

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE (ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE O BRASIL)

Por PAULO BONAVIDES *

1. Disse Zagrebelsky, com inteira razão, que duas são as condições da justiça constitucional: uma, de caráter jurídico-formal, outra, de caráter político-substancial, cifrada no pluralismo das forças constitucionais; a primeira, teórica, a segunda, pragmática¹.

A primeira é aquela em que, ao nosso ver, avultam, de imediato, considerações acerca do declínio formal da lei, cujo lugar preeminente, em termos jurídicos formais, entra a ser ocupado pela Constituição.

Com efeito, quanto mais a lei se «dessacraliza» e fica minguate com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico.

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania.

A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação de poderes².

* Catedrático Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará en Fortaleza (Brasil). Doctor *honoris causa* por la Universidad de Lisboa. Medalla «Rui Barbosa», la más alta distinción honorífica que concede la *Ordem dos Advogados do Brasil*. Fundador y Presidente del Consejo Directivo de la *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*.

¹ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, 1988, p. 14.

² O Professor J. C. Vieira de Andrade, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, distingue com respeito aos direitos fundamentais duas formas básicas de concretização da Constituição: uma concretização jurídico-interpretativa e uma concretização jurídico-política.

Diz o eminente constitucionalista:

«Assim, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são, tipicamente e em regra, preceitos diretamente aplicáveis, que podem e devem ser objeto de uma concretização jurídico-interpretativa: o seu conteúdo é suscetível de concretização ao nível constitucional e, portanto, é acessível à jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade³.

A segunda condição, referida por Zagrebelsky, é de manifesto teor material. Nela enquadrámos a subsequente exposição e análise das dificuldades que ora atravessa, do ponto de vista da legitimidade, a jurisdição constitucional no Brasil, designadamente aquela exercitada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A matéria aqui versada, como todo tema de Direito Constitucional, combina, pois, elementos conceituais de Ciência do Direito e de Ciência Política, sendo estes, os da Ciência Política, todavia, predominantes no caso vertente porquanto indeclináveis à sua elucidação⁴.

Diferentemente, a concretização jurídico-política é típica (embora só típica) dos preceitos relativos aos direitos sociais, remetendo a Constituição, em regra, para opções políticas que, por natureza, são próprias do legislador: tratando-se de questões em que estão em causa uma sensibilidade e uma legitimidade políticas, a concretização dos preceitos há-de pertencer em primeira linha ao legislador, devendo o Tribunal Constitucional, por princípio, respeitar o poder da maioria, desde que esta não ultrapasse os limites constitucionais».

(J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «Legitimidade de Justiça Constitucional e Princípio da Maioria», in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 80).

³ É isto, aliás, o que se lê em Vital Moreira, aquele eminente jurista de Coimbra:

«A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimidade e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático».

(VITAL MOREIRA, «Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional», in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio de 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 177).

⁴ A compreensão político-jurídica do Direito Constitucional se compadece, por inteiro, com o entendimento tetradimensional da Constituição nos termos concebidos por Marcelo Rebelo de Sousa, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Diz o abalizado constitucionalista:

«A Constituição é uma realidade quadridimensional. Uma dimensão normativa, enquanto conjunto de princípios e regras de Direito. Uma dimensão volitiva, enquanto ato do poder político do Estado. Uma dimensão axiológica, enquanto pauta de valores. Uma dimensão estrutural, enquanto projeção das estruturas econômicas, sociais e culturais da coletividade na gênese, no conteúdo e na eficácia constitucionais e ainda enquanto atuação da Constituição sobre essas estruturas».

Essa formulação se completa com o pensamento do autor acerca da validade jurídica da Constituição, validade que ele desdobra «em três dimensões ou planos complementares: a validade formal ou sistemática, ligada à legalidade *lato sensu*; a validade real ou empírica, ligada à efetividade ou eficiência; a validade axiológica ligada à legitimidade». (MARCELO REBELO DE SOUSA, «Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais», in *Legitimidade, etc., ob. cit.*, p. 215).

O Direito Constitucional passa por uma de suas fases mais delicadas, mormente em países periféricos, onde a concretização simultânea dos direitos fundamentais da primeira geração, de um lado, e, do outro lado, dos direitos fundamentais de três gerações consecutivas, cuja normatividade e conceituação não se acha ainda bem definida, faz a lei flutuar como centro nervoso de uma aplicabilidade que nem sempre satisfaz às exigências da consciência social e jurídica. De tal sorte que o controle de constitucionalidade há-de radicar na lei ou «sobre a lei»⁵, mas a lei assentada sobre princípios, porquanto, se não for assim, não haverá justiça constitucional.

O conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, se prende à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando, como sóe acontecer, de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há-de ser sobretudo moderadora de tais conflitos⁶.

Há que distinguir, portanto, entre legitimidade *da* jurisdição constitucional e legitimidade *no* exercício dessa jurisdição.

A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa.

A primeira é matéria institucional, estática, a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o direito e a política.

À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congrege requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada e contestada ou comprometida, como ora acontece em determinados sistemas judiciais dos países da periferia. Neles o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle, transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento e hipertrofia, já do poder do Estado, já do arbítrio dos governantes.

Assim acontece com as «ditaduras constitucionais» de algumas repúblicas latino-americanas, das quais o exemplo mais atual, frisante e ilustrativo é o do Brasil na presente conjunção. Por onde se infere que neste país o Poder Executivo busca fazer o controle de constitucionalidade se exercitar cada vez mais no interesse do grupo governante e cada vez menos no interesse da ordem constitucional propriamente dita, de que é guarda o Poder Judiciário.

⁵ «Oggi la giustizia costituzionale è prima di tutto controllo di costituzionalità sulle leggi» (ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 28).

⁶ «Si è detto che costituisce invece compiti fondamentale della giurisdizione costituzionale in un contesto pluralista “moderare i conflitti sociali”» (ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 58).

2. O federalismo foi o berço do controle concentrado de constitucionalidade, tanto nos Estados Unidos como no Brasil. O pluralismo de Estados congregados em aliança ou comunhão política, em que se requer a garantia e inviolabilidade no respeito às relações mútuas dos entes associados, constitui, em sua dimensão histórica, o ponto de partida de toda a judicialização do controle de constitucionalidade.

A natureza política desse controle na origem é, porém, patente e incontestável e perdura até hoje, sem embargo da célebre polêmica Kelsen/Schmitt, da década de 20 no século passado, que não deixou elucidada a matéria em seus derradeiros fundamentos.

Os vínculos do controle de constitucionalidade com a forma federativa, já Hans Kelsen os proclamara em célebre artigo estampado em França, em 1928, pela Revista de Direito Público e Ciência Política sobre *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)*.

Com efeito, foram palavras suas: «Mas é certamente no Estado Federal que a justiça constitucional adquire a mais considerável importância. Não há nenhum exagero em asseverar que a idéia política do Estado Federal só se realiza plenamente com a instituição de um tribunal constitucional»⁷.

A seguir, Kelsen prossegue mostrando que a essência do Estado Federal não é problema de metafísica do Estado, mas consiste, segundo concepção de todo realista, numa repartição de funções tanto legislativas como executivas, entre órgãos centrais competentes e uma pluralidade de órgãos locais⁸.

As Constituições republicanas que adotam a organização federativa dos entes constitutivos do corpo político, o princípio da separação de poderes e a forma presidencial de governo, via de regra tendem, de necessidade, em razão de sua rigidez, a estabelecer um sistema de controle de constitucionalidade.

