 176. Contar-se-á o voto apenas para a legenda, nas eleições pelo sistema proporcional...” neste caso o relator quis destacar que nas hipóteses mencionadas pelo artigo os votos irão para o Partido.

⁶⁰ Tribunal Superior Eleitoral, Op. Cit., p. 30

⁶¹ Código Eleitoral “Art. 215 – Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso. Parágrafo único – Do diploma deverá constar o nome do candidato, a **indicação da legenda sob a qual concorreu**, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal.”(grifei).

Traz à discussão um argumento novo, a favor da manutenção da vaga com o partido, o Ministro José Delgado quando diz que:

“o fato de que um número ínfimo de deputados e vereadores se eleja alcançando, com seus votos nominais, o quociente eleitoral, e dependendo, assim, dos votos dados aos companheiros de legenda, reforça o entendimento de que pertençam aos partidos os mandatos.”⁶²

O voto do Ministro Marcelo Ribeiro, contrário à perda do mandato, se baseia em quatro fundamentos. São eles: a) o tema foi tratado na CFRB de 67/69; b) o tema era objeto de norma expressa; c) houve modificação no texto constitucional, fazendo com que hoje não haja regra que determine a perda do mandato nesta hipótese e; d) o art. 55 da CRFB de 1988 que enumera as hipóteses da perda do mandato é composto de um rol *numerus clausus*, ou seja, é taxativo. Houve outros Ministros ainda que responderam negativamente a consulta, mas o pensamento da maioria foi afirmativo, ou seja, a vaga fica com o partido ou com a coligação.

Seguiram-se a essa Consulta três outros mandados de segurança que, baseados na resposta da Consulta ao TSE traziam decisões diferentes do primeiro, ou seja, defendiam a perda do mandato. São eles os MS 26602/DF, 26603/DF e 26604/DF.

No MS 26602/DF, após a discussão a respeito das preliminares, a discussão do mérito se inicia com um debate entre os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio acerca do art. 26 da Lei 9096/95⁶³, visto que tal dispositivo traz expressa menção sobre a perda do cargo ou função daquele que trocar de partido após o pleito, mas não diz nada a respeito do mandato, segundo entendimento do Ministro Eros Grau, enquanto que o Ministro Marco Aurélio entende estar a questão do mandato inserida no contexto do artigo citado.

⁶² Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 1398/DF, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Brasília, 27 mar. 2007. p. 49

⁶³ Lei 9096/95. “Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito”.

Em seu voto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, traz a incoerência da troca constante de partido com o art. 1º, Parágrafo único⁶⁴ da CRFB de 1988 que trata da soberania popular, justificando assim a vinculação entre o candidato e o partido pelo qual concorreu ao pleito. Já, o Ministro Ricardo Lewandowski sustenta que sendo adotada a perda do mandato pela troca de partido, em caso de o efeito desta regra ser *ex tunc*, todos os atos praticados por aqueles que trocaram de partido, que não são poucos, deveriam ser nulos, o que comprometeria várias decisões e até emendas à Constituição, que necessitam da votação dos parlamentares eleitos. O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, trouxe os institutos de direito constitucional da soberania popular⁶⁵ e a representação política, para tentar trazer o tema da discussão para o foco certo que, segundo ele, estava focada nos Partidos Políticos e não no maior interessado, o povo. Além disso, o Ministro se põe contra a perda do mandato, por falta de menção expressa na Constituição e pede que os efeitos da perda dos mandatos sejam apenas *ex nunc*.

O Ministro Carlos Britto em seu voto traz, como já debatida por outros anteriormente, a ideia da perda do mandato não como sanção, já que a troca de partido não constitui ato ilícito, mas sim como renúncia tácita. No MS 26603/DF, em seu voto, o Ministro Celso de Mello faz uma divisão de dois vínculos: o vínculo partidário (entre o candidato e o partido – base do sistema de lista fechada) e o vínculo popular (entre o candidato eleito e o cidadão – base do sistema de lista aberta), chegando ao sistema de representação e a essencialidade dos partidos políticos para o nosso sistema político. Nessa linha, aborda ele duas fidelidades: ao partido e ao cidadão, esta ao se tornar infidelidade desrespeita a soberania do povo, atentando contra o princípio constitucional e frustrando as expectativas dos eleitores para com o candidato.

