JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS IMPLICAÇÕES POLÍTICAS NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

José Anselmo de Oliveira, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe; professor da Faculdade de Sergipe (FaSe); coordenador do curso de Direito da Faculdade de Sergipe (FaSe); professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese); presidente do Conselho Científico e Editorial da Revista da Esmese; membro da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Diretor da Associação Nacional da Magistratura Estadual (ANAMAGES); avaliador do INEP/MEC. Autor do livro *Direito à jurisdição: implicações organizacionais, teóricas e políticas* editado pela SAFE, 2003.

RESUMO: O artigo trata da questão política imanente às decisões judiciais, especialmente em sede da jurisdição constitucional. Analisa o papel do Supremo Tribunal Federal e a importância da politização da jurisdição como instrumento para dar efetividade aos princípios fundantes do Estado brasileiro e de todos os demais princípios, direitos e garantias presentes na Constituição de 1988.

ABSTRACT: The article deals with the political issue inherent to judicial decisions, especially within the constitutional jurisdiction. It examines the role of the Supreme Federal Court and the importance of politicization of the court as a tool to give effect to the principles fundantes of the Brazilian state and all other principles, rights and guarantees in the Constitution of 1988.

SUMÁRIO: 1. A politização da jurisdição; 2. A crise da concretização da Constituição de 1988; 3. Componentes políticos da crise; 4. O

modelo atual e a necessidade de uma reforma; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. A POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Inescondível a crise por que passa o modelo do Estado moderno e o seu mais significativo dogma: a tripartição dos poderes. Não se trata de uma questão localizada, específica do Brasil ou da América Latina, como é de praxe nas análises políticas e jornalísticas sem o aprofundamento que o caso exige. Podemos observar que mesmo nos países chamados desenvolvidos, de formas diferentes, a crise existe.

Para ilustrar podemos citar os recentes acontecimentos que deixaram em tensão o Legislativo e o Executivo britânicos por ocasião da guerra no Iraque. Ou ainda, a recentíssima crise entre a Corte Suprema canadense e o governo do Canadá na divergência quanto a constitucionalidade dos instrumentos de repressão ao terrorismo após o 11 de setembro de 2001, especificamente o programa denominado de "Seguridade Certificada", cujas leis foram derrubadas[1].

A atividade do Poder Judiciário de interpretar a Constituição através do controle de constitucionalidade tem sido o foco de conflitos entre a ciência jurídica e a ciência política, por entenderem alguns que se manifesta aqui o poder de legislar dos juízes. Esse tema tem desde autores como Mauro Capelleti[2] e Luiz Werneck Vianna[3], a explorar este viés tipicamente da contemporaneidade constitucional.

A denúncia da existência da crise constitucional vem sendo objeto da preocupação de constitucionalistas da estatura de Paulo Bonavides, Walber Agra, Alfredo Baracho, Ivo Dantas, Carlos Britto, Ingo Sarlet e tantos outros no Brasil. No exterior poderíamos citar os exemplos

---

[1] In http://conjur.estadao.com.br/satatic/text/53132,1 acessado em 24/02/2007.
[2] CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre, SAFE, 1999, tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.
[3] WERNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

de Canotilho, Dworkin e Rosenfeld, entre outros não menos importantes.

A democracia como valor ideal declarado pela ONU após a Segunda Guerra Mundial operou um fenômeno social relevante que foi a politização em massa, o desejo de participação diretamente do poder estatal, nem sempre satisfazendo o direito ao voto, frustrado muitas vezes.

A experiência da massificação da participação popular nos países socialistas, do leste europeu, da Ásia e do Caribe, impregnou o mundo de modos de pensar e operar a democracia diferentemente do mundo ocidental capitalista, centrado no modelo norte-americano e na democracia social da Europa norte-atlântica.

Os direitos fundamentais assim declarados em 1948 pela Convenção da ONU em Paris, fundados no liberalismo clássico, agora têm cores que anunciam em perspectiva os novos direitos difusos e coletivos, direitos de uma nova geração ou dimensão, gestados em face da crise política e econômica que permeou a luta contra o nazifacismo e que inspirou uma nova utopia.