O Brasil desde 1891, dois anos depois da proclamação da República, entrou a possuir uma dessas Constituições e a desenvolver esse controle. Ignorado, por inteiro, ao decurso da época imperial, sua introdução em certa maneira fora tolhida pela ductilidade constitucional da forma parlamentar de governo⁹. Havia é certo, uma espécie de controle político nomi-

⁷ «Mais c'est certainement dans l'État fédéral que la justice constitutionnelle acquiert la plus considérable importance. Il n'est pas excessif d'affirmer que l'idée politique de l'État fédéral n'est pleinement réalisée qu'avec l'institution d'un tribunal constitutionnel» (HANS KELSEN, «La Garantie Juridictionnelle (La Justice Constitutionnelle)», in *Revue du Droit Public et Science Politique*, 1928, tomo XLV. Trad. Charles Einsenmann, pp. 253/254.

⁸ HANS KELSEN, *ob. cit.*, p. 254.

⁹ A Constituição do Império do Brasil de 1824, outorgada por D. Pedro I, após a dissolução da Constituinte no ano antecedente, foi o compromisso da realeza absoluta com os princípios do governo representativo; disso veio a resultar um sistema de poder de bases liberais que não chegou a desenvolver, por dispensável, um controle de constitucionalidade.

nal vazado no art.15, inciso 9º da Constituição do Império, atribuído à Assembléia Geral. Mas não passava disto.

3. Com a Constituição republicana de 1988, inclinou-se o Brasil em definitivo para o sistema misto de fiscalização de constitucionalidade, combinando assim o sistema difuso, introduzido ao alvorecer da primeira República proclamada em 1889, com o sistema concentrado, que, na presente República constitucional, tende a se tornar preponderante, ao mesmo passo que provoca a crise de legitimidade de que nos vamos ocupar mais adiante com graves apreensões acerca de seu desfecho.

Vejamos agora a sinopse dos avanços processuais havidos em matéria de jurisdição constitucional com a promulgação da Lei Maior vigente.

Com efeito, o constituinte originário de 1988 acrescentou ao controle abstrato a ação de inconstitucionalidade por omissão, conservando do mesmo passo como referência clássica de controle a já conhecida ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, com a Emenda Constitucional nº.3 de 1992, criaram-se dois novos instrumentos de controle, um deles deveras abusivo, que é a chamada ação direta de constitucionalidade. O outro é a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ambos argüidos de emprestarem um caráter autocrático ao sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade¹⁰.

Aliás, o insigne constitucionalista da Universidade de Lisboa, Professor Jorge Miranda, dá com percuciência as três razões liberais e capitais da superfluidade da garantia de fiscalização constitucional, na época do Estado liberal:

«Como se sabe, o constitucionalismo liberal europeu não possuiu uma nítida consciência da necessidade de garantia da constitucionalidade por três razões principais —por, no seu otimismo, acreditar numa espécie de harmonia política e na força, ao mesmo tempo, obrigatória e dissuasora das Constituições escritas; por a Constituição não ser tomada rigorosamente como fundamento ou como critério da validade das leis; por a lei ser entendida como razão e não como vontade».

(JORGE MIRANDA, «Nos Dez Anos de Funcionamento do Tribunal Constitucional», in *Legitimidade, etc., ob. cit.*, pp. 91-92.

¹⁰ O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do modelo chamado abstrato, concentrado ou por via principal (em contraste com o difuso ou por via incidental ou de exceção) exercido mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) teve no Brasil origem autoritária e conserva em sua evolução recente manifesta tendência nesse sentido, sem embargo de a Constituição de 1988, no art.103 haver quebrantado o monopólio de legitimação do Procurador-Geral da República de propor aquela ação, e alargado, em consequência, o número de legitimados, a saber, os seguintes desde a promulgação da Lei Fundamental: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

Com efeito, tocante aos dois pontos acima referidos —origem e retrocesso autocráticos— é de leitura indispensável o trabalho intitulado «O desmantelamento do sistema brasileiro de

O mau uso poderá converter a ação direta de constitucionalidade em mais um veículo que o Executivo emprega para deformar o arcabouço ju-
 Controle de Constitucionalidade», de autoria de José Ignácio Botelho de Mesquita, Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Escreve esse jurista:

«O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos por via principal, que se exerce entre nós pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), padece de um pecado original. A despeito de sua vinculação teórica ao estado de direito, a então chamada representação por inconstitucionalidade nasceu no Brasil em pleno regime militar, como instrumento de controle do Legislativo pelo Executivo. Graças ao fato de se ter atribuído exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimação para promovê-la, pode-se dizer que essa representação já nasceu de farda. E de fato, competindo ao Presidente da República a escolha e a nomeação do Procurador-Geral, competia-lhe também, com exclusividade, o poder de fato de re-
 apresentar ao Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade e, posteriormente, para a interpretação das leis e atos normativos federais e estaduais».

(JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, «O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade», in *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXII, nº 67, Agosto/2002, p. 87).

Passando ao retrocesso em relação à Constituição de 1988, não estranha aquele Professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco «que o Poder Executivo buscasse rapidamente recuperar o perdido domínio sobre o controle de constitucionalidade. E foi o que ocorreu».

Acrescenta Botelho de Mesquita:

«O primeiro passo para neutralizar os efeitos da vitória conquistada pela Constituição de 1988 consistiu na introdução no nosso sistema constitucional de uma ação contrária à ADIN: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCON), atribuída a um seletivo grupo de não mais que quatro escolhidíssimos legitimados: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

Por meio dessa inovação, recuperou o Presidente da República o poder de opor-se à declaração incidental de inconstitucionalidade e de antecipar-se à declaração de inconstitucionalidade por via principal 5. Constituição Federal, art.103, parágrafo 4º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº.3, de 17/3/1993 com a prerrogativa — que logo mais lhe seria generosamente outorgada — de dispor de medida cautelar para suspender os julgamentos em curso, nos quais se estivesse questionando a constitucionalidade da lei ou ato normativo objeto da ADCON 6.Lei nº 9868, de 10/11/1999, artigo 21.

(...) Esse duríssimo golpe contra o nosso sistema de controle de constitucionalidade veio acompanhado da atribuição de efeito vinculante às decisões de mérito proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade 8.Constituição Federal, artigo 102, parágrafo 2º), agora estendido também aos julgamentos pronunciados nas ações diretas de inconstitucionalidade 9.Cf.Lei nº.9868, de 10/11/1999, artigo 28, parágrafo único)».

(JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, *ob. cit.*, p. 88).

O abalizado jurista conclui com asseverar:

«É assim que o autoritarismo ascendente vem ganhando terreno no Direito Processual, à custa da subtração sistemática dos meios e recursos constitucionais assegurados para garantir o respeito aos direitos e às liberdades fundamentais.

Denunciar o autoritarismo totalitário, onde quer que ele se apresente, quaisquer que sejam as vestes sob as quais se oculte, é o primeiro passo para assegurar a sobrevivência da Constituição e homenagear ideais professados pelo insuperável mestre e queridíssimo colega, o eminente Professor Goffredo da Silva Telles Junior».

(J. I. BOTELHO DE MESQUITA, *ob. cit.*, p. 93).

rídico do sistema e dar trânsito livre de constitucionalidade às medidas mais impopulares e lesivas à Constituição, vazadas em medidas provisórias, materialmente inconstitucionais, saídas da forja do grande legislador e administrador que é no País aquele Poder hegemônico¹¹.