⁶⁴ CRFB de 1988. “Art. 1 Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de **representantes eleitos** ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (grifei).

⁶⁵ Como exemplo tomemos o art. 45 da CRFB de 1988. “Art. 45 – A Câmara dos Deputados compõe-se de **representantes do povo**...” (grifei).

Com relação à competência do STF para julgar a matéria disse o Ministro:

“É preciso ter em perspectiva que o exercício da jurisdição constitucional, por esta Suprema Corte, **tem por objetivo preservar a supremacia** da Constituição,... pois, no processo de indagação constitucional, **reside a magna prerrogativa** outorgada a esta Corte **de decidir**, em última análise, **sobre a própria** substância do poder.”⁶⁶

Os argumentos dos MS 26604/DF seguiram a mesma linha, sem nenhum voto que traga uma inovação à discussão.

Em síntese, aqueles que se declaram a favor da vinculação candidato/partido, dando legitimidade à perda do mandato daqueles que se filiam a outro, diferente daquele pelo qual concorreu e se elegeu no pleito, tem como base de fundamentação os princípios constitucionais trazidos à discussão pela natureza interpretativa da casa julgadora. Já aqueles que se declaram contra a perda do mandato e a manutenção da vaga com o partido pelo qual o candidato fora eleito, se baseiam na ausência, para eles propositadamente, de menção expressa a esta hipótese de perda de mandato eletivo.

Além disso, trazendo o caso para o tema deste trabalho, os Ministros se ativeram a competência do Supremo para tomar tal decisão e, em sua maioria, julgaram-no competente para conhecer da questão, visto que se trata de matéria constitucional e o STF como (ele mesmo o diz) guardião da Constituição, cargo por ela mesma estabelecido, teria total competência para decidir a questão, não usurpando a competência de nenhum outro órgão.

Aqui estaria cristalinamente comprovado o Ativismo Judicial do STF, visto que, apesar de o STF ter competência nesta situação, não podemos esquecer que esta sanção para aqueles que se filiam a outro partido após o pleito, esteve presente em nossa Constituição através da EC

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 26603/DF, Rel. Celso de Mello, Brasília, 04 out. 2007. p. 50 (grifo no original)

1/69. Porém, a CRFB de 1988 não conservou essa situação como uma das hipóteses de perda de mandato, como bem se vê no art. 55 da CRFB de 1988⁶⁷. Ao mesmo tempo que entendemos não haver palavras inúteis na Constituição, entendemos que no caso em questão não era da vontade do legislador constituinte que a troca de filiação tivesse como consequência a perda do mandato, ou seja, a omissão foi **desejada** pelo constituinte originário. A perda do mandato não é inconstitucional e sim, o modo como ela foi erigida, já que a matéria em questão seria objeto de análise do poder constituinte derivado e para que se transformasse em lei deveria obedecer aos trâmites necessários, estabelecidos pela própria Constituição.

Ademais, foi ponto de discussão dos Ministros do STF, a modulação dos efeitos da decisão e a data inicial deles. Mais uma vez o STF teve sua decisão ratificada através da Resolução 22610 do TSE, a seguir analisada. Ficou, então, decidido pela maioria dos Ministros que a data inicial seria a data em que houve a resposta à Consulta feita ao TSE, 27/03/2007.

Após as decisões do STF acerca da matéria foi elaborada a Resolução nº 22610 do TSE que dispõe sobre o processo da perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária.⁶⁸ E como decidido pelo STF, a Resolução em seu art. 13⁶⁹ aplica a este instituto o efeito *ex nunc*, a partir da data da resposta da Consulta ao TSE, 27/03/2007.

Importante observar as consequências das atuações do STF perante o caminhar da sociedade, em casos assim, visto que atualmente cogita-se a possibilidade de iniciarmos uma era de eleições pelo sistema de lista

⁶⁷ CRFB de 1988. “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.”

⁶⁸ Tribunal Superior Eleitoral, Resolução n. 22610, Rel. Ministro César Peluso, Brasília, 25 out. 2007. “Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.”

⁶⁹ Ibid. “Art. 13 – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 de março deste ano...”

fechada, ou seja, votação somente na legenda, sem a possibilidade do voto individual no candidato.

