

3

O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

Conforme bem destaca a professora Ana Lúcia Lyra Tavares, “as condições em que é produzida uma Constituição refletem-se, obviamente, não apenas em seu conteúdo, como também em sua aplicação”.¹⁶⁰ Com essa premissa, especialmente em face da realidade política brasileira em meados da década de 80, após anos de submissão a um regime ditatorial e sob a égide de uma Constituição outorgada por este regime, pode-se afirmar que as condições da constituinte brasileira possibilitaram a confecção de um texto constitucional razoavelmente avançado.¹⁶¹

Não obstante alguns defeitos apontados no processo de elaboração da Constituição de 1987/88, tais como a ausência de uma constituinte exclusiva e a presença dos senadores biônicos, pode-se afirmar que a Assembléia Nacional Constituinte teve ampla participação popular¹⁶² e produziu um texto voltado para a realização da cidadania.¹⁶³ Isso, juntamente com a revogação da Carta Política atrelada ao regime de 64, resultou uma maior vontade para que a nova Constituição fosse realmente aplicada.

Vale notar que o constituinte elaborou o texto constitucional sem contar com um anteprojeto, ou seja, iniciaram-se os debates constituintes “sem conhecer uma vontade prévia sobre quais rumos seguir, em um clima de indefinição, natural diante da amplíssima coalizão de forças que se pusera à frente do processo de transição à democracia”,¹⁶⁴ do qual faz parte a Constituição de 1988. Apesar dessa ausência de orientação prévia e do fato de que a Constituição realmente incorporou concepções políticas antagônicas, a marcante presença dos princípios do chamado

¹⁶⁰ TAVARES, *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas*, p. 76.

¹⁶¹ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 91.

¹⁶² Foram apresentadas 122 emendas populares, que reuniram um total de quase 10 milhões de assinaturas. Não seria nenhum exagero afirmar que o amplo sistema de direitos fundamentais assegurado na Constituição Federal é, em boa parte, resultado de processo de participação política. CF. CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 50.

¹⁶³ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 92.

¹⁶⁴ VIANNA, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 39.

constitucionalismo comunitário em seu texto final – princípios também encontrados no Anteprojeto Afonso Arinos¹⁶⁵ – parece indicar que essa concepção comunitária consiste em uma forte diretriz na estruturação da Constituição brasileira.

Com efeito, a característica fundamental do constitucionalismo comunitário,¹⁶⁶ qual seja, a compreensão da Constituição como uma ordem de valores compartilhados por uma determinada comunidade política, cujo núcleo básico é o sistema de direitos fundamentais, está presente na Constituição brasileira. Pode-se afirmar, mais detalhadamente, que alguns grandes temas definidores do constitucionalismo comunitário incorporaram-se ao texto promulgado pela constituinte de 1987/88,¹⁶⁷ a saber: (i) a definição do fundamento ético da ordem jurídica, com um amplo sistema de direitos fundamentais e de garantias processuais para a sua efetivação;¹⁶⁸ (ii) a presença de institutos que visam controlar a omissão do

¹⁶⁵ Sobre a Comissão Afonso Arinos, o presidente Sarney, em 18 de julho de 1985, dando seguimento a projeto do Presidente eleito pelo Colégio Eleitoral Tancredo Neves, convocou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 personalidades, entre juristas, empresários, sindicalistas, escritores, sociólogos, economistas, jornalistas, enfim, diversos representantes da sociedade brasileira, e presidida pelo constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco. A Comissão era subdividida em 10 campos temáticos, e, dentre os juristas que a compuseram, a maioria era representante do constitucionalismo comunitário brasileiro. Inicialmente acusada de conservadora, a Comissão Afonso Arinos, em 18 de setembro de 1986, enviou seu Anteprojeto de Constituição – projeto relativamente avançado, na visão dos comunitários brasileiros – ao Presidente Sarney, que, todavia, não o encaminhou para a Assembléia Nacional Constituinte. Apesar de não contar oficialmente com um documento-base, o projeto organizado pela Comissão do Senador Afonso Arinos, eleito para a Constituinte, influenciou os debates constituintes e a redação final da Constituição. Cf. TAVARES, *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas*, p. 83-84 e CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, pp. 32-43.