A estrutura do Estado não poderia estar alheia a este evento tão significativo, e uma das conseqüências foi exatamente um processo de politização, antes focada como função típica do Legislativo e, em face da legitimação pela via eleitoral, do Executivo. A importância cada vez maior da jurisdição constitucional implicou numa necessária politização, sem ela, entender o discurso lingüístico político inserto no texto constitucional seria inútil, apesar de ao mesmo tempo suscitar questionamentos os mais díspares.

Pretende-se demonstrar que estas implicações políticas não são alheias ao universo jurídico, pelo contrário, sem a compreensão lógica e objetiva da sua imperiosa leitura, se coloca em risco a concretização da Constituição.

Ainda que muitos neguem, os juízes não são despidos de sua condição humana com a investidura no cargo, ao contrário do que se pensa, é no exercício da judicatura onde afloram os reais conflitos de caráter ideológico e de valores. O direito positivo enfim se torna a moldura ideal para os recortes individuais de visão de mundo e de sua representação. Não há, portanto, neutralidade alguma no discurso da

jurisdição sendo no mais das vezes um consenso – de natureza política – a solução de alguns casos[4].

Percebe-se que há uma disposição muito grande em negar a condição de animal político do magistrado, é como se esperasse do juiz a mesma frieza e alheamento da máquina cujos comandos obedecem a uma equação lógica pré-determinada, uma ausência de valores e uma incapacidade de ler e representar, desconstruindo e construindo novos sentidos do texto legislativo.

No entanto, quando se trata da jurisdição constitucional o conflito se estabelece de maneira inevitável. O juiz constitucional no Brasil, representado na figura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou se limita ao já decidido por seus pares através da história da própria Corte, ou arregaça as mangas para o trabalho de concretização da Constituição sem medo de se expor, pois aí se desvela por inteiro, dar a conhecer a todos o que era um quase segredo, suas convicções políticas, sua ideologia, seus valores.

A negação tão freqüente da politização da jurisdição nega também a condição humana e alimenta a utopia de uma justiça à moda da mitologia greco-romana, do retorno inconsciente ao status pré-moderno de uso do direito.

Em certa medida se verifica através do controle da constitucionalidade das leis pela jurisdição constitucional nas nações democráticas, o que afirmara Inocêncio Mártires Coelho ao analisar a frase dita pelo governador de Nova York e depois ministro da Suprema Corte americana, Charles Hughes, ao afirmar que os americanos vivem sob uma Constituição, mas a Carta Política é o que pensa os juízes o que ela é[5].

Há aqui a clara opção de tratar a questão como a "politização da jurisdição" do que mesmo pela expressão mais consagrada como "judicialização da política", porque é percebível o quanto incomoda

---

[4] Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires, Ediar, 1994; Mannheim, Karl. Ideologia e utopia. Rio, Zhar, 1968 e Villoro, Luis. *El concepto de ideologia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

[5] Coelho, Inocêncio Mártires. Salvador. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 12, março, 2002, Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?

se afirmar a politização da jurisdição e como se a inversão pudesse neutralizar qualquer possibilidade do juiz agir também como as esferas políticas.

O ativismo judicial nascido com o *judicial review* originário da Inglaterra chegou aos Estados Unidos a partir da interpretação da Constituição de 1787, mas precisamente do seu artigo VI a partir de decisão do Juiz da Suprema Corte, John Marshall, no caso *Marbury versus Madison,* em 1803, tornando-se instrumento de efetividade dos direitos individuais contra decisões dos Poderes Executivo e Legislativo que atentasse contra os mesmos.

O ativismo judicial tipicamente estadunidense não tem precedente no Brasil, apesar de muito lentamente o Supremo Tribunal Federal brasileiro vir se libertando aos poucos de uma postura consagradamente conservadora e positivista, negando muitas vezes direitos fundamentais preferindo agir, quando chamado a decidir e escolher ideologicamente, de modo quase sempre a confirmar o decidido na esfera política.