“... ao se optar pela adoção de um sistema proporcional de lista aberta, no Brasil se estabeleceu uma considerável flexibilização da ortodoxia do sistema de lista fechada, no qual, por não caber ao eleitor a escolha quanto aos candidatos, não há qualquer outra motivação ao se votar que não seja a aceitação das linhas programáticas partidárias.”⁷⁰

Pode-se acreditar que a fidelidade partidária seria, então uma preparação para a adoção de tal sistema, porém ela deve ser caracterizada como fundamento para que o novo sistema funcione adequadamente. Há como saber quando o povo brasileiro estará pronto para um sistema de lista fechada? E os políticos? Assim sendo, é fundamental pensar também nas conseqüências das decisões recheadas de Ativismo.

4.2) A verticalização das alianças e a ADIn 3685-8/DF

O tema em questão teve grande repercussão durante o ano eleitoral de 2006, nas eleições para as Assembléias Legislativas, Câmaras dos Deputados, Senado Federal, Governadores Estaduais e Presidente da República. A ideia da verticalização das alianças é que os partidos mantenham a coerência de suas coligações nos âmbitos federal, estadual e municipal. Isto quer dizer, as agremiações não poderiam fazer alianças em âmbito estadual com outras agremiações que em âmbito federal fossem aliadas de outros partidos.

Ela esteve presente em uma Consulta feita ao TSE em 1998, Consulta nº 382 e, depois, entrou em vigor em 2002, após consulta do Partido Democrático Trabalhista (PDT) ao TSE, Consulta nº 715, que

⁷⁰ GUIMARAENS, Francisco de. *O Judiciário Brasileiro e a Fidelidade Partidária: retorno à Emenda nº 1/69?*, mimeo.

promulgou Resolução regulamentando o tema. Mesmo com todos os instrumentos passíveis de inviabilizar a eficácia deste novo instituto nas eleições de 2002, ele vigorou em tal pleito. Para ser válida nas eleições de 2006, a norma deveria ser objeto de legislação até setembro de 2005 o que não ocorreu.

Em fevereiro de 2006 é feita nova Consulta ao TSE e após a decisão deste foi aprovada, em 08 de março, a EC 52/06 que modificava o art. 17 §1º da CRFB de 1988⁷¹, tratando do fim da verticalização das alianças e com a pretensão de que esta nova regra já valesse para o pleito de 2006.

No final do mês de março de 2006, a Ordem dos Advogados do Brasil entrou com uma ação direta de inconstitucionalidade da EC 52/06 perante o STF. A grande questão era a “aplicação imediata” da nova regra, disposta no Art. 2º da EC⁷². Prossegue a OAB em sua tese dizendo que se tal dispositivo permanecesse haveria afronta aos princípios constitucionais da anterioridade da lei eleitoral, segurança jurídica e do devido processo legal⁷³.

A regra em questão afronta o art. 16 da CFRB de 1988 que traz uma *vacatio legis* de um ano a contar da data da publicação da nova norma⁷⁴. Segundo a Ministra Ellen Gracie, relatora da ADIn, a violação ao art. 16 traz afronta à garantia individual da segurança jurídica e esclarece que a regra da anualidade deriva do princípio do Estado Democrático de Direito, também disposto na CRFB de 1988.

Surgem, então, os questionamentos: a regra da anualidade vale para leis em sentido *lato* ou *strictu*, ou seja, estariam, também, as ECs amparadas por esta garantia? As coligações partidárias são matérias de

⁷¹ CRFB de 1988. “Art.17 §1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”

⁷² EC 52/06. “Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002.”

⁷³ CRFB de 1988 arts. 16, 5º *caput* e LIV, respectivamente.

⁷⁴ CRFB de 1988. “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

direito partidário ou de direito eleitoral? Não estaria um inserido no outro? Estaria o disposto no art. 16 da CRFB de 1988 dentro do rol das cláusulas pétreas?

Após estabelecidos os questionamentos passa-se aos votos e às discussões. Decidiu o Tribunal por unanimidade em considerar o §2º da EC 52/06 inconstitucional. De início, diz a relatora que a EC deve sim ser objeto de análise, em decorrência dos efeitos que poderia vir a causar, assim como se a mudança ocorresse através de outro instrumento legislativo e depois é corroborada pelos outros Ministro que encaram aí a lei em seu sentido mais *lato*, englobando sim as ECs. Além disso, o poder de reforma cedido pela Constituição ao Congresso Nacional não faz com que ele possa destruir a ordem normativa positivada por ela, permitindo o controle de constitucionalidade sobre as ECs. Todos os Ministros concluem que é uma questão de limitação material ao poder de alteração e reforma da Constituição.