¹⁶⁶ Uma exaustiva caracterização do constitucionalismo comunitário no Brasil e de sua influência no processo constituinte encontram-se no Capítulo 1, do trabalho da Professora Gisele Cittadino acima citado. Cf. *Ibid*, pp. 11 – 74. A professora destaca os nomes de José Afonso da Silva, Carlos Roberto Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fabio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão Neto, dentre outros, como representantes do constitucionalismo comunitário e democrático brasileiro. E sublinha: “O constitucionalismo comunitário toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores, havendo uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental representada pela constituição, cujo sentido político só pode ser apreciado em relação com a totalidade da vida coletiva”. Cf. *Ibid*, p. 16.

¹⁶⁷ Cf. CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 43.

¹⁶⁸ O art. 1º estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O art. 3º prescreve como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, o art. 4º prescreve os princípios que regem o Brasil nas relações

poder público;¹⁶⁹ (iii) idéia de democracia participativa, através da combinação de institutos de participação direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular), com a clássica idéia de representação política democrática;¹⁷⁰ (iv) a adoção de uma Corte Suprema como órgão de caráter político, destinado a guardar os valores constitucionais.¹⁷¹

Ademais, outra grande característica comunitária consiste na ampliação da comunidade de intérpretes, que pressupõe, de um lado, a concepção de Constituição aberta, cujas normas se abrem para o futuro, e, de outro, a adoção de institutos que permitam aos intérpretes informais da Constituição deflagrar processos de controle, especialmente os processos judiciais. A Constituição brasileira também contemplou esse aspecto. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres arrola algumas situações constitucionalmente previstas para os intérpretes da Constituição agirem, quais sejam: a) no mandado de segurança coletivo, a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, *b*); b) no mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI); c) na ação popular, em que qualquer cidadão é parte legítima para postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); d) na denúncia de irregularidades ou ilegalidade formulada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º); e) na ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, a ser proposta pelo Ministério Público (art. 129, IV); f) na ação de inconstitucionalidade,

internacionais, e há uma extensa declaração de direitos liberais, sociais e coletivos em todo o texto constitucional, que se inserem nesse fundamento ético da ordem constitucional brasileira.

¹⁶⁹ Os instrumentos são o Mandado de Injunção, presente no art. 5º, LXXI, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, constante do art. 103, § 2º.

¹⁷⁰ O parágrafo único do art. 1º prescreve que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. O art. 14 estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis.

¹⁷¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

que *pode ser proposta pelas confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional* (art. 103, IX).¹⁷²

Nesse quadro, o Constituinte atribuiu relevantes funções de caráter político ao Supremo Tribunal Federal, especialmente a de guardião da Constituição, ao mesmo tempo em que transferiu muitas de suas antigas tarefas para o Superior Tribunal de Justiça, concebido pela Constituição de 1988 como órgão destinado a uniformizar a interpretação do direito federal. Essa dimensão política, não é demais lembrar, não significa que os juízes estejam autorizados a agir sem independência, sem imparcialidade, a partir de compromissos partidários. Ela apenas deixa claro que a Constituição incorporou um sistema de valores tal que a sua guarda, por via interpretativa, não pode se tornar senão um instrumento de realização política, pois, se a Constituição não foi valorativamente neutra, tampouco será neutra a tarefa de interpretá-la e garanti-la.¹⁷³ Essa natureza política se acentua no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, em que o Supremo tem o poder de verificar a compatibilidade de textos normativos em face da Constituição.

É bom destacar também que o constituinte optou por uma Constituição abrangente, que define fins e programa de ação futura a ser aplicado pelo Estado. Por isso, a lei fundamental foi muitas vezes minuciosa e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com o seu plano de evolução política de conteúdo social, nem sempre mantém uma linha de coerência político-ideológica. Ao contrário, muitas concepções ideológicas contrapostas foram incorporadas ao texto.¹⁷⁴ Da mesma forma, a Constituição de 1988 instituiu uma nova idéia de Direito e uma nova concepção de Estado, inspirada em princípios e valores¹⁷⁵ que não se contentam em reproduzir os fatores reais do poder da sociedade brasileira, mas pretendem atingir e modificar a realidade sócio-política, com a finalidade de realizar a plena cidadania.

¹⁷² TORRES, *O Espaço Público e os Intérpretes da Constituição*, p. 133-134. Grifou-se.