Nas poucas vezes em que o Supremo Tribunal Federal no Brasil vem interpretando a Constituição em sentido contrário do pensamento do Poder Legislativo, como recentemente em decisão que julgou inconstitucional a instituição de cláusula de barreira em sessão do dia 07 de dezembro de 2006[6], por unanimidade dos seus membros,

---

[6] "O Tribunal julgou procedente pedido formulado em duas ações diretas ajuizadas, (...) para declarar a inconstitucionalidade do art. 13; da expressão 'obedecendo aos seguintes critérios', contida no *caput* do art. 41; dos incisos I e II do art. 41; do art. 48; da expressão 'que atenda ao disposto no art. 13', contida no *caput* do art. 49, com redução de texto; e da expressão 'no art. 13', constante do inciso II do art. 57, todos da Lei 9.096/95. O Tribunal também deu ao *caput* dos artigos 56 e 57 interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais deles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito, e julgou improcedente o pedido no que se refere ao inciso II do art. 56, todos da referida lei. Os dispositivos questionados condicionam o funcionamento parlamentar a determinado desempenho eleitoral, conferindo, aos partidos, diferentes proporções de participação no Fundo Partidário e de tempo disponível para a propaganda partidária ('direito de antena'), conforme alcançados, ou não, os patamares de desempenho impostos para o funcionamento parlamentar. Entendeu-se que os dispositivos impugnados violam o art. 1º, V, (...); o art. 17, (...); e o art. 58, § 1º, (...), todos da CF. Asseverou-se, relativamente ao inciso IV do art. 17 da CF, que a previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar não deve ser tomada a ponto de esvaziar-se os princípios constitucionais, notadamente o revelador do pluripartidarismo, e inviabilizar, por completo, esse funcionamento, acabando com as bancadas dos partidos minoritários e impedindo os respectivos deputados de comporem a Mesa Diretiva e as comissões.

reconhecendo o direito de representação dos partidos minoritários como forma de proteger o princípio do pluralismo político inscrito no art. 1º , inciso V, da Constituição brasileira de 1988[7], agora em fevereiro de 2007 o senador Marco Maciel apresentou Emenda Constitucional, a PEC n.º 002/2007[8], no Senado Federal onde ressuscita a cláusula já considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal,

---

Considerou-se, ainda, sob o ângulo da razoabilidade, serem inaceitáveis os patamares de desempenho e a forma de rateio concernente à participação no Fundo Partidário e ao tempo disponível para a propaganda partidária adotados pela lei. Por fim, ressaltou-se que, no Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais da minoria, tais como a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública." (ADI 1.351 e ADI 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-12-06, Informativo 451)

[7] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ....V – o pluralismo político", Constituição Federal de 1988.

[8] PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2007

Acrescenta parágrafo ao Art. 17 da Constituição Federal, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho eleitoral.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 17.....

§ 5º Para fins de funcionamento parlamentar, a lei poderá estabelecer distinções entre os partidos que obtenham um mínimo de cinco por cento de todos os votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, distribuídos em, pelos menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos de cada um desses Estados na mesma eleição, e os partidos que não atinjam esse patamar.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor em 1º de janeiro de 2010.

JUSTIFICAÇÃO

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais os artigos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que impunham restrições ao funcionamento parlamentar de partidos que não alcançassem, na eleição para a Câmara dos Deputados, certo patamar de votos.

A medida vigora hoje em 44 países que, a exemplo da Alemanha, em sua iniciativa de 1959, buscam reduzir o número de partidos, o que lhes pareceu necessário à governabilidade e à racionalidade da cena política.

Sala de Sessões, de fevereiro de 2007.

.....

Fonte: Secretaria-Geral da Mesa

e numa celeridade nunca vista no parlamento brasileiro, já no dia 20 de março de 2007 estava sendo apreciada em plenário no primeiro turno de votação, com chances de ser aprovada no primeiro e no segundo turnos exigidos na Constituição e sendo enviada à Câmara Federal onde também deverá obter êxito, pois um dos grandes interesses nesta proposta de emenda à Constituição é sem dúvida garantir aos maiores partidos políticos a maior parte dos 90 milhões de dólares anuais do Fundo Partidário.

Verifica-se que no Brasil, como nos Estados Unidos e na Europa já há mais tempo, os conflitos e as críticas dos demais Poderes Executivo e Legislativo em razão do controle da constitucionalidade é inexorável.

Numa Constituição dirigente, programática e principiológica como a brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976, por exemplo, o papel do *judicial review* é essencial para a densificação e concretização não somente de direitos individuais, ou chamados de primeira dimensão, como também os das demais dimensões, em especial os direitos coletivos e difusos.