Sem embargo do considerável alargamento e avanço formal havido no Brasil com a Constituição em vigor no que toca ao controle concentrado de constitucionalidade, observa-se, todavia, ao mesmo passo, acentuada queda qualitativa respeitante ao emprego desses mecanismos constitucionais de proteção jurisdicional do regime e de suas estruturas.

Tal ocorre em determinadas situações fáticas que afetam bastante a relação de poderes entre o Executivo e o Legislativo. Com efeito, a preponderância negativa do primeiro sobre o segundo logo se faz sentir em ordem a abalar a independência dos tribunais e desvirtuar as bases da legitimidade da própria jurisdição constitucional, severamente golpeada, toda vez que a Corte Suprema, por obra de pressões inadmissíveis e descabidas, algumas vezes mais sutis que ostensivas, se dobra à vontade executiva¹².

¹¹ Pode parecer um paradoxo, mas faz sentido talvez falar de inconstitucionalidade do próprio controle de constitucionalidade, quando —agora já sem remédio porque não há via recursal aberta em decisão de derradeira instância— o tribunal constitucional prolata sentenças de palpável inconstitucionalidade material e faz constitucional o que era manifestamente inconstitucional. Se isto acontece, e já tem acontecido nos países da periferia, a justiça constitucional perde deveras em legitimidade.

A expressão paradoxal —inconstitucionalidade do controle de constitucionalidade— traz à memória aquela formulada pela interrogação de Bachof: normas constitucionais inconstitucionais? Na esteira da degeneração teórica, ela já levou juristas ao despenhadeiro do absurdo de questionar a constitucionalidade de artigos da própria Constituição.

Demais disso, o Poder Executivo interfere, não raro, em proveito de bens e interesses que lhe dizem respeito nas relações de poder com o Judiciário, donde promanam atos seus, materialmente inconstitucionais, que nem sempre são reconhecidos como tais quando impugnados perante o Supremo Tribunal Federal.

¹² Dessas pressões o Poder Judiciário sai enfraquecido num clima de crise institucional. Nesse quadro o governo derogou a tradição republicana ao reeleger pela vez primeira em dois séculos de história constitucional um Presidente da República; embargou e abortou a instalação de oito Comissões Parlamentares de Inquérito para investigar crimes de corrupção da administração pública federal; exarou em menos de oito anos de mandato presidencial, debaixo de exprobrações de inconstitucionalidade, cerca de cinco mil Medidas Provisórias, num dilúvio legislativo de usurpação cujo alcance excede, em todos os sentidos, o brocardo romano «*corruptissima res publica, plurimae leges*» (Tácito, 55-120, Anais, III, 27), fez na matemática do terror em matéria de finanças a dívida pública interna elevar-se a oitocentos bilhões de reais e a dívida externa a 200 bilhões de dólares; onerou futuras gerações, de tal sorte que todo brasileiro já nasce pesadamente endividado. Desse governo não é de estranhar tampouco haja ele manifestado seu forte pendor anti-democrático ao vetar dispositivo da Lei n.º 9882, de 3 de dezembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do art.102 da Constituição Federal.

A parte vetada da lei instituíra a legitimação popular de iniciativa da arguição ao permitir

Disso resulta, incólume, uma política governativa de Medidas Provisórias que, com extrema frequência, ferem princípios constitucionais da substância e essência do sistema. A Sociedade e a cidadania perdem; o Estado e o Governo ganham deploravelmente. O poder hegemônico nele incorporado faz fraca a Constituição enquanto o prestígio do tribunal supremo desce a níveis institucionais, sobreposse baixos e deprimidos.

4. Os malefícios dessas Medidas Provisórias, durante muito tempo fizeram do Executivo o mais poderoso legislador do País constitucional. Foram eles muito bem retratados, em abril de 1999, pelo Ministro Celso de Mello, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, que assim se expressou:

«No plano institucional brasileiro, o aspecto de suma gravidade que tem me preocupado nestes últimos dois anos é a apropriação institucional pela Presidência da República de poderes legislativos, transformando as Medidas Provisórias em meio de legislação usado ordinariamente, quando a Constituição, ao definir essa forma excepcional de legislação, estabeleceu que só pode ser usada em caráter extraordinário. (...) Esse poder institucional gera grave distorção: desloca o eixo da elaboração de leis para o Executivo, quando ela é uma função clássica, típica, natural do Legislativo. O presidente da República se transformou no grande legislador do país. Essa sua compulsão legislativa fez o Brasil viver sob o signo do efêmero porque as Medidas Provisórias, por serem provisórias, introduzem um elemento normativo instável. Essa distorção institucional afeta e compromete o princípio da separação dos Poderes, uma das cláusulas pétreas, a alma da nossa Constituição»¹³.

Não disse, porém, o Ministro que o Supremo tem sido aliado e cúmplice do Executivo, quando este reeditou para escândalo do meio jurídico centenas de Medidas Provisórias e aquele, não obstante haver sido provocado, nunca lhes declarou a inconstitucionalidade. Consentiu prevalecesse tão ominoso processo de burla e fraude da Constituição, o qual, inúmeras vezes, golpeou e feriu o princípio da separação de Poderes e conveleu a legitimidade das instituições e do regime.

que «qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público» tivesse ingresso no Supremo com aquela ação.

Causou o veto presidencial descontentamento de opinião no meio forense. Denotava, mais uma vez, a tendência autocrática do Poder Central, infenso ao alargamento democrático do número dos legitimados à propositura da ação.

O argumento presidencial de justificação do veto consistiu em alegar que ele provocaria uma «elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação do STF, sem correlata exigência de relevância social e consistência jurídica.»

¹³ Ministro CELSO DE MELLO, in «Folha de São Paulo», p. 8, domingo, 11 de abril de 1999.

Ao criar a norma do caso concreto, o juiz ordinário legisla na sentença por raciocínios hermenêuticos. Com o advento do juiz constitucional, dos tribunais da Constituição, isto é, com a jurisdição constitucional se alargando, o juiz «legislador» assume cada vez mais nas estruturas judiciais contemporâneas o lugar do antigo juiz «servo» de lei e do juiz «intérprete» de textos.

Os três «juízes» assim qualificados compõem a escala qualitativa da evolução jurisdicional da magistratura, numa seqüência histórica que parte da inexistência do sistema de controle de constitucionalidade, em razão da impossibilidade teórica de estabelecê-lo por meio de juízes que eram inferiorizados no concerto dos Poderes, e se achavam em estado de absoluta submissão à vontade do legislador, aquela vontade declarada na lei, até chegar, num longo percurso, ao momento atual, de manifesta ascendência do juiz constitucional, porquanto a legitimidade das Constituições é, do mesmo passo, como entende Pedro Cruz Villalón, a legitimidade dos tribunais¹⁴.

Estes, pela via hermenêutica, garantem, com a autoridade de seus acórdãos, a força normativa, a inteireza, a eficácia e a inviolabilidade das cláusulas e dos princípios da Constituição.

5. Toda a legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica.

No entanto —até parece um paradoxo!— justamente por assentar sobre bases políticas faz ela a estabilidade do poder e, por conseqüência, sua solidez, seu reconhecimento social.

O controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar; em se tratando porém de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável.

Ambos os controles têm por ponto de confluência o bem comum e os valores éticos e superiores da sociedade alçados à categoria de direito nas instâncias fiscalizadoras da legitimidade constitucional.

O controle concentrado de constitucionalidade, muito mais que o controle difuso —o «judicial review», da tradição americana de Marshall— conduz irremissivelmente ao reconhecimento patente da politização da jurisdição constitucional.