Ao se tratar do princípio da anterioridade da lei eleitoral faz-se a comparação com o princípio da anterioridade da lei que institui e regula os tributos, em que a *vacatio legis* será até o início do próximo ano fiscal ou de, ao menos, 90 dias em casos de tributos com finalidades extrafiscais. Sendo assim, além deste princípio conter em si mesmo características que o tornem uma garantia fundamental ele é baseado em outros dois princípios descritos na CRFB de 1988: a segurança jurídica e o devido processo legal. Há aqui uma distinção a ser feita entre o plano da vigência e o plano da eficácia. Segundo a EC 52/06, a nova regra teria vigência imediata. E sim, isso ocorrerá, a vigência surge com a publicação da EC, porém a nova regra não se aplicará às eleições que ocorrerem até um ano desta publicação, ou seja, sua eficácia estará prejudicada pela *vacatio legis*.

Com relação a serem as coligações partidárias inseridas dentro do processo partidário ou eleitoral, é enfático o Tribunal quando diz que “a coligação partidária nada mais é do que um dos instrumentos utilizados no processo eleitoral para a composição de alianças com o objetivo de participação nas eleições em

condições de maior competitividade.”⁷⁵ Assim sendo, o processo eleitoral como um todo seria afetado caso houvesse alguma transformação em regras concernentes as agremiações partidárias.

Em relação ao último questionamento, acerca de pertencer o art. 16 ao rol das cláusulas pétreas, diz o Tribunal que o art. 2º da EC 52/06 quando confrontado com os princípios constitucionais representa uma lesão aos direitos e garantias constitucionais. E quando tratamos dessas garantias, dentro do processo eleitoral, sabemos que elas não valem só para os cidadãos candidatos, mas também e, principalmente, para os cidadãos eleitores. Por isso, quando o art. 60, §4º da CRFB de 1988⁷⁶ traz como cláusula pétrea os elementos da soberania popular, nos remetendo aos elementos das eleições, podemos encarar sim, diz o Tribunal, a *vacatio* do art. 16 da CRFB de 1988 como regra imutável.

A grande questão aqui é o sentido de lei. Como dito anteriormente, a lei pode ser interpretada no seu sentido estrito ou no seu sentido lato. Assim, a resposta à Consulta nº 715 de 2002, do TSE, trazia o fim da verticalização das alianças e, segundo seu texto seria aplicada às eleições de 2002. Acontece que esta resposta se deu menos de um ano antes das eleições mais próximas (2002) e mudando as regras do jogo, fazendo com que a regra só fosse valer realmente a partir do pleito de 2004.

Segundo o STF, ao artigo 16 da CRFB de 1988 só se aplica as leis no seu sentido estrito, que tenham obedecido aos requisitos formais e materiais necessários, fazendo com que a Resolução originada da resposta da Consulta feita ao TSE, uma decisão judicial, não se encaixasse nesse artigo. Entretanto, o STF não podia, pelo mesmo motivo, deixar de validar a EC 52/06, visto que esta sim estaria presente no rol do art. 16, já que obedece a

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, 22 mar. 2006. p. 12

⁷⁶ CRFB de 1988. “Art. 60 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; **II - o voto direto, secreto, universal e periódico**; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (grifei).

um trâmite ainda mais complexo do que as leis ordinárias, com quórum qualificado, entre outras especificidades.

Assim, para que EC não fosse implantada no pleito de 2006, os Ministros basearam-se em analogias e análises principiológicas para tentar encontrar algum elemento que pudesse ser encarado como cláusula pétrea, já que esta seria a única maneira de invalidar a decisão do TSE, e fazer com que a implementação da decisão fosse adiada para as eleições seguintes. Como citado anteriormente, os Ministros tiveram como base argumentativa a anterioridade da lei eleitoral, utilizando-se da anterioridade da lei fiscal e dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

Em síntese, a decisão foi tomada através de uma interpretação sistemática da Constituição combinando dispositivos esparsos e até então, aparentemente desconexos, em busca de um fundamento jurídico que pudesse embasar tal decisão acerca de uma EC.