2. A CRISE DA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Evidencia-se a crise na concretização da Constituição brasileira de 1988 por muitos fatores, dos quais interessa destacar nesta oportunidade: 1) o estranhamento do modelo constitucional adotado, e, 2) a cultura da concretização constitucional.

O Brasil viveu de 1964 a 1985, um período de negação do direito constitucional e dos direitos políticos com o governo militar. Abriu-se um hiato de mais de três décadas entre a redemocratização do país com a Constituição de 1946 que foi escrita por uma Assembléia Constituinte pluralista e com todas as implicações causadas pelo pós-guerra e a atual Constituição de 1988, originada do que foi chamada "abertura lenta e gradual" assim conceituada por um dos artífices do golpe militar de 1964, Golbery do Couto e Silva, e, que também foi o responsável pela distensão política que redundou na eleição do primeiro presidente civil, e a convocação de uma Assembléia Constituinte, sem maiores traumas, apesar de todo um processo doloroso de ruptura

política e institucional que, de modo concreto, modificou o olhar para a Constituição com a supremacia que merece dada a sua dignidade normativa.

A lição sempre lúcida de Bonavides, no tocante à reflexão do estágio constitucional que vivemos, nos ensina que *"o primeiro Estado de Direito pertenceu à separação dos poderes; o novo Estado de Direito pertence aos direitos fundamentais e primacialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais"*[9], e isto tem uma reviravolta na forma de concretização da Constituição que agora necessita mais do que nunca da interpretação do seu texto pela via judicial.

A crise da concretização das constituições, e em particular, da brasileira de 1988, é de matriz metodológica.

Assim, a racionalidade que presidiu a interpretação das normas jurídicas antes do surgimento das constituições, metodologicamente, não se preocupava com a construção de significados buscava o mesmo sentido dado pelo legislador, mantendo-se fiel ao poder legiferante.

O fenômeno da constitucionalização passou a exigir muito mais, portanto, que os tradicionais métodos interpretativos, numa evolução que vai do tradicional gramaticalismo à interpretação aberta de Häberle[10].

A superação do que é o texto normativo e o que é a norma. O texto normativo como uma representação a ensejar o desvelamento dos seus sentidos exigindo assim um intérprete. Neste processo o intérprete não somente desvela os sentidos do texto normativo, mas também constrói a norma ali presente, através dessa descoberta.

É nesse diapasão que Adeodato defende a tese de que o texto normativo genérico não constitui a norma jurídica, mas o ponto de partida para a sua construção diante do caso concreto[11]. E a

---

[9] In prefácio do seu *Curso de Direito Constitucional*, pág. 20. 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

[10] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

[11] ADEODATO, João Maurício in *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites.* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1, n. 2, 2004, Porto Alegre, págs. 169-188.

conseqüência desta assertiva é de que a jurisdição, e especialmente, a jurisdição constitucional tem relevante papel não se limitando a apenas aplicar a lei.

Apesar das dificuldades, Vital Moreira citado por Bolzan de Morais e Agra[12] reconhece uma nova tessitura da densidade constitucional, causando ao mesmo tempo um alargamento da autonomia e da supremacia constitucional, bem como uma maior limitação da liberdade do legislador.

Induvidoso que a crise de concretização da Constituição brasileira de 1988 é um reflexo do embate político travado na Assembléia Constituinte, em especial no tocante aos temas que trataram dos direitos sociais e da ordem econômica. A "batalha ideológica" como bem definiu Bercovici[13] contribuiu para acirrar as dificuldades em tornar concretas as conquistas do novo texto constitucional.

3. COMPONENTES POLÍTICOS DA CRISE

A democracia tem um preço que não se mede pelas mudanças radicais, pois estas são muito mais fáceis de serem concretizadas em ditaduras e regimes de exceção. E aqui está uma das chaves para se compreender os componentes políticos da crise.

O cenário na América Latina após uma saudável redemocratização ocorrida após um longo inverno de regimes militares que sufocaram não somente a democracia, mas, principalmente, adormeceram as consciências dos cidadãos para a importância do respeito à pluralidade, aos direitos fundamentais e à cidadania.

Parecendo viver um processo cíclico do ponto de vista político, a América Latina neste primeiro decênio do século XXI retoma o velho caminho dos populismos e da transformação, agora rápida, da democracia para os regimes autoritários que em nome do "povo" subtraem deste mesmo "povo" direitos fundamentais de primeira

---

[12] BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis e AGRA, Walber de Moura, in *A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional.* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1, n. 2, 2004, Porto Alegre, págs. 217-242.