¹⁴ PEDRO CRUZ VILLALÓN, in «Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria», in *Legitimidade, etc., ob. cit.*, p. 86.

Por mais que o emprego das técnicas procedimentais e a soberania olímpica dos juízes constitucionais intentem dissimulá-la, ela se faz manifesta e inocultável à percepção de quem com olhos de ver se debruça sobre a análise e inquirição do acervo jurisprudencial das cortes constitucionais.

Óbvio que, em face desse controle, o pêndulo da jurisprudência se move cada vez mais no sentido da revelação de seu aspecto político, que é crucial e indissimulável.

A abertura porém ao debate e à reflexão há-de levar de forma imperiosa à busca de vias institucionais legitimantes daquele controle; estas não podem ser encontradas senão mediante a reformulação ou criação de novos critérios e fundamentos de legitimidade do controle constitucional, diligência que passa pela reforma democrática das instituições em máximo grau de profundidade possível.

Nessa direção a democracia participativa nos países periféricos, designadamente o Brasil, tem um papel de destaque se puder abrir a porta para o futuro com a proposta de um novo modelo de legitimidade.

Quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há-de ser o grau de sua legitimidade.

A grande vantagem senão a superioridade mesma da democracia participativa sobre quaisquer outros sistemas de organização governativa é que onde mais se precisa, e é o caso dos países em desenvolvimento, ela não mantém, como nos regimes representativos tradicionais, o soberano, isto é, o poder constituinte originário, adormecido, em repouso, em letargia, em sono profundo, senão que o conserva sempre acordado, despertado, vigilante, presente. Nunca distante do cidadão, mas invariavelmente ao seu lado.

E com base nesse imperativo, devemos inferir que a legitimidade da justiça constitucional repousa também em grande parte na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e nas suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição.

Não havendo tal adesão ou aprovação, exaure-se com certeza o manancial donde fluem os elementos morais, éticos, cívicos e patrióticos do dever de fidelidade que garante a causa pública e a ordem constitucional e traça-lhe a linha de continuidade e estabilidade que é a pauta de solidez do regime e das instituições.

Como já referimos, disse muito bem Pedro Cruz Villalón, Professor da Universidade de Sevilha, que «a legitimidade dos tribunais constitucionais é, antes de tudo, pura e simplesmente, a legitimidade da própria Constituição»¹⁵.

¹⁵ PEDRO CRUZ VILLALÓN, *ibidem*.

De sorte que se não houver Constituição legítima, tampouco haverá legitimidade jurisdicional.

6. Houve tempos, porém, ao começo da idade constitucional moderna, em que o Poder Judiciário, sem embargo do princípio da separação de poderes, que devera fortalecê-lo, era todavia, pelas taras do *ancien regime*, o mais fraco dos Poderes que emergiram da Revolução Francesa.

Poder desarmado, é ele, de natureza, poder débil. Mas, de necessidade, urge que seja poder forte, apto a dirimir grandes conflitos políticos e sociais cuja profundidade afeta a manutenção das estruturas institucionais.

Sua relação com o controle de constitucionalidade é crucial; é a questão vexatória do Direito Constitucional desta época, que não teve e dificilmente terá solução na teoria e na práxis, porquanto entende com o suposto caráter político da jurisdição constitucional, tema movediço, escorregadio, mergulhado nas incertezas polêmicas do debate doutrinário¹⁶.

Mas a crise da forma representativa em países do chamado Terceiro Mundo e a decadência da lei e do legislativo ordinário em sistemas nos quais impera ou deve imperar a normatividade e a supremacia da Constituição fazem avultar, sem dúvida, a importância da jurisdição constitucional, nomeadamente em regimes onde a expansão normativa do Poder Executivo ocorre sem freios, com o grave risco de absorção ou esmagamento do Poder Legislativo.

A instância criada pois para reprimir inconstitucionalidades, a saber, o tribunal constitucional, se apresenta, pela natureza mesma de sua função, como órgão, por excelência, com que tolher os malefícios daquela expansão, a qual é atribuída à inoperância da máquina legislativa, de ordinário, rígida, retardatária, letárgica e inadequada às impetrações sociais, que demandam respostas normativas rápidas e eficazes, suscetíveis de acompanhar e guiar as metamorfoses internas, necessárias ao equilíbrio do sistema e remoção de seus distúrbios.

¹⁶ Veja-se de ROBERTO ÁTILA AMARAL VIEIRA, da Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Rio de Janeiro, o artigo, fartamente ilustrado com dados estatísticos, que se intitula «Apontamentos para a reforma política —A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa», estampado na *Revista de Informação Legislativa*, publicação do Senado Federal, Brasília, ano 38, nº 151, julho/setembro 2001.

O autor, na parte final de seu trabalho, se ocupa da Constituição bolivariana de 1999, da Venezuela, na qual vê uma positiva inclinação para a *democracia participativa segundo moldes de controle exercido mediante o emprego de mecanismos constitucionais de intervenção plebiscitária*. Assinala, nessa experiência de projeto democrático-participativo, a presença de instrumentos políticos, sociais e econômicos, que vão do referendo, da consulta popular e da assembléia de cidadãos com poder decisório vinculante à autogestão, co-gestão, cooperativas e empresas comunitárias.

7. A perda ou desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, menos aberta, menos independente, menos judicial, menos ligada à cidadania, será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo.

O «judicial review» nos veio dos Estados Unidos com a lição de Marshall de 1803 no caso *Marbury versus Madison*, em que se formulou o raciocínio lógico da supremacia da Constituição sobre as leis.

Tem tido tamanha irradiação no universo jurídico que Domingo García Belaunde, um dos clássicos do constitucionalismo latino-americano, lhe reconheceu já a identidade e a força de um princípio constitucional.

Foram palavras suas:

«Esto es, la *judicial review* es un tema que se analiza dentro de aquellos destinados al proceso o a lo constitucional, y por cierto, está presente em todas las demás áreas del derecho ya que la *judicial review* se hace a través de cualquier proceso, ante cualquier matéria. Es algo así como um princípio constitucional, que se hace efectivo a través de los jueces, y cuando está em juego cualquier interes»¹⁷.

Controle difuso e controle concentrado, juiz ordinário e tribunal constitucional, sistema concreto e controle abstrato, Marshall e Kelsen, eis os pólos da jurisdição constitucional contemporânea, em que o modelo concentrado se propaga mais que o difuso, ou em que ambos, conjugados, tendem a prevalecer debaixo da forma mista, aquela adotada em nosso país.

Aliás, o primeiro controle que surgiu entre nós, em fins do século XIX, foi o difuso.

O controle difuso, sobre ser de índole jurídica ou judicial, com limites definidos no afastamento de aplicação da norma inconstitucional, é também grandemente democrático, visto que nasce nas bases do sistema, no seu subsolo, na sua horizontalidade, e por ele se irradia, com tal amplitude, que todo juiz do ordenamento é, na via de exceção, juiz constitucional.

Aquela juridicidade ou judicialidade da justiça constitucional, ínsita ao controle difuso, muda de feição em se tratando de controle abstrato da lei, porquanto a proteção imediata que aí se concede não é ao direito subjetivo, mas ao direito objetivo, à constitucionalidade mesma da ordem estabelecida. De tal sorte que o controle toma desde então um sentido mais político que propriamente jurídico.

¹⁷ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional», in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 3, 1999, p. 123.