4.3) A súmula nº. 14 (algemas)

A súmula vinculante em questão, relativa ao uso de algemas pelas autoridades, teve como base o HC 91952-9/SP de 2008.

O caso trata de um indiciado, Antonio Sérgio da Silva, que na sua sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri permaneceu algemado. Isso fez com que a defesa recorresse pedindo a nulidade do julgamento em decorrência deste fato.

O relatório feito pelo Ministro Marco Aurélio, baseou-se nas informações prestadas pela Assessoria, que levou em consideração o HC 89429-1/RO, julgado pela Ministra Carmen Lucia, que dispõe que o uso das algemas deve obedecer aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de nulidade.

Findo o relatório seguiram-se os votos, unânimes em relação à concessão da ordem. O Ministro Marco Aurélio iniciou a votação enumerando os princípios constitucionais que estariam sendo afetados com o uso das algemas. Trouxe à discussão, como primeiro, o princípio da não-culpabilidade, em outras palavras, princípio da presunção de inocência, importantíssimo no processo penal, em que o acusado só pode ser tratado como réu depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória. Em seguida, adentrou o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no art. 1º da CRFB de 1988. E, por fim, baseou-se no artigo 5º da CRFB de 1988, ou seja, em direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, ressaltando a preocupação com a figura do preso que merece respeito a sua integridade física e moral (inciso XLIX).

O argumento utilizado a seguir pelo Ministro foram as conseqüências de deixar o réu algemado durante a sessão do Tribunal do Júri, visto que as decisões neste tribunal, são tomadas por um corpo de juízes leigos que proferem suas decisões baseados em suas íntimas convicções. Pelo entendimento descrito, os jurados seriam influenciados pela imagem do réu algemado, já que isto demonstraria ser alguém de alta periculosidade, desequilibrando o julgamento. Além disso, consta do relatório que o réu havia permanecido algemado nas sessões de pronúncia, tendo sido este um dos argumentos para a juíza presidente do Tribunal do Júri em questão não ter mandado retirar as algemas do indiciado.

Adiante foi trazida a informação, retirada de caso concreto constante da Revista dos Tribunais nº 643/285, de que a algema, usada sem necessidade, provocaria nulidade da sessão de julgamento.

A seguir trouxe um breve histórico da situação das algemas no Brasil começando nas legislações do Império, passando pelo Código Penal Militar e pelas regras da Organização das Nações Unidas, e chegando ao, até então anteprojeto, da lei que veio a alterar profundamente o procedimento do

Tribunal do Júri, Lei 11689/2008⁷⁷. O Ministro finaliza seu voto explicitando que seria “hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria”⁷⁸.

No correr dos votos dos Ministros os argumentos foram basicamente os mesmos para conceder a ordem. Alegaram que as algemas podem sim ser utilizadas, motivadamente, mas como uma exceção e não como regra, em casos de real periculosidade e animosidade, em que o algemado pode causar mal a si mesmo, ao policial ou a terceiros, ou seja, em casos de tentativa de fuga, oferecimento de resistência à prisão e ameaça a integridade física própria ou dos demais presentes na situação.

Com o decorrer da discussão, o Ministro César Peluso, com a mesma ideia do Ministro Marco Aurélio, diz que:

“...não seria o caso de, diante dos precedentes e de mais esse julgamento pelo Plenário, editarmos súmula que sintetize o pensamento do Tribunal, a despeito de ter sido aprovado, porque nem sabemos se isso se converterá em lei, recente projeto do Senador Demóstenes Torres e que basicamente atende a todas as exigências da decisão da Corte. Talvez fosse oportuno que a Corte editasse uma súmula.”⁷⁹

E assim, começaram os trabalhos que deram origem à súmula vinculante nº 11 do STF.⁸⁰

Assim dispõe a CRFB de 1988 acerca do instituto da súmula vinculante:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após **reiteradas decisões** sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas

⁷⁷ CPP alterado pela Lei 11689/2008 – “Art. 474 §3º - Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”

⁷⁸ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 91952-9/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 07 ago. 2008. p. 863

⁷⁹ Ibid. p. 899

⁸⁰ Súmula nº 11 do STF: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”⁸¹ (grifei)

De acordo com o texto do artigo incorporado à nossa Constituição pela EC 45/2004, após reiteradas decisões sobre um mesmo assunto, com o objetivo de dinamizar a operação da justiça e diminuir o número de processos que chega ao Supremo, pode este editar e publicar súmula vinculante, isto é, um entendimento que deverá ser seguido pelos outros órgãos do Judiciário.