[13] BERCOVICI, Gilberto in *Dilemas da concretização da Constituição de 1988*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1, n. 2, 2004, Porto Alegre, págs. 101-120.

dimensão – os de liberdade. Esta afirmação encontra eco nos últimos acontecimentos na Venezuela e Bolívia, mas que paira na região como uma nuvem de tempestade.

O abismo cada vez maior da exclusão social e econômica, mas também cultural e política no Brasil e na América Latina destoa dos avanços dos ajustes econômicos num padrão global mesmo com o prejuízo da grande parcela de trabalhadores assalariados e de pequenos e médios empresários.

A promessa de direitos fundamentais já conquistados em Estados que se organizaram e se fundaram no modelo social não tem sido cumprida na América Latina e tão pouco no Brasil deixando na Constituição, como letras mortas, o que se considerou avanço no momento de sua promulgação.

Por outro lado, é flagrante a incapacidade da classe política compreender que historicamente o Estado Democrático de Direito é uma realidade que se pretende perene, e que dela dependem as ações e decisões capazes de tornar efetivas as conquistas que a civilização teve em termos de direitos fundamentais.

Um componente político determinante para o cenário atual tem sido a vitória de políticos ideologicamente identificados com a esquerda e com o socialismo. Ao mesmo tempo em que aparenta uma virada ideológica na América Latina, objeto até mesmo de conflitos armados nos anos setenta do século XX, hoje, ao contrário, sinaliza uma tendência ao populismo e, o mais grave, um desserviço à democracia e à concretização dos direitos contidos nas constituições desses países.

A luta política travada nas eleições e, posteriormente, nos parlamentos, em verdade tem por objetivo imediato a retomada do poder pelos grupos que depois de tantos anos nos comandos das nações latino-americanas, incomodados, pregam uma rebelião muitas vezes ofensiva à Constituição vigente.

No Brasil, as discussões no parlamento estão centradas no exercício dos papéis de situação e oposição, de quem está no poder e de quem após passar tantos anos foi apeado do poder e, inconformados, torcem pelo caos como única maneira de retornar à situação de mandatários mais uma vez de seus feudos.

A concretização da Constituição não deveria ser, e nem será, responsabilidade apenas do Poder Judiciário, nem tão somente dos

seus intérpretes oficiais[14], mas a sociedade e todos os seus atores devem contribuir para a efetividade da lei fundamental.

4. O MODELO ATUAL E A NECESSIDADE DE UMA REFORMA

A Constituição do Brasil de 1988 realizou um processo catártico que pode ser visto no texto aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte. Tendo como modelo a Constituição portuguesa de 1976, os constituintes brasileiros dividiram-se em três grandes blocos: 1) os conservadores de direita representados basicamente pelo partido que dera sustentação ao governo militar durante o período de exceção; 2) os partidos socialistas e afins formando uma ala de esquerda com todas as suas mutações; e, o maior grupo 3) o chamado à época de "centrão" com a participação de vários segmentos políticos que ia da esquerda moderada à direita liberal formando um grupo que poder-se-ia chamar de neoliberal.

O embate entre as mais diversas correntes ideológicas obrigou os grupos políticos a negociarem suas propostas e isto contribuiu para um texto muito das vezes desalinhado. O maior exemplo está no formato do Poder Executivo que manteve a forma presidencialista de governo, porém a ideologia constitucional aponta para o parlamentarismo diante das atribuições do Poder Legislativo que permanece refém da prática política tradicional nos trópicos e abaixo da Linha do Equador.

Já o Poder Judiciário no momento constituinte teve a oportunidade de ser corrigido em sua estrutura, particularmente no que diz respeito à criação de uma Corte Constitucional e que bem poderia ser o adotado em Portugal, ou mesmo na Alemanha. Poder-se-ia resolver a crítica mais corrente e que se refere à legitimidade da jurisdição constitucional, estabelecendo a eleição dos seus membros para um mandato determinado sem direito à reeleição, ainda que indiretamente pelo Congresso Nacional. Porém, nada disso se tornou realidade constitucional.