¹⁷³ “Ao não se definir como um ordenamento valorativamente neutro, a Constituição permite que, frente a um conflito de direitos fundamentais, juízes e tribunais possam recorrer aos ‘valores supremos’ que se expressam nos princípios fundamentais para dar solução ao caso”. Cf. CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 47.

¹⁷⁴ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 6.

¹⁷⁵ Id., *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 261.

Diz-se, com isso, que a Constituição brasileira foi muito pretensiosa,¹⁷⁶ regulou os mais variados campos de conflitos da vida política e social brasileira, de modo que quase todo conflito que surge na sociedade brasileira configura-se um conflito de natureza constitucional. Questões de direito civil, penal, processual, tributário, previdenciário, econômico, ambiental, referentes a direitos da criança, dos idosos, de indígenas, entre outras questões de ordem política, econômica e moral podem ser levadas pela comunidade de intérpretes da Constituição às instituições responsáveis pela guarda do texto constitucional.

Diante desse quadro normativo, ou seja, de um ordenamento jurídico sem neutralidade valorativa é que se deve conceber a jurisdição constitucional no Brasil. Na visão do constitucionalismo comunitário brasileiro, a jurisdição constitucional emerge historicamente como um dos mais expressivos instrumentos de defesa da Constituição, considerada não como puro nome, mas como expressão de um sistema de valores aos quais se pretende conferir conteúdo histórico e político.¹⁷⁷ Com efeito, ao lado da condição de última instância do Poder Judiciário, o constituinte conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição, competindo-lhe a guarda de todas as normas, princípios e valores constitucionais.

Contudo, frustrou-se a expectativa do constitucionalismo comunitário brasileiro de se criar um Tribunal Constitucional. Note-se que o STF não pode ser alçado à condição de Corte constitucional, porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, dado que persiste o sistema difuso de controle, autorizando qualquer tribunal ou juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade,¹⁷⁸ e também pelo fato de que o STF cumula as clássicas competências caracterizadoras da jurisdição constitucional – notadamente, o controle concentrado de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais –, com as que

¹⁷⁶ A afirmação é de Oscar Vilhena Vieira em entrevista concedida ao site Consultor Jurídico. Cf. http://conjur.estadão.com.br/static/text/38932?display_mode=print, acesso em 30/12/2005.

¹⁷⁷ SILVA, *Poder Popular e Poder Constituinte*, p. 247.

¹⁷⁸ Id., *Curso de direito constitucional positivo*, p. 556.

possui enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, ou seja, a competência para processar e julgar recursos em última instância.¹⁷⁹

Entretanto, a proposta de criação de um Tribunal Constitucional enquadra-se entre os temas que, embora não tenham prosperado no processo constituinte, deixaram resquícios, de modo que essa proposta de certa forma esteve presente na valorização do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e na reestruturação do Judiciário.¹⁸⁰

A função de guardião dos valores constitucionais, uma vez que o Poder Judiciário só atua quando provocado,¹⁸¹ depende, por sua vez, das ações destinadas a deflagrar o processo de fiscalização abstrata de normas, e dos legitimados para propô-las. Primeiramente, entre as ações judiciais destinadas ao controle abstrato de normas, a Constituição previu, originariamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Mas a grande inovação neste tema refere-se à extensão dos entes legitimados para propô-las. Se antes, na Constituição de 1967/69, apenas o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum*, tinha a prerrogativa de propor a ADIn, com a promulgação da atual Constituição, não apenas o Procurador-Geral da República ganhou mais autonomia em relação ao Poder Executivo,¹⁸² como também ampliou-se substancialmente os legitimados para deflagrar os processos de controle

¹⁷⁹ Criticando esse acúmulo de funções da Jurisdição ordinária com as funções de um Tribunal Constitucional, José Afonso da Silva afirma: “É certo que o art. 102 diz que a ele compete, *precipualemente, a guarda da Constituição*. Mas não será fácil conciliar esta função típica de guarda de valores constitucionais (pois guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com a sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (base do critério de controle difuso) quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inciso III do art. 103, que o mantém como Tribunal de julgamento do caso concreto que sempre conduz a preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova. Não será, note-se bem, por culpa do colendo Tribunal se não vier a realizar-se plenamente como guardião da Constituição, como nossa história comprova”. Cf. *Ibid*, p. 255.