Até aqui parece que tudo está de acordo com o ordenamento. Acontece que a edição desta súmula foi extremamente criticada e teve um grande espaço na mídia devido a vários fatores. Um deles é que ela foi tomada pouco depois de notáveis prisões de banqueiros, com o uso das algemas no cumprimento de mandados de prisão.

Outro fator de crítica a edição desta súmula, e que nos remete ao tema deste trabalho, é a quantidade de precedentes que fizeram com que o Supremo entendesse a necessidade de criar uma súmula vinculante. Para muitos, trata-se de um caso de Ativismo Judicial, visto que a competência é concedida para que se resolvam assuntos amplamente discutidos em inúmeros precedentes. Nos autos do HC que deu origem à súmula a base argumentativa se restringe a legislações, muitas delas que já não vigoram mais, e a um único precedente, relatado pela Ministra Carmen Lucia. Nos debates anteriores à edição da súmula são citados somente quatro precedentes⁸². Parece que com o intuito de “dar plena eficácia a todos os preceitos legais que convivem com a Constituição”⁸³, o Supremo esbarrou em um pressuposto básico do efeito vinculante dos entendimentos sumulados, a quantidade de precedentes.

⁸¹ CRFB de 1988.

⁸² Debates antes da súmula, Ministro Marco Aurélio: “...comecei, de forma muito sintomática, a referência aos precedentes, citando o Recurso de Habeas Corpus nº 56465, de São Paulo, ... Mencionei, também, precedentes do Ministro Francisco Rezek e da Ministra Cármen Lúcia e, por último, o julgado do último dia 7 do corrente mês.” Pág 14

⁸³ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 91952-9/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 07 ago. 2008. p. 877

Sendo assim, o STF foi além de suas competências quando editou súmula vinculante, instituto com bases constitucionais, das quais deve ele ser o precípua guardião e protetor, sem que estivessem presentes os requisitos mínimos necessários para tanto.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a exposição do contexto geral, que se relaciona com o controle de constitucionalidade, cumpre a este trabalho chegar a uma conclusão acerca do tema. Como já dito anteriormente, devido à atualidade da discussão, não cabe agora, no momento do judiciário em que nos encontramos, estabelecer uma conclusão imutável.

Sabe-se que nasceu nos EUA em 1803, no Brasil em 1891 e na Europa em 1920, o exercício da fiscalização do controle de constitucionalidade foi gradativamente ganhando relevância e suscitando conflitos entre os Poderes Públicos. Porém, até que ponto está o Judiciário habilitado a exercer suas funções sem afetar o equilíbrio necessário para que se verifique a interdependência dos Três Poderes?

É a resposta a essa a pergunta que diferencia a competência constitucional do Judiciário de seu ativismo judicial recentemente percebido. Ativismo permitido na Constituição americana, devido a sua forma sintética, em que diz pouco sobre quase nada, e aqui permitido por nossa Constituição demasiado analítica, que diz muito sobre quase tudo. Aqui, o ativismo se mostra mais em relação às normas processuais não afetando muito o conteúdo material julgado pelo Tribunal.

Em suma, podemos dizer que o ativismo judicial brasileiro refere-se ao alargamento do campo de decidibilidade do STF, concentrando em si mais poderes do que lhe foi conferido legitimamente pela Constituição. Tese comprovada pelo dito pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADIn que tratava do tema da verticalização das alianças:

“Continuamos a acreditar que, no Brasil, é possível ter dias melhores mediante novos atos normativos, quando o que se precisa, em última análise, é de homens que, realmente, observem a ordem jurídica em vigor, principalmente de homens públicos.”⁸⁴

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, 22 mar. 2006. p. 12

Será que com o art. 102, caput da CRFB de 1988 que determina a função do STF como guardião da Constituição, pretendia ver o constituinte originário essa confusão no respeito às fronteiras de competência entre os poderes? Ou será que aquele a quem corresponde esta grande tarefa teve a fama “subindo a cabeça” e resolveu que podia, a seu grado, redelimitar tais fronteiras?