---

[14] HABËRLE, Peter. Op. cit.

O Judiciário não sofreu nenhuma significativa alteração em sua organização no texto aprovado e promulgado em 05 de outubro de 1988. Depois de alguns anos, e com a apuração da Comissão Parlamentar de Inquérito de problemas no Judiciário é que os parlamentares brasileiros se apressaram em realizar uma reforma naquele Poder. Todavia, como o foco era controlar politicamente o outro Poder, o Legislativo brasileiro perdeu a grande oportunidade de modificar o texto original por meio de emenda à Constituição de forma efetiva e não apenas criando mais um órgão de controle administrativo, o Conselho Nacional de Justiça, que não contribuiu para melhorar a prestação jurisdicional e muito menos sanar a distorção em pleno Estado Democrático de Direito que é ausência de uma Corte Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal apesar de ser o guardião da Constituição como expressamente se vê no art. 102, *caput, in verbis: "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ..."* , tem a competência originária ampla do inciso I e a competência recursal do inciso II, ambos do artigo retro citado. Concretamente isto tem significado que aquela Corte tenha em andamento cerca de 110 mil processos para 11 ministros, o que dá cerca de 10 mil processos por ano para cada ministro.

O Estado brasileiro tem hoje uma Constituição programática, dirigente, principiológica, portanto uma Constituição aberta a exigir um trabalho muito maior do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação tanto da lei abstrata por força do controle concentrado da constitucionalidade que se faz pela via judicial por meio das Ações Constitucionais[15], ou ainda pelo controle difuso em sede recursal ordinária no caso concreto.

Diante do quadro caótico, a reforma do Judiciário criou a "súmula vinculante" como saída para o excessivo número de processos no Supremo Tribunal Federal, tornando a decisão daquela Corte vinculada

[15] Na Constituição brasileira de 1988 é possível o manejo por alguns legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual e da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, conforme o art. 102, inciso I, a.

a todos os demais órgãos do Poder Judiciário, impedindo que seja julgado de forma diferente os novos casos que se apresentem semelhantes.

Neste trabalho não cabe discutir sobre a súmula vinculante, se foi acertada ou não a sua adoção, ou o que pensa a doutrina pátria e estrangeira sobre o tema. Basta-nos compreender que a saída processual para reduzir processos não é suficiente para densificar e concretizar a Constituição.

Por outro lado, não se constituiu mais em novidade a criação da súmula vinculante, pois a Emenda nº. 02/93 que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade[16] já trazia o efeito vinculante, agora ampliado com a nova redação do § 2º do art. 102, da CF, dada pela Emenda 45/04.

O fato é que nem mesmo a tão falada reforma do Judiciário logrou solucionar os problemas conhecidos e nem avançou na questão da efetividade da Constituição através da jurisdição constitucional.

A crise da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira foi analisada por Bonavides, a partir da experiência recente de composição do Supremo Tribunal Federal, alertando sobre o perigo que ronda os países periféricos, como vemos neste trecho:

> "Se medidas não forem tomadas em tempo para 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.

[16] Considerada uma *avocatória branca* e para Nelson Nery Junior, além de tudo, maculada pela inconstitucionalidade por ofender os arts. 5º, XXXV e 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

> 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 mostra-se 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."[17]

[17] In artigo publicado na *Revista do Instituto de Estudos Avançados* (IEA) da USP, n.º 51, mai-ago, 2004, pág. 141 (127-150).

A questão não é a politização da jurisdição constitucional. O problema reside na partidarização, ou pior ainda, na defesa do programa do governo vigente.

A jurisdição constitucional para cumprir o seu papel no Estado Democrático de Direito terá que entender-se como instância político-jurídica que igual aos demais poderes do Estado tem como limite a ideologia constitucional.

A Ordem dos Advogados do Brasil está defendendo a transformação do STF em Tribunal Constitucional, com seus membros sendo eleitos para um mandato de 10 anos sem direito à reeleição[18]. Isto é um grande passo. Os advogados reconhecerem a importância de uma jurisdição constitucional pautada na máxima legitimidade e competência exclusiva.

