

# **GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS AO PROCESSO NO CONTROLE ABSTRATO DO SISTEMA HÍBRIDO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO PRINCIPAL FISCAL DA CONSTITUIÇÃO FRENTE À “CRISE” DO PODER LEGISLATIVO**

José Albenes Bezerra Júnior\*

Maria dos Remédios Fontes Silva\*

## **RESUMO**

O presente artigo apresenta uma análise acerca do Supremo Tribunal Federal como principal fiscal da Carta Magna, à luz dos recentes fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Enfatiza o modelo e processo de constitucionalidade alemão. Analisa as mais diversas correntes que discutem natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal. Realça a questão do agigantamento da nossa Corte, e, conseqüentemente, de suas funções, frente a crise de desconfiança pela qual passa os Poderes Executivo e Legislativo. Enfatiza recentes decisões e julgados do STF, observando o cunho jurídico e político dessas decisões. Questiona a necessidade de um Tribunal Constitucional exclusivo, frente à inviabilidade operacional, deixada pelas amplas competências previstas na Constituição em relação ao Supremo Tribunal Federal, como tribunal constitucional não-exclusivo. Analisa as diversas funções típicas do Supremo Tribunal Federal, atentando para uma necessária redução das competências em face do cumprimento e efetivação dos preceitos constitucionais, evitando-se a escassez da jurisdição constitucional. Analisa a limitação entre o jurídico e o político nas decisões do STF como forma de harmonização dos Poderes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise de poderes; garantias constitucionais; Supremo Tribunal Federal.

---

\* Advogado, Professor universitário, Mestrando em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

\* Doutora em Direitos Humanos pela Université Catholique de LYON – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

## 1. INTRODUÇÃO

A atual Constituição Brasileira adota um complexo sistema para o controle de constitucionalidade. Ao lado dos mecanismos peculiares ao sistema difuso, institui a ação direta, como instrumento de controle concentrado, no plano federal, autorizando sua adoção também, com objeto restrito, no plano estadual. Estabelece, ademais, uma ação declaratória de constitucionalidade. E enseja, ainda, uma forma especial de controle por meio de argüição de descumprimento de preceito fundamental. Paralelamente, a Constituição mantém outro controle que é um *tertium genus* na matéria, distinto do sistema difuso e de características do diversas do controle de concentrado: é o sistema que pode chamar de instrumental, por servir de instrumento à eventual intervenção da União nos Estados ou destes nos respectivos Municípios.

Observamos, hoje, em nosso ordenamento constitucional um sistema híbrido de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, com o qual a Constituição Federal de 1988 aperfeiçoou a fiscalização da constitucionalidade no Brasil.<sup>1</sup>

É de suma importância o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na seara institucional brasileira. A sua centralização na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões de repercussões nacionais e internacionais tem gerado uma série de críticas, exigindo uma análise minuciosa do fato em questão.

Afirmava Carl Schmitt que a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional transfere poderes de legislação para o judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito<sup>2</sup>. Daí a necessidade de uma observância maior frente aos dois recentes fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Entende-se melhor a *judicialização* quando certas situações de larga repercussão social ou política estão sendo analisadas e decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas originárias tradicionais, como é o caso Congresso Nacional e o Poder Executivo, onde se encontram como parte integrante dessa esfera o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

---

<sup>1</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.72.

<sup>2</sup> SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2007. p. xi.

O fenômeno da *judicialização* envolve uma transferência de poder para os tribunais, com significativas alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. As suas causas decorrem de alguns fatores. São eles: a redemocratização do país, fruto da Constituição de 1988, que transformou o Judiciário em um autêntico poder político, capaz de efetivar a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os demais Poderes; e uma constitucionalização expansiva, aumentando o leque de matérias a serem analisadas e tratadas pelo Judiciário.

Assim como o processo de *judicialização*, o ativismo judicial tem a tendência de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização e efetivação dos dispositivos constitucionais, no entanto, com uma maior intervenção na seara de atuação dos demais Poderes. O ativismo judicial tem se manifestado, principalmente, na imposição de condutas ou de “barreiras” ao Poder Público, em matéria de políticas públicas, como nos casos que envolvem direitos sociais a saúde e educação.

Com isso, necessário se faz uma análise acerca de determinados pontos importantes como a natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal; a questão do alargamento dos poderes da nossa Corte Maior frente à crise do Legislativo; a questão da centralização das decisões e a possível necessidade de um Tribunal exclusivo. Todos esses aspectos serão analisados com o fim de possibilitar uma compreensão dos limites entre o jurídico e o político nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

## **2. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ALEMANHA**

O modelo de jurisdição concentrada concebido por Kelsen, e consagrado pela Constituição austríaca, veio a ser adotado, inicialmente, na Itália e na Alemanha. Contudo, empresta-se, na Alemanha, singular relevância à jurisdição constitucional. A par de um grande número de atribuições conferidas ao *Bundesverfassungsgericht* (Lei Fundamental, arts. 93, 100 e 126), reconhece-se ao *Länder* o direito de instituir a própria Justiça Constitucional.