Com efeito, à medida que o princípio da legalidade declina, dele se aparta o princípio da legitimidade, que aufere outra vez autonomia e dimensão distinta em virtude da dialética revolucionária dos princípios introduzidos no corpo normativo das Constituições.

O que doravante se observa é, primordialmente, a quebra de substância e densidade e eficácia do velho mito da legalidade, que embebia e regia todo o direito positivo, e era, na figura do Estado, a base e o fundamento único do sistema normativo de direito.

A partir, porém, do advento das novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, bem como da revolução principiológica, que fez na «*communis opinio*» dos juristas da Nova Hermenêutica a lei gravitar ao redor desses direitos e não estes ao redor daquela; desde a criação, introdução e propagação do controle concentrado de constitucionalidade e o funcionamento dos tribunais constitucionais que fizeram mais eficaz a justiça constitucional protetora daqueles direitos, tem-se manifestado, em todo o universo da jurisdição constitucional uma arraigada e substancial tendência à politização do controle com o grave risco de severos danos à inviolabilidade do princípio da divisão de poderes, afetado em suas bases materiais de legitimação pelo grau e profundidade das ofensas perpetradas.

Via de regra, tais ofensas configuram invasões e excessos em que tem sido contumaz o Poder Executivo com sua «*legislatio*» de exceção e arbítrio.

A esta altura, a colocação teórica do problema, qual se fez, prefaciou o volume de considerações e dados acerca da crise que envolve, de último, a jurisdição constitucional no Brasil, tema de que, em seguida, nos ocuparemos.

8. Com efeito, a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil começou de ser alvo de graves reparos que giram ao redor de dois pontos cruciais: a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição e logo transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco.

Tudo que Luis Nunes de Almeida, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, disse em sede teórica, com respeito à inconveniência daquela designação e nomeação, que afeta as garantias de independência do juiz, parece estar ocorrendo no sistema judiciário brasileiro, de forma altamente comprometedora da imparcialidade da magistratura constitucional.

Asseverou aquele magistrado:

«A proposta mais recorrente, contudo, vai no sentido de haver juizes do tribunal Constitucional designados pelo Presidente da Re-

pública. Com a mesma tranqüilidade com que, em 1982, contribuí para que tal possibilidade ficasse excluída, assim hoje reafirmo que não se deve conferir ao Presidente da República um tal poder. (...) Na verdade, a questão essencial, a propósito do Tribunal Constitucional, não é a da sua composição, mas a das garantias de independência de seus juízes. Ora, entre essas garantias de independência, a mais importante consistirá, talvez, em não haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado»¹⁸.

Ora, essa relação pessoal tem havido lastimavelmente no caso da designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil e ocorre de forma assombrosa, preocupante e em tal dimensão crescente, que já provoca uma reação generalizada no País, que procede tanto do meio jurídico como da opinião pública.

Em artigo intitulado «A escolha do ministro do Supremo», Joaquim Falcão, mestre em direito pela Universidade de Harvard e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, partindo desta interrogação: onde trabalhavam desde 1988 os ministros, quando indicados pelo Presidente? deu a seguinte resposta: cerca de 50% dos indicados trabalhavam diretamente com a Presidência¹⁹.

A celeuma nesse tocante aumentou de grau e intensidade com a designação do mais recente ministro daquele Tribunal. O indicado até então exercia o cargo de Advogado Geral da União²⁰.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que congrega 15 mil juízes, exarou Nota Oficial de protesto contra a indicação, apoiando-se, entre outras, nas seguintes razões:

«Há longo tempo constata-se que o atual modelo constitucional de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal deve ser modificado, para garantir-se à excelsa Corte maior distância do poder político-partidário e imagem de absoluta independência nos julgamentos».

Depois de afirmar que a indicação agravou a crise do referido modelo de escolha, a Nota diz que o designado «inegavelmente é oriundo das instâncias mais próximas das políticas governamentais com as quais mantém notório envolvimento», e, a seguir, exprobra que o jurista qualificara de «manicômio» «o próprio poder ao qual pretende agora ascender».

¹⁸ LUIS NUNES DE ALMEIDA, «Da Politização à Independência (Algumas Reflexões sobre a Composição do Tribunal Constitucional)», in *Legitimidade, etc., ob. cit.*, p. 251.

¹⁹ JOAQUIM FALCÃO, artigo citado, in «Folha de S. Paulo», edição de 10 de maio de 2002.

²⁰ Há no Brasil três poderosas e bem estruturadas associações de magistrados que atuam em âmbito nacional: a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE).

Prossegue a Nota dizendo que ele «já não seria aceitável no exercício de cargo de governo» e que «certamente é incompatível com a alta função de ministro do Supremo Tribunal Federal, que tem como requisito fundamental absoluta independência (ser e parecer ser) frente aos demais Poderes da República, além de reputação ilibada»²¹.

O «Estado de São Paulo», de 13 de maio de 2002, por sua vez, com estampar notícia sobre a crítica dos juízes ao novo Ministro, indaga se no Supremo continuaria ele tão governista. E responde: «que os críticos dizem que sim», porquanto o Presidente da República, que «já manifestou publicamente e em mais de uma ocasião sua admiração e gratidão pelo Advogado Geral, teria feito a indicação como uma espécie de prêmio pelos bons serviços prestados ao governo»²².

A «Folha de São Paulo», de 21 de junho de 2002, ao noticiar a posse do novo Advogado-Geral da União, se referiu também ao seu antecessor, agora no Supremo Tribunal Federal, «conhecido por participar da elaboração de Medidas Provisórias polêmicas, defender com veemência teses governistas e protagonizar bate-bocas com membros do Judiciário e do Ministério Público Federal e com advogados».

Conclui a nota: «Na defesa veemente de teses do governo, durante a permanência na AGU (Advocacia Geral da União), o novo membro do STF (Supremo Tribunal Federal) confrontou-se com juízes, procuradores e advogados e adquiriu algumas inimizades»²³.

Na edição de 19 de maio de 2002, o mesmo órgão da imprensa brasileira, por um de seus colunistas, em artigo intitulado «A lei da política», ao fazer ponderação sobre o crescente envolvimento político do Supremo Tribunal Federal do Brasil, comentou como é feita a composição da Corte, por escolha e nomeação do Presidente da República, e assinalou:

«(...) o mais alto tribunal de Justiça do país, aquele que deve assegurar a primazia dos princípios constitucionais sobre tudo o mais, fica

²¹ Nota estampada em «AMB informa», número 22, Brasília, 27 de maio de 2002.

A Associação dos Magistrados Brasileiros move no momento campanha de âmbito nacional para aprovação de projetos de lei —alguns já em adiantada fase de tramitação nos legislativos estaduais de Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Santa Catarina— contra o nepotismo e contra as sessões administrativas secretas, dois flagelos que têm contribuído para manchar a reputação do Judiciário.

A mesma campanha está sendo feita a favor das eleições diretas, por todos os juízes, para os cargos de direção dos tribunais.

Aliás, numa «eleição» simbólica, os 218 juízes do Maranhão elegeram, por voto direto e secreto, em 3 de dezembro de 2001, o novo presidente do Tribunal de Justiça do Estado; mas a eleição verdadeira, com observância do dispositivo constitucional, ocorreu 48 horas depois, pelo voto dos 20 desembargadores daquela Corte, em sessão secreta.

²² «Estado de São Paulo», edição de 13 de maio de 2002, p. A-7.

²³ «Folha de São Paulo», edição de sexta-feira 21 de junho de 2002, p. A-10.

sujeito a influências maiores da política do que do direito. E influências políticas significam interesses pessoais ou de grupos.