¹⁸⁰ TAVARES, *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas*, p. 102.

¹⁸¹ “A jurisdição é inerte e, para a sua movimentação, exige a provocação do interessado. É a isto que se denomina princípio da ação: *nemo iudex sine actore*”. Cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 57-58.

¹⁸² O Procurador-Geral da República é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para exercer o cargo por um período de dois anos. Esse prazo fixo representa maior autonomia em relação ao regime anterior, que conferia ao Presidente da República a prerrogativa de demitir, a qualquer momento, por conveniência e oportunidade, o chefe do Ministério Público da União.

abstrato de normas. Aquelas ações permitem aos legitimados a defesa objetiva da Constituição, contestando a validade de leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, bem como a validade de Emendas Constitucionais, quando contrariarem os limites materiais de reforma (*clausulas pétreas*) previstos no art. 60, § 4º.¹⁸³

A Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, juntamente com o mandado de injunção, constitui um instrumento de controle das omissões inconstitucionais, nos casos em que a Constituição exige uma conduta positiva por parte do poder público, que insiste em permanecer inerte, notadamente nos casos em que a Constituição remeteu ao legislador dever de completar o sentido de suas normas, condicionando a respectiva aplicação à legislação futura. Podendo ser proposta pelos mesmos legitimados para propor a ADIn, seus efeitos, entretanto, são de contestáveis eficácia prática, uma vez que, declarada a omissão para tornar efetiva a norma constitucional, apenas será dada a mera *ciência* ao poder competente para a adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Com a EC 3/93, introduziu-se mais um instrumento de fiscalização abstrata, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que tem por objetivo afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza acerca da validade de lei ou ato normativo federal, ou seja, ela visa eliminar eventual controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de uma lei. A legitimidade para propor a ADC, inicialmente, não era tão ampla com a da ADIn, pois se restringia a autoridades e entidades estatais federais, a saber, o Presidente da República, a Mesa da Câmara do Deputados, a Mesa do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República, até que a EC 45/2004 estendeu a legitimidade aos demais entes e autoridades do art. 103 da Constituição.

Outra importante mudança foi introduzida no fim de 1999, por meio da regulamentação do § 1º do art. 103 da CF, ou seja, com o advento da Lei 9.882/99,

¹⁸³ 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.

que regulou a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁸⁴ (ADPF). Esta ação não introduziu novidades acerca da legitimação¹⁸⁵ para iniciar o processo de controle abstrato de normas, mas ampliou o leque de hipóteses que podem ser objeto de controle concentrado. Algumas situações, cuja constitucionalidade não se pode contestar por ADIn, passaram a encontrar na ADPF o meio adequado de provocar a fiscalização abstrata pelo STF, devido a seu objeto mais amplo: evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (Lei 9.882/99, art. 1º).

De tudo isso, o importante é destacar que as Emendas Constitucionais e as disposições legais posteriores confirmaram a tendência de ampliar o papel do STF como guardião da Constituição através da fiscalização abstrata de normas. Seja pela introdução ou regulamentação de novas ações judiciais que compõem este quadro, seja pela ampliação do objeto passível de se contestar em face da Constituição, o controle de constitucionalidade concentrado, exercido pelo STF, saiu ainda mais fortalecido.

Nesse mesmo diapasão, a recente introdução do mecanismo da *repercussão geral*, introduzido com a EC 45/2004, realça importância ao STF. Tal instituto confere certa discricionariedade na apreciação dos recursos extraordinários, principal meio para levar ao STF uma questão constitucional decidida pelas instâncias superiores. Pela arguição de repercussão geral, o STF pode fazer uma filtragem no processamento e julgamento dos recursos, podendo concentrar seus esforços nos processos de maior importância e repercussão jurídico-política. Pela perspectiva do recorrente, este deverá demonstrar, no recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹⁸⁴ Não obstante estivesse prevista no texto original de 1988, a ADPF ficou, até o fim de 1999, pendente de regulamentação para ser aplicada, o que ocorreu com a Lei 9.882/99.

¹⁸⁵ Os legitimados para propor a ADPF são os mesmos que os da ADIn (Lei 9.882/99, art. 2º).