Diz o Ministro Celso de Mello:

“ O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.”⁸⁵

Ainda argumentando a favor desta atitude do STF pronuncia-se o Ministro Eros Grau:

“Se o direito for aplicado, seguramente viveremos todos em melhor harmonia. Bastaria isso para que conquistássemos a harmonia: **dar plena eficácia a todos os preceitos legais que convivem com a Constituição.**”⁸⁶ (grifei)

Consubstancia-se assim, o poder do STF no tocante às decisões tomadas, desde que sejam baseadas no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da segurança jurídica. No caso, normas em seu sentido lato, englobando também princípios, estejam eles implícitos no texto da Constituição, como também, ideais que possam ser retirados do texto constitucional. E a segurança jurídica, no sentido de que para que as regras do jogo sejam respeitadas, como previamente acordadas, essa ampliação de competência seria autorizada.

⁸⁵ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, 22 mar. 2006. p. 2

⁸⁶ Id., Habeas Corpus n. 91952-9/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 07 ago. 2008. p. 877

Ainda no tocante à necessidade infundável de normatização, efetuada por outros Poderes que não o Legislativo, vale trazer caso contado pelo Ministro Marco Aurélio:

“...conta-se, e acredito que isso seja folclore, que certo cidadão entrou em uma livraria e procurou adquirir a Lei Maior do país, do Brasil. Pediu uma Constituição Federal ao balconista. Este simplesmente respondeu que aquela livraria não trabalhava com periódicos – tantas são as emendas, em tão pouco tempo, desprezando-se a estabilidade própria às Constituições.”⁸⁷

Tal situação só reforça a ideia de que, baseado em princípios constitucionais, o STF afeta o equilíbrio entre os poderes podendo ir até contra outros princípios constitucionais, o que nos remete a um exercício de ponderação inerente à função de magistrado, independente de onde atue. Além disso, tende a ser perigoso que o Supremo considere os princípios que defende mais válidos do que os outros, gerando esta insegurança e dando máxima efetividade à sua visão da Constituição.

Por tudo que foi exposto, é necessária atenção aos passos do STF no que concerne ao controle de constitucionalidade, já que suas decisões afetam a sociedade brasileira como um todo e não mais as partes dos casos concretos julgados. Apesar de ser o seu ativismo judicial uma decorrência do que já ocorria, quando outras partes do judiciário alargavam o poder de decidibilidade do Supremo, isso não deve ser motivo de uma nova definição de competências, ignorando aquela descrita no texto constitucional.

Na realidade, todos os elementos que compõem o ativismo judicial do STF, são remédios encontrados pela Corte Suprema para agilizar o sistema do Poder Judiciário e conseguir atender, da melhor maneira possível, as demandas que chegam até ele. Porém, estes remédios não podem ser utilizados para sempre, pois possuem efeitos colaterais, alguns dos quais debatidos neste trabalho. O que o Brasil necessita, com urgência, é de uma reforma política séria e que seja implantada e exercitada seriamente.

⁸⁷Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, 22 mar. 2006. p. 12

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1941.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17 – 42.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm
Acesso em 01/05/2009.

GUIMARAENS, Francisco de. *O Judiciário Brasileiro e a Fidelidade Partidária: retorno à Emenda nº 1/69?*, mimeo.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist n° 78*. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. New York: Bantam Classic, 1787/1788.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_arttext> Acesso em 09 mai 2009.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *A Tecocracia Jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático*. Rio de Janeiro, 2008. 230 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da PUC-Rio. p. 77 – 86.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SCHETTINO, José Gomes Riberto. *Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual*. Rio de Janeiro, 2008. 174 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito da PUC- Rio.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 20927/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 11 out. 1989.

_____, Mandado de Segurança n. 26603/DF, Rel. Celso de Mello, Brasília, 04 out. 2007.

_____. Habeas Corpus n. 91952-9/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 07 ago. 2008.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, 22 mar. 2006.

_____. Debates que integram a ata da 20ª sessão ordinária, debates e aprovação da súmula vinculante nº 11, Pres. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 13 ago. 2008.

Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 1398/DF, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Brasília, 27 mar. 2007.

_____. Resolução n. 22610, Rel. Ministro César Peluso, Brasília, 25 out. 2007.

U.S. Supreme Court, William Marbury v. James Madison, Feb. 1803. Disponível em < <http://www.lectlaw.com/files/case14.htm>>. Acesso em 09 mai. 2009.