É desmoralizante para o STF que um de seus ministros (e diz o nome que aqui omitimos e não é aquele recém-empossado e objeto das severas críticas já transcritas) seja comumente chamado de «líder do governo no STF»²⁴.

Crítica idêntica partiu do constitucionalista Dalmo de Abreu Dallari, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em artigo publicado no *Boletim da Procuradoria Geral da República*²⁵, ao qual se seguiu outro, não menos veemente, que teve por título *Degradação do Judiciário*. Neste, escreveu o constitucionalista da tradicional Faculdade de Direito de São Paulo:

«(...) o Presidente da República, com afoiteza e imprudência muito estranhas, encaminhou ao Senado uma indicação para membro do Supremo Tribunal Federal, que pode ser considerada verdadeira declaração de guerra do Poder Executivo federal ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil e a toda a comunidade jurídica»²⁶.

No primeiro artigo, ele se reporta, em termos acres, a uma bancada do Poder Executivo no Supremo Tribunal Federal, constituída de alguns Ministros sempre fiéis à orientação do Governo que os nomeou.

Houve, todavia, quem viesse em socorro da designação presidencial. Vozes escassas mas de nomeada no meio jurídico concentraram quase toda sua defesa nas qualidades jusculturais do indicado, ou seja, no preenchimento por ele da exigência constitucional de notório saber. Exigência, aliás, que não foi em momento algum refutada ou questionada pelos opositores da nomeação.

Reza o parágrafo único do art. 101 da Constituição que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta. O Supremo é composto de onze Ministros escolhidos, segundo determina a Carta Constitucional, dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada («caput» do art. 101).

Se existem, de conseguinte, Ministros da Corte Suprema que a imprensa e a voz pública já os indigitam por satélites da vontade presidencial, é deveras inquietante e constrangedor que esse número esteja fadado a crescer consideravelmente nos anos vindouros.

²⁴ «Folha de São Paulo», edição de 19 de maio de 2002.

²⁵ *Boletim da Procuradoria Geral da República*.

²⁶ «Jornal do Magistrado», 6, Novembro 2001/Fevereiro 2002.

Com efeito, o novo Presidente da República, cujo mandato se inaugura em janeiro de 2003, terá a certeza de preencher por nomeação cinco cadeiras vagas de membros do Supremo que se aposentarão compulsoriamente: três em 2003, um em 2004 e outro em 2006. Caso seja reeleito, esse Presidente logrará maioria absoluta com a aposentadoria doutro ministro, prevista para 2007.

A preocupação nacional acerca de tão grave problema avultou, conforme vimos, com a recente crise de nomeação de um Ministro muito vinculado à confiança pessoal do Presidente, a quem serviu como Advogado Geral da União.

Acha-se em tramitação há vários anos nas duas Casas do Congresso Nacional emenda constitucional com propósitos de reforma do Poder Judiciário, entre outros, de trazer corretivo que neutralize essa anomalia institucional de influxo e interferência branca do Executivo sobre o Judiciário, por meio das nomeações presidenciais dos magistrados do Supremo Tribunal Federal.

Realmente, em 20 de fevereiro de 2002, depois de acirrados debates na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, aprovou este órgão o parecer do senador Bernardo Cabral, do Amazonas, relator da reforma do Judiciário, em que ele acolhe duas emendas ao Projeto: a primeira introduz uma espécie de quarentena para os indicados a Ministro do Supremo, que tenham exercido cargos no Poder Executivo federal e estadual durante os três anos anteriores à indicação; a segunda estabelece o quorum qualificado de três quintos para aprovação da escolha presidencial pelo Senado, substituindo o quorum vigente da maioria absoluta.

O novo quorum é o mesmo que a Constituição instituiu para aprovação de emenda constitucional.

Tais medidas restritivas da influência do Presidente da República sobre os membros da Suprema Corte não resolvem de todo o problema, posto que o atenuem. Demais disso, dependem ainda da aprovação e promulgação da Emenda Constitucional de reforma do Poder Judiciário, a qual, há cerca de dez anos, se arrasta com extrema lentidão pelas duas Câmaras congressuais.

9. Da exposição acima, se infere que a crise do Judiciário brasileiro tem sido assim em grande parte a crise do Supremo, como instituição que é a cabeça desse Poder; crise portanto de um Tribunal não raro contraposto ao espírito da Constituição e suas fórmulas principiológicas, das quais ele, por escrúpulo de envolvimento em questões políticas, às vezes se mantém reservado e arredo desertando não raro a causa constitucional e se dobrando involuntariamente a interesses que privilegiam o Poder mais forte, ou seja, o Executivo, o mais infrator dos Poderes no que tange ao princípio de separação de Poderes.

O Supremo Tribunal Federal, não sendo aliás Corte Constitucional propriamente dita, é todavia órgão de um dos Poderes da soberania formalmente incumbido de guardar a Lei Magna; esta, em rigor, sua função mais nobre e superior, que devera ser exclusiva e não o é contudo, por erro do constituinte originário.

Mas erro ainda de todo sanável, mediante emenda à Constituição, que crie, com a reforma do Judiciário, ora em curso, o Tribunal Constitucional enquanto colégio jurisdicional específico de controle de constitucionalidade, colocado desse modo em perfeita e manifesta consonância com o sobredito espírito da Constituição.

Na idade em que o Direito é mais a legitimidade e o princípio que a regra, mais a constitucionalidade e o direito fundamental que a legalidade e o código, a dimensão principiológica há-de imperar nas Cortes Constitucionais qual quinta-essência do Estado de Direito, enquanto proposta que legitime, nos países da periferia, os substratos valorativos da democracia participativa.

10. Flutua o Judiciário brasileiro diante de pressões cujas ondas o fazem oscilar entre a cidadania e o capital, entre a independência e a submissão, entre a lei e o arbítrio, entre a razão e a vontade, entre o princípio e a regra, entre a democracia e o elitismo.

A Constituição que ele tem por dever guardar perde cada dia que passa legitimidade e juridicidade. Isto acontece porque o País já não confia na retidão dos três Poderes tocante ao desempenho de suas atribuições constitucionais.

A desconfiança gera a crise e a enfermidade do sistema, e esta lhe poderá ser fatal.

Nenhuma sociedade livre se governa, que não seja justa. E a justiça constitucional de que não se pode prescindir na era da diversidade, das heterogeneidades, do pluralismo e das complexidades sociais é a justiça dos homens livres, dos poderes legítimos, dos direitos fundamentais.

O Decálogo do Judiciário Democrático condensou e documentou as conclusões e os princípios do Primeiro Fórum Mundial de Juízes, celebrado em Porto Alegre no Brasil, de 31 de janeiro a 2 de fevereiro de 2002. Trouxe a manifestação de cerca de 350 magistrados do país e do exterior, ali presentes, que fizeram uma profissão de fé na independência e na democratização do Poder Judiciário, subscrevendo o compromisso de promover nesse sentido uma mobilização universal.

Reconheceu o Fórum que «somente o Poder Judiciário democratizado em sua plenitude pode garantir os Direitos Humanos e controlar o poder político e econômico» e também que «toda a ação dos Estados contra a independência e a democratização do Poder Judiciário atenta contra os Direitos Humanos».

Em socorro do Poder Judiciário das nações do Terceiro Mundo, foi o Fórum taxativo em reconhecer «a grave situação dos sistemas judiciais, principalmente dos países periféricos, moldados para atender os interesses dos detentores do poder».