Como afirma Oscar Vilhena Vieira, o Supremo Tribunal Federal normalmente julga mais de cem mil casos por ano, nesta década, muito mais do que a Suprema Corte norte-americana, cujos julgamentos não passam de cem casos ao ano, sendo também limitado o número de casos julgados pelos principais tribunais constitucionais ao redor do mundo.¹⁸⁶ Dessa maneira, o mecanismo da repercussão geral aumenta a autoridade do STF, sem ampliar sua carga de trabalho, bem como possibilitará que a Corte desempenhe papel apenas subsidiário e correcional na jurisdição incidental de controle de constitucionalidade, exercida pelos juízes e tribunais inferiores, de modo que terá a faculdade de preferir as questões de maior importância política, inclusive as dos processos de controle concentrado de constitucionalidade.¹⁸⁷

Ademais, para assegurar maior autonomia na tarefa de defender a Constituição, incorporaram-se na Constituição normas sobre a estrutura e composição do STF, bem como normas garantidoras da independência e imparcialidade dos magistrados e do Poder Judiciário. Com efeito, a composição dos membros das Cortes superiores e dos Tribunais Constitucionais consiste em uma preocupação constante nas democracias, uma vez que o procedimento para essa escolha consiste em uma forma de suprir a falta de legitimidade decorrente do fato de que estes juízes não são eleitos pelo voto popular. É claro que um procedimento que privilegia critérios unicamente político-partidários na composição da Corte mostra-se indesejável, pois poderia colocar em xeque a independência e imparcialidade dos juízes responsáveis por julgar questões cruciais para a realidade política de um país. Entretanto, face ao poder exercido pelos Tribunais, é natural que se busque um procedimento capaz de legitimar democraticamente a escolha do Ministro. Diante desse dilema, a Constituição brasileira foi conservadora, preservou a composição de 11 Ministros,¹⁸⁸ com idêntico procedimento de escolha, ou seja, um procedimento

¹⁸⁶ VIEIRA, *Que Reforma?*, p. 201.

¹⁸⁷ VIEIRA, *Que Reforma?*, p. 202.

¹⁸⁸ Quanto aos requisitos para ser Ministro do STF, a Constituição apenas prescreve que esta escolha deve recair sobre cidadãos brasileiros (natos), de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de 35 e menos de 65 anos de idade. Neste ponto vale destacar a seguinte lição: “Detecto na permanência do Supremo Tribunal Federal com a composição e estrutura que tinha no período autoritário e ditatorial, anterior ao regime democrático, o maior entrave institucional para o aprofundamento da democracia entre nós. Juízes nomeados por generais-presidentes continuaram

que combina a participação do chefe do Poder Executivo e da Casa Legislativa destinada a representar os Estados da federação; mais especificamente, pela Constituição de 1988, compete ao Presidente da República nomear o Ministro do STF, cuja nomeação é submetida à aprovação pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal.¹⁸⁹

Uma vez investidos no cargo, incide sobre o Ministro uma série de prerrogativas funcionais¹⁹⁰ e impedimentos,¹⁹¹ a fim de assegurar um exercício mais independente e imparcial da função judicial. Com igual propósito dotou-se o Poder Judiciário, incluindo o Supremo, de garantias institucionais – as autonomias

exercendo e ainda exercem o cargo, mantendo praticamente intacto o entendimento jurídico – aliás, de grande qualificação técnica, diga-se de passagem, nem se considere estarmos aqui fazendo algum reparo à pessoa ou ao jurista de nenhum destes ou qualquer outro dos Ministros – e a orientação ideológica que então possuíam, como é de se esperar, dificultando, assim, a transformação postulada pela Constituição de 1988”. GUERRA FILHO, *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional*, p. 2. (www.mundojuridico.adv.br, acesso em 25/01/2006).