O sistema do controle concentrado alemão dispõe de três procedimentos centrais, os quais abrangem totalmente qualquer possibilidade de inconstitucionalidade proveniente do Estado. São eles: o controle abstrato de normas, o controle concreto e a reclamação constitucional. Há um quarto procedimento próprio do processo constitucional objetivo: a

verificação da constitucionalidade das normas, a qual não guarda similitude com a nossa ação declaratória de constitucionalidade.

A competência do Tribunal Constitucional está, fundamentalmente, definida no texto magno, podendo a lei deferir-lhe outras atribuições. Nos termos do art.93 da Lei Fundamental, cabe ao *Bundesverfassungsgericht* apreciar: as controvérsias entre órgãos federais superiores ou entre outros interessados dotados de direitos próprios pela Lei Fundamental ou pelo regulamento de interno de um órgão federal supremo; o controle de normas, no qual se afere a constitucionalidade ou a legitimidade de uma norma; os recursos constitucionais formulados por qualquer cidadão, sob alegação de ofensa a um direito fundamental, ou de lesão aos direitos contidos num rol taxativo de artigos, desde que exauridas as outras vias processuais – além de estarem submetidos ao princípio do exaurimento da via judicial e ao princípio da subsidiariedade, o recurso constitucional alemão pode ser recusado pela decisão unânime da câmara formada por três juízes (cerca de 97% dos recursos são recusados por essas câmaras); as denúncias concernentes aos abusos de direito e à inconstitucionalidade dos partidos políticos que ameacem os fundamentos da ordem democrática ou coloquem em risco a existência da República Federal da Alemanha; o controle das eleições exercido pelo parlamento, mediante recurso dos órgãos expressamente legitimados.

O número de processos julgados ou recebidos pela Corte Constitucional alemã, entre 1951 e 2007 (169.900 processos), é equivalente ao número de pleitos que o STF recebe em um ano. Assinala-se que, em período de maior crise, a Corte Constitucional alemã jamais recebeu um número superior a 5.911 processos em um mesmo ano.<sup>3</sup>

### **3. A NATUREZA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Hans Kelsen já afirmava que a anulação de uma lei pela jurisdição constitucional constitui função legislativa negativa da Corte por possuir o mesmo caráter de generalidade de uma lei ao reverso. Percebe uma elaboração com sinal negativo, concluindo que um tribunal que tenha o poder de anular uma lei é um órgão do Poder

---

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

Legislativo<sup>4</sup>, seja através da repartição do poder de legislar, seja como intromissão. Utiliza a expressão divisão de poderes à separação de poderes, facilitando, assim, o controle recíproco entre os poderes. Evita a concentração de poderes em um só órgão, o que seria temerário para a democracia, considerando a jurisdição constitucional uma afirmação da separação de poderes, e não a contradição.

Sobre outro ponto de vista, fica claro que os efeitos das decisões dos tribunais constitucionais apresentam, por muitas vezes, carga positiva, refletindo em uma função normativa destes tribunais. Visualiza-se essa situação quando se observa a questão da tutela de direitos fundamentais e pontos vagos referentes a ela, tendo os tribunais constitucionais utilizado técnicas similares à interpretação conforme à Constituição, em vez de expulsar a lei automaticamente.

A postura do Supremo Tribunal Federal tem conferido um aspecto prevalentemente político às suas decisões definitivas. A anulação de uma lei gera uma atividade normativa de um órgão diverso do que aprovou a norma, tendo peculiaridades distintas de uma mera derrogação de norma<sup>5</sup>. Quando o STF anula uma norma, está normatizando, no mínimo negativamente, além de positivamente, quando se constata as interferências que o subsistema político exerce no jurídico e vice-versa.

Michael Perry radicaliza, porém, sua interpretação, quando afirma que o controle de constitucionalidade moderno não-interpretativista é extraconstitucional. Vai além de qualquer julgamento de valor que tenha sido constitucionalizado pelo poder constituinte<sup>6</sup>. Isso pode causar preocupação, uma vez que legitima o governo dos juízes, em detrimento do equilíbrio entre os poderes. Assim, a densidade ou a porosidade da norma é que dará maior ou menor espaço de atividade à jurisdição constitucional.

Ronald Dworkin parte da impossibilidade da suposição que um juiz possa decidir um caso controverso sem a utilização da política. Constata que os juízes britânicos disfarçam seus julgamentos políticos, quando têm que escolher nesses casos

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 152.