Ponto igualmente digno de destaque o reconhecimento de que «a influência do poder econômico mundial, por meio de suas instituições financeiras internacionais, nos sistemas judiciais dos países pobres, viola a autodeterminação dos povos e a soberania das nações».

O Decálogo do Primeiro Fórum Mundial de Juízes, de Porto Alegre, termina com essa exortação:

«A universalização do acesso à justiça se concretiza com um Poder Judiciário democrático e independente, que não se esgota nas jurisdições do Estado, mas se amplia nas Jurisdições Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos»²⁷.

A democratização e universalização do acesso à Justiça e independência dos juízes foi, por sem dúvida, a tônica dessa inédita assembléia de magistrados de todos os continentes. Um deles, o juiz espanhol Baltasar Garzón, disse que a independência do Poder Judiciário é elemento fundamental à garantia do Estado de Direito e que «para cumprir as funções que lhe cabem, as Cortes devem ser independentes do poder político e dependentes apenas das leis e da Constituição».

11. Outro óbice que se depara à jurisdição constitucional no Brasil e lhe compromete até certo ponto a legitimidade reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal não sendo exclusivamente, como no modelo europeu, Corte Constitucional, embora lhe caiba precipuamente a guarda da Constituição, exerce outras atribuições constitucionais que sobrecarregam a pauta dos seus Ministros, privando-os de concentrar todas suas diligências e trabalho no exame de questões constitucionais.

Demais disso, o controle de constitucionalidade, que se faz por via de ação, a saber, o controle concentrado ou abstrato, é exercido por um só órgão do Poder Judiciário, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, seu órgão de cúpula.

Tamanha preeminência político-normativa derivada da natureza mesma desse controle, dá com frequência a quem o executa, uma hegemonia indisputável, em se tratando, no caso, de Corte que é a cabeça do Judiciário, e se acha investida da soberania constitucional por ser a mais alta instância da fiscalização de constitucionalidade. De modo que tal primazia se

²⁷ A declaração consta da notícia sobre o Fórum, estampada no «Jornal do Magistrado», 6, Novembro 2001/Fevereiro 2002.

pode tornar num determinado sentido eventualmente perturbadora da harmonia, equilíbrio e paridade dos três Poderes, os quais no seu conjunto enfeixam a titularidade da soberania.

Mediante considerações desse teor e doutras, de igual ou superior tomo, a esmagadora maioria dos juristas brasileiros tem preconizado a criação de um tribunal constitucional que fique fora e acima dos três Poderes clássicos da lição de Montesquieu, e inspirado grandemente no molde das Cortes constitucionais européias.

12. Nas Constituições abertas, regidas pelo princípio da legitimidade, os tribunais constitucionais tomam em geral a feição de corpos político-jurídicos que se inclinam mais aos valores da sociedade e às garantias de proteção dos direitos fundamentais.

Ao passo que nas Constituições fechadas, do modelo clássico, regidas e interpretadas pelo princípio da legalidade, afeiçãoadas ao normativismo positivista da escola kelseniana, os mesmos tribunais parecem concentrar-se, não em direitos fundamentais, mas substancialmente na fiscalização constitucional da distribuição de competências entre os distintos Poderes, tanto no plano horizontal quanto vertical.

Na esfera federativa a Constituição é a garantia suprema da observância e do respeito às regras do pacto que fez nascer, na dimensão institucional e objetiva da ordem jurídica estabelecida, a forma jurisdicional do controle de constitucionalidade.

Enquanto os tribunais insistirem em interpretar a lei com métodos especificamente jurídicos, da metodologia clássica, surgidos do dedutivismo jusprivatista inspirado nos cânones de Savigny, eles jamais interpretarão a Constituição.

Interpretá-la requer em face da complexa conjuntura social contemporânea a adoção de uma hermenêutica de princípios. Única, conforme temos reiteradas vezes assinalado, suscetível de alcançar a inteligência da Constituição referida a situações reais e fazer efetiva e concreta a aplicabilidade dos direitos fundamentais exteriores à esfera neoliberal e permeados da dimensão principiológica que lhes dá sentido e eficácia e normatividade.

Os que intentam, todavia, restaurar a era do positivismo formalista e legalista já não têm voz, nem vez.

A dogmática interpretativa tradicional, como hermenêutica constitucional, possui hoje pouca ou nenhuma serventia.

O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei. Fora portanto da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua

constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra a legitimidade das soluções constitucionais.

Com efeito, os tribunais que dela se arredarem não terão em suas sentenças força normativa bastante com que desempenhar a magna tarefa de solver litígios sobre direitos fundamentais das novas dimensões, que impetram invariavelmente consideração ponderativa de valores para garantir com justiça a sua concretude.

13. Se medidas não forem tomadas em tempo com que coibir o abuso que tem conduzido a uma politização exagerada da justiça constitucional, a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo, exercitando, em favor deste, a função normativa que as Cortes Constitucionais, quer queiram quer não, têm exercitado, por via interpretativa, na ordem concreta dos fatos e da realidade, como uma espécie de legislativo paralelo e invisível.

Com efeito, ao levarem a cabo o controle concentrado de fiscalização constitucional, os juízes constitucionais em sua função judicante podem, com a autoridade de última instância que lhes é atribuída de declarar o direito, resvalar no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior.

O risco de ocorrer tão singular fenômeno jurídico é incomparavelmente mais visível em países da periferia onde o Tribunal, às vezes, debaixo da tutela branca do Executivo e ao serviço deste, instaura a ditadura judicial das inconstitucionalidades. E o faz como se fora categórica manifestação de fidelidade aos textos constitucionais!

Nesse conspecto, a Constituição, desfalecida, sai da letra do constituinte para a sentença de tais juízes. A sentença sim é soberana, não aquela!

Fora da esfera de um Direito Constitucional decadente e subjugado pela vontade presidencial, é de admitir, todavia, que num determinado sentido há, em rigor, duas Constituições paralelas: uma formal, outra jurisprudencial; a segunda, direito positivo concretizado, mais eficaz que a primeira porquanto sendo norma viva, solve os litígios constitucionais. E ao solvê-los, o Tribunal Constitucional se mostra então fiador do Estado de Direito. Se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes. A pior das ditaduras é a tirania judicial personificada no governo da toga, nos magistrados da lei. Tirania sem remédio e sem retorno.

Um Tribunal carente de independência, politizado ao excesso pelo Executivo, fragilizado pelo desrespeito a sua função, debilitado pelas omissões no controle jurisdicional de constitucionalidade é o inimigo da Constituição; é também a espessa muralha e o grande obstáculo que no caso do Brasil se levanta para tolher o ingresso, em nosso ordenamento, da demo-

cracia participativa direta, legislada pelo constituinte de 1988 no parágrafo único do Art. 1º, combinado com o art.14 da Constituição Federal vigente.

A melhor página que já lemos ultimamente acerca da legítima politização das Cortes Constitucionais como ponto de equilíbrio entre concepções de vida, pré-compreensões e opções sociais, políticas e culturais, é da lavra do constitucionalista Luis Nunes de Almeida, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, vazada nos seguintes termos:

«O que importa fundamentalmente assegurar não é o equilíbrio entre este e aquele bloco político-partidário, mas entre concepções de vida, pré-compreensões, opções sobre a organização da sociedade —isto é, entre blocos político-culturais. O que importa é que haja equilíbrio entre os que defendem, sobretudo, a liberdade e os que propendem mais para a autoridade; entre os que acentuam mais a necessidade de garantir os direitos dos cidadãos e os que atribuem maior importância à salvaguarda das instituições; entre os que pendem para as prerrogativas do Parlamento e os que simpatizam com o reforço dos poderes do Executivo; entre os que vêem a realização da justiça social através do reconhecimento de direitos e aqueles que a vêem sobretudo realizada através de formas assistenciais; entre os que se preocupam com a redistribuição da riqueza e os que dão maior ênfase à produção; entre os que têm uma formação laica e os que têm uma formação confessional. Não é, pois, entre partidos, mas entre estas sensibilidades que tem necessariamente que haver um equilíbrio no Tribunal Constitucional, e nisto, e só nisto, há-de consistir a sua politização»²⁸.