¹⁸⁹ Esta norma foi introduzida na Constituição de 1891 sob a influência do artigo da Constituição Americana, que prevê o mesmo procedimento. Nos EUA, na prática o processo de escolha de um juiz da Corte Suprema envolve um número muito grande de interessados e uma enorme pressão popular. No Brasil, há de se reconhecer que as escolhas dos ministros do Supremo ganharam maior notoriedade a partir do papel político da assumido pelo STF na Constituição de 1988. Atualmente, os políticos, a sociedade civil e a imprensa estão mais vigilantes em relação aos nomes escolhidos para ser Ministro do Supremo, havendo inclusive uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 484/05), amplamente divulgada pela imprensa, para modificar o processo de escolha dos Ministros do Supremo, cabendo ao Congresso Nacional, por maioria absoluta, e depois nomeados pelo Presidente da República. A PEC veda que a nomeação recaia sobre quem exerça mandato político, cargo de ministro de Estado ou de presidente de partido político até quatro anos depois do mandato ou de ser afastado definitivamente de suas funções, bem como pretende tornar inelegível por quatro anos o ministro, contados a partir do afastamento definitivo de suas funções judiciais.

Da mesma forma, a regra sobre a escolha do Presidente do Supremo foi mantida, tal como em todas as Constituições desde 1891, ou seja, continua sendo escolhido pelos próprios membros da Corte dentre os seus pares, e exercerá a presidência da Corte por um período de dois anos, sem nenhuma previsão constitucional de ingerência externa nessa deliberação. Nesse particular, a Constituição brasileira difere da Constituição norte-americana, que confere ao Presidente da República a prerrogativa de nomear o presidente da Corte, submetendo essa nomeação à aprovação do Senado Federal. Nos EUA, ademais, o cargo de Presidente da Corte (*Chief Justice*) é vitalício, e não precisa ser ocupado por um juiz que já integra a Corte (*Justice*). No Brasil, a previsão de dois anos para o exercício da presidência não decorre da CF/88, mas de disposição regimental (Cf. art. 12 do RISTF).

¹⁹⁰ Uma vez nomeados, são asseguradas aos Ministros algumas prerrogativas visando o exercício independente da função, tais como as garantias da irredutibilidade de vencimentos, da vitaliciedade e da inamovibilidade.

¹⁹¹ A exemplo dessas garantias, algumas incompatibilidades estão constitucionalmente previstas para garantir um exercício mais imparcial da função jurisdicional. Assim, as vedações constitucionais de exercer, ainda que em disponibilidade, outra função ou cargo público, salvo uma de magistério; receber a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; e dedicar-se à atividade político-partidária (art. 95), e, recentemente, inserida pela EC 45/2005, a vedação de o Juiz ou o Ministro de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

orgânico-administrativa e financeira¹⁹² – de modo que, ao menos normativamente, o STF possui um nível de independência em relação aos outros Poderes, o que permite um melhor exercício de suas funções.

Vale notar que a EC 45/2004 introduziu algumas modificações na estrutura do Judiciário brasileiro, sendo uma das mais significativas a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão destinado a exercer o controle externo do Poder Judiciário.

¹⁹³ Compõem este órgão quinze membros, sendo nove representantes do Judiciário, prevalentemente de suas instâncias superiores, dois do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos. Escolhidos de distintas formas, todos são nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.¹⁹⁴

O Controle externo, longe de significar qualquer ataque à independência ou à imparcialidade dos juízes, procura reforçar a legitimidade democrática do Judiciário, dando-lhe maior transparência e possibilitando um controle não sobre o mérito das decisões dos magistrados, mas sobre a conduta ética dos juízes e de seus auxiliares, bem como sobre eventuais violações dos princípios constitucionais da administração

¹⁹² A primeira abrange a eleição dos órgãos diretivos, a possibilidade de editar regimento interno que discipline a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos consoante as leis processuais, bem como a organização de suas secretarias e serviços auxiliares (art. 96). A autonomia financeira se traduz na iniciativa de formular a sua proposta orçamentária, obedecendo aos limites estipulados conjuntamente com os três poderes.

¹⁹³ A vedação do nepotismo no Poder Judiciário de todo o Brasil pode ser considerada como a principal realização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos seus primeiros seis meses de atuação. Além da Resolução nº 07, que proibiu a contratação de parentes até terceiro grau para o exercício de cargos e funções comissionadas nos tribunais, o Conselho tomou outras decisões importantes, tais como a que decretou o fim das férias coletivas nos Tribunais de 2º grau e a que estabeleceu a promoção de magistrados por voto aberto e fundamentado.