5. CONCLUSÃO

A atuação da jurisdição constitucional, por natureza, será sempre político-jurídica, daí que inevitáveis serão os conflitos entre os poderes no modelo moderno de separação conforme a doutrina de Montesquieu. Nesse momento de crise da legitimidade e de crise para superação do modelo tradicional de jurisdição, o que se torna desafiador é a construção para o Estado contemporâneo, com todas as perplexidades que estão sendo vivenciadas nesta transição da modernidade para uma outra racionalidade cujos paradigmas ainda estão sendo gestados.

O reconhecimento do homem como pessoa e sujeito de direitos exigiu cerca de 25 séculos para que a maioria dos Estados o fizesse[19]

---

[18] "Está na hora do Congresso Nacional transformar o STF em Corte Constitucional estabelecendo um mandato de dez anos, sem reeleição, para os seus membros". A afirmação foi feita hoje (19) pelo presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cézar Britto. Segundo ele, a OAB sempre defendeu que o Supremo deveria atuar exclusivamente como um Tribunal Constitucional para que possa cumprir o seu relevante papel de controlar a Constituição e não o abuso de servidores públicos, ainda que privilegiados." Notícia publicada no sítio da OAB, www.oab.org.br, no dia 19 de março de 2007.

[19] Na expressão de Fábio Konder Comparato in *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2ª. ed. rev. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 12.

através de uma declaração onde se afirma "que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos", e é exatamente nesta perspectiva que os direitos fundamentais e a concepção do Estado Democrático de Direito exigem dos juízes constitucionais um compromisso político que não se apequena e nem pode ser fixado nos estreitos limites dos partidarismos e ideologias de grupos que ocasionalmente chegam ao poder.

Os Estados periféricos, entre eles o Brasil, apesar do desafio de uma economia globalizada e asfixiante pela fluidez dos capitais, que de tão sensíveis colocam em risco a estabilidade de países inteiros pelos simples boatos no meio dos investidores, tentam se mostrar competitivos na arena mundial e ao mesmo tempo conviver com cenários de exclusão social, econômica e cultural, com uma enorme parcela dos seus habitantes abaixo da linha da pobreza.

Essa indigência nos países, verificada inclusive nos chamados países em desenvolvimento, é a realidade que frente aos direitos fundamentais declarados em suas constituições promovem um fosso entre o real e o dever-ser constitucional.

Reconhecer o papel político e jurídico da jurisdição constitucional é o primeiro passo a ser dado objetivando a efetiva concretização do dever-ser presente nas declarações da lei fundamental, tornando-as realidades palpáveis, através da interpretação que represente o sentido que dê maior efetividade aos direitos fundamentais.

Reconhecer também que somente se constrói uma realidade quando presentes condições materiais mínimas, daí que os juízes constitucionais não podem deixar de fazer opções políticas muitas das vezes, fazendo uma leitura do possível, e não apenas uma leitura gramatical do texto constitucional que pode ficar apenas, naquele momento, como mera decisão sem efetividade.

Por esses motivos é que desde 2003, defendemos a criação da Corte Constitucional como instrumento da concretização da Constituição brasileira de 1988, pois lidando exclusivamente com os valores supremos do Estado brasileiro e com os seus princípios fundamentais, seus objetivos e a sua declaração de direitos, é que poderá dar um

rumo e garantir efetividade às conquistas do Estado Democrático de Direito[20].

6. BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: 2004. Vol. 1 n.° 02.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas da concretização da Constituição de 1988. In* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: 2004. Vol. 1, n.° 02.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis e AGRA, Walber Moura. *A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: 2004. Vol. 1, n.° 02.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2006. 18ª ed.

_____. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In* Revista do Instituto de Estudos Avançados (IEA) da USP. São Paulo: 2004. n.° 51.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999. tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política? in* Revista Diálogo Jurídico, n.° 12, Salvador: 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2001. 2.ª ed. revista e ampliada.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.* Porto Alegre: SAFE, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

MANNHEIM, Kart. *Ideología e utopia.* Rio de Janeiro: Zhar, 1968.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional.* São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

[20] In dissertação de mestrado em Direito e Desenvolvimento, área de concentração: Direito Constitucional, defendida em 2002, e publicada por Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre,03, pág. 76.

OLIVEIRA, José Anselmo de. *Direito à jurisdição: implicações organizacionais, teóricas e políticas*. Porto Alegre: SAFE, 2003.
VILLORO, Luis. *El concepto de ideologia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
WERNECK VIANNA, luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994.