14. A tibieza jurisprudencial do Supremo em acórdãos interpretativos da Constituição na idade do pós-positivismo e da prevalência dos princípios faz parte também da crise e há deveras concorrido para a desorientação jurídica que mina as bases do ordenamento.

O Supremo Tribunal Federal em ocasiões extremamente delicadas esteve sujeito a manipulações executivas de uma política de governo infesta aos supremos interesses da nação. Por onde resultaram intromissões descabidas de administradores e governantes na esfera dos poderes correlatos, de titularidade soberana nem sempre respeitada, a saber, o Judiciário e o Legislativo.

Estes em momentos decisivos da batalha se renderam ou se inclinaram ora à inércia e omissão, ora à colaboração, feita de temor, submissão e sacrifício da independência.

²⁸ LUÍS NUNES DE ALMEIDA, «Da Politização à Independência», in *Legitimidade, etc.*, ob. cit., pp. 252/253.

15. Assim como as Constituições e os princípios, outrora tidos por idéias e abstrações desvinculadas da positividade jurídica e que unicamente lograram a força normativa de que ora dispõem, após a revolução metodológica e hermenêutica ocorrida na idade dos direitos fundamentais, também as políticas de governo transcorrem, por inteiro, à revelia dos controles judiciais, portanto, em esferas discricionárias, na linha da divisão quase absoluta que separa o político do jurídico.

A separação, aliás, tem retardado e feito suspeito às correntes conservadoras e tradicionalistas do direito público a criação do tribunal constitucional e desse modo, igualmente, a possibilidade de concretizar, em juízo de constitucionalidade, um controle extensivo também àquelas políticas de governo, segundo determina o parecer de ponderáveis correntes de opinião da sociedade brasileira; políticas, como foram, por exemplo, as das grandes privatizações e alienações da infraestrutura econômica do Brasil.

Todavia, de modo casuístico, algumas privatizações, por ofensivas à Constituição, se acham ainda «sub-judice».

Foi aliás o escândalo das privatizações, preâmbulo da desnacionalização da economia brasileira, que levou Fabio Konder Comparato, eminente publicista e constitucionalista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a postular o eventual controle de constitucionalidade das políticas públicas.

Com efeito, afigura-se-nos de toda procedência em determinados casos a razão argumentativa que ampara a proposta do abalizado professor, porquanto os atos de uma política governativa de agressão, transgressão e destruição da soberania nacional, o mais excelso dos princípios constitucionais, já na ordem interna, já na ordem externa das relações de poder, de que pende e de que depende a livre sobrevivência do país e de suas instituições, não devem subtrair-se ao sobredito controle.

Preservar princípios que estejam em causa, do porte daquele tão gravemente menoscabado, é dever da magistratura constitucional; a nação tem, portanto, legitimação para provocar-lhe intervenção reparadora. Legitimação tácita. Não está na letra do texto normativo mas no espírito da Constituição, onde se aloja, em esfera superlativa, que é a dos princípios²⁹.

É ao sobredito controle que hão de ficar assim sujeitos, mais cedo ou mais tarde, por imperativo de legitimidade, os planos de governo, cuja formulação e execução não há-de permanecer adstrita tão somente ao arbítrio de quem governa, de quem os traça, de quem os impõe, senão atados futuramente, para sua completa e legítima concretização, ao controle judicial

²⁹ Leia-se a esse respeito: FÁBIO KONDER COMPARATO, «Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas», *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 35 n. 138 abr./jun 1998.

do sistema democrático-participativo de governo, aquele já estatuído entre nós, em sede de Direito Constitucional positivo, pela conjunção do parágrafo único do art.1º com o art.14 da Constituição Federal³⁰.

Contudo, isto só se fará possível se for dado um passo avante: o de normativizar, judicializar e constitucionalizar a questão política em termos de controle de constitucionalidade.

Em suma, faz-se mister assinalar que em matéria de controle de constitucionalidade as políticas de governo se acham na mesma fase embrionária por que já passaram os princípios, enquanto fórmulas valorativas, abstratas, programáticas, e idealistas, até há pouco de rara ou nenhuma serventia e eficácia, na região concreta e objetiva dos sistemas constitucionais; por isso mesmo ausentes, quando se tratava de interpretar leis e atos normativos, precisamente pela razão de que aos princípios não se lhes reconhecia força normativa e juridicidade, o que só veio a acontecer, por derradeiro, com a revolução dos direitos fundamentais. Foi esta revolução que os colocou nas altitudes culminantes do sistema; por conseguinte, no topo de sua hierarquia normativa.

Enfim, não podemos chegar ao termo destas considerações senão repulsando um preconceito doutrinário que tanto fere e não raro envolve numa nuvem de sombras e suspeição a jurisdição constitucional ao fazer mais pontegudos e inarredáveis os seus óbices.

Este preconceito parte sobretudo daqueles que conjecturam uma justiça constitucional absolutamente neutra tomando por condição de independência da corte constitucional não imiscuir-se com matéria política, quando, em verdade, se sabe que toda Constituição tem, por sua natureza mesma, um alto teor de politicidade, superior ao de juridicidade.

³⁰ Com efeito, o controle de constitucionalidade deve estender-se aos atos normativos e não normativos, e não como em alguns sistemas de controle — o de Portugal, por exemplo — onde ele se estende unicamente aos primeiros.

Seu significado será muito mais efetivo, sua força protetora do sistema muito mais enérgica se se estender aos segundos; se judicializar, debaixo da égide da Constituição, toda a vida pública, todos os atos do Estado, toda a política de governo, designadamente a política transgressora dos mais altos princípios da Constituição.

Aliás, a Constituição de Portugal já deu largo passo nesse sentido em seu art. 3º que reza: «a validade das leis e dos demais atos do Estado depende da sua conformidade com a Constituição».

Todavia, o preceito, desobedecido, não encontrou ainda aplicação, conforme anota Vital Moreira (VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 187), embora seja desde muito, como se observa, direito positivo da organização constitucional daquele país.

Tocante ao controle jurisdicional das políticas de governo, somente cobrará sentido e legitimidade se a essência democrática do sistema constitucional permanecer intacta e inviolável, se o pêndulo do poder se inclinar para o predomínio das formas políticas da democracia participativa direta, que ofusca o velho e decadente e corrupto sistema de governo de algumas repúblicas da América Latina, com inclusão do Brasil.

Quem levanta objeções deste feitio acha a resposta nestas palavras lapidares, de conteúdo e sentido, cuja autoria é de Pestalozza, um dos mais insignes processualistas do Direito Constitucional contemporâneo: «Os tribunais constitucionais declaram o direito, mas ao mesmo passo fazem política»³¹.

³¹ «Verfassungsgerichte sprechen Recht. Aber zugleich machen sie Politik» (PESTALOZZA, «Verfassungsprozessuale Probleme», *Jus Schriften*, 46, p. 5).