¹⁹⁴ O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal (artigo 103 – B).

pública na atividade de administração do Poder jurisdicional.¹⁹⁵ No que concerne às atribuições do CNJ, a EC 45/2004 instituiu um órgão de fiscalização, com competência para o controle *disciplinar e administrativo* do Poder Judiciário, isto é, a fiscalização sobre a conduta dos juízes, bem como sobre o seu orçamento e suas despesas, propiciando uma administração nacional e centralizada do controle das atividades jurisdicionais.¹⁹⁶

Contudo, dada a composição do CNJ amplamente majoritária de membros atrelados ao Judiciário, a principal crítica levantada foi a de que se está criando um sistema de controle apenas parcialmente externo ao Judiciário, frustrando, em parte, a expectativa de que o Judiciário pudesse ser fiscalizado por um órgão externo efetivamente republicano e alheio aos interesses da corporação, conferindo maior transparência às atividades do Poder e eventualmente contribuindo para sua maior efetividade.¹⁹⁷

Ao cabo deste capítulo, com as observações acerca da Constituição e do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar que o processo constituinte possibilitou

¹⁹⁵ Neste sentido, a Constituição confere ao CNJ a competência de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

¹⁹⁶ Como destaca Oscar Vilhena Vieira: “A idéia se desenvolve em meio a profundas críticas à estrutura correicional e de gerenciamento do próprio Poder Judiciário, acusado de inoperante, entendendo os elaboradores da proposta ser o Conselho uma alternativa para a *transparência* e a *dinamização* do Poder ora reformando”. Cf. *Que Reforma?*, p. 6.

¹⁹⁷ VIEIRA, *Que Reforma?*, p. 5.

uma Constituição comprometida com um conjunto de valores, cujo núcleo se assenta no sistema de direitos fundamentais. Além disso, a preocupação com a efetividade da Constituição, especialmente, com este sistema de direitos fez do STF a principal instância destinada a zelar pelo cumprimento da Constituição. Não obstante a manutenção da estrutura básica do Supremo, a Constituição conferiu garantias funcionais e institucionais e fez alterações na esfera de sua jurisdição, que impuseram uma redefinição do seu papel no sistema político-constitucional brasileiro.¹⁹⁸ Ao lado do controle difuso de constitucionalidade, a Constituição ampliou a importância da fiscalização abstrata de normas, sobretudo com a previsão de novos legitimados, inclusive entidades da sociedade civil, para iniciar o processo de controle abstrato de constitucionalidade, fenômeno confirmado pelas Emendas Constitucionais e medidas legislativas posteriores, que, sem inovar no direito de propositura dessas ações, ampliaram as hipóteses de cabimento do controle abstrato.

A opção constituinte por um ordenamento valorativamente comprometido põe o STF na posição de um efetivo guardião dos valores constitucionais. Em que pese o risco de comportar-se a Corte semelhantemente a um regente republicano das liberdades positivas,¹⁹⁹ não se pode negar que a Constituição estabeleceu condições normativas para que ela se abra ao diálogo com diversos atores sociais na interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais. Pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida pelo alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, segmentos representativos da sociedade civil podem levar suas demandas políticas e seus argumentos na concretização dos dispositivos constitucionais. Mas a previsão constitucional de distintos atores para fiscalizar a Constituição não basta por si. O próprio procedimento de fiscalização abstrata, incluindo a definição dos atores com direito de propositura, reclama por uma concretização do STF. E, nessa concretização, o Supremo pode ser mais ou menos exigente ou formalista, favorecendo ou não o diálogo com a comunidade de intérpretes, e, por conseguinte, o processo de judicialização da política. Nesse

¹⁹⁸ VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 127.

¹⁹⁹ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 60. “A Constituição aberta e abertura constitucional, não poderia destinar outro papel ao STF, senão o de regente republicano das liberdades positivas”.

sentido, o capítulo seguinte visa exatamente examinar o conteúdo da jurisprudência do STF na definição do sistema de fiscalização abstrata brasileiro, para saber, como ele tem compreendido o seu papel nesse tipo de processo e em que medida a Corte tem privilegiado o potencial de diálogo abstratamente presente no texto constitucional. Concentra-se a análise nos mecanismos processuais com maior potencial de levar as demandas sociais e políticas da esfera pública para o interior do Supremo, a saber, o direito de propositura conferido a entidades da sociedade civil e o mecanismo do *amicus curiae*.