<sup>5</sup> CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Manual de Derecho Constitucional**. Tecnos: Madri, 2005. p.73

<sup>6</sup> PERRY, Michael. **O controle de constitucionalidade não-interpretativista em casos envolvendo direitos humanos. Uma justificação funcional**. Trad. Pedro Buck. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: Belo Horizonte, ano 1, n.2, p.29 – 111, abr. – jun. 2007.

difíceis, utilizando argumentos históricos da legislação. Conclui que nesses casos, os argumentos de princípio político se sobrepõem ao procedimento político<sup>7</sup>.

André Ramos Tavares se posiciona no sentido de a decisão constitucional ter natureza jurisdicional em todos os sentidos, mas já reconhece a necessidade de integração entre o jurídico e o político na percepção do tribunal constitucional. Entende ainda que, mesmo quando o tribunal constitucional decide em matéria política, não transforma a decisão em política, permanecendo o seu caráter jurídico<sup>8</sup>.

Oscar Vilhena Vieira, quando analisa a jurisprudência política, observa o STF como órgão inexoravelmente político, pelo impacto de suas decisões, diante dos outros poderes, exteriorizando uma função, também, política. Todavia, atesta a necessidade do paradigma constitucional como irrenunciável, pois as ponderações políticas não podem prescindir da referência constitucional na busca da melhor decisão<sup>9</sup>. Ademais, reconhece a atividade política na decisão do Supremo Tribunal Federal como meio de ponderação e complementação da constituição, afastando-se de um argumento meramente decisionista, buscando-se a decisão sempre inspirada no texto constitucional, ou seja, distante de uma interpretação extraconstitucional.

Inocência Mártires afirma que se torna evidente que incumbe essencialmente ao aplicador do direito – e não ao legislador – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderá desincumbir-se ao tempo e modo se for capaz de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiver a coragem de enfrentar a opinião dominante, ao invés de resignar a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuser a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas falsas unanimidades, não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem vôos mais altos<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 25.

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 40 – 42.

<sup>9</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228 – 232.

<sup>10</sup> COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. p. 26

#### **4. O ALARGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À "CRISE" DE PODERES**

Sem sombra de dúvidas, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel importante no sistema de contenção dos demais poderes. Demonstra-se claramente a crise de desconfiança pela qual passa os Poderes Executivo (episódios freqüentes de corrupção, por exemplo) e Legislativo (leis em contrariedade a direitos fundamentais e desvios de recursos públicos, por exemplo).

A Constituição Federal de 1988 tem atribuído amplos poderes a tal órgão pertencente ao Judiciário, em sua cúpula, considerando que não temos uma corte constitucional exclusiva. Contudo, ainda há dificuldades na concretização da Constituição pelo STF, justamente pela natureza simbólica dos dispositivos constitucionais.

Essa questão do simbolismo pode ser perfeitamente analisada na obra de Ferdinand Lassale, que constata a constituição real como o resultado dos fatores reais do poder, verificando que, quando apenas se escreve uma constituição, desvinculando-se de tais aspectos, constrói-se apenas uma folha de papel, que não tem força diante da constituição real<sup>11</sup>. Ocorre que, traçando um paralelo com os fundamentos de Marcelo Neves quando descreve o simbolismo<sup>12</sup>, percebe-se neste, outros fundamentos, isto é, a constituição é vista como folha de papel quando os códigos fortes invadem os fracos corruptivamente e quando não é construído um espaço público que preserve os dissensos da esfera pública. Nesse sentido, muitas expectativas normativas são desprezadas, quando da generalização das expectativas da sociedade complexa. Percebe-se que uma constituição escrita muitas vezes não generaliza as expectativas normativas da sociedade, atuando apenas de forma simbólica.

Observa-se que a justiça constitucional no Brasil vem ganhando cada vez mais espaço, em vez de restrições. Fortificação decorrente da existência de novas ações como: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), com a ampliação de sua legitimidade ativa; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF);

---

<sup>11</sup> LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 37 – 48.

<sup>12</sup> NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

além da Súmula Vinculante, ou seja, nossa justiça constitucional vem adquirindo destaque com as recentes reformas constitucionais. Em função da desconfiança nos Poderes Executivo e Legislativo, o Supremo Tribunal Federal vem ganhando amplo espaço, o que não é rebatido pelos outros poderes, que, inclusive, por inúmeras vezes reconhecem sua posição de parcialidade.

Ocorre que alguém tem que finalizar e concretizar o procedimento de aplicação da Constituição e o competente, em nosso país, é o Supremo Tribunal Federal. Com isso, pela não existência lógica do controlador, acaba o STF dizendo o que é a constituição e o que os seus dispositivos significam. Acreditar que as decisões são totalmente neutras é desconhecer o sistema de justiça constitucional, que tem o elemento político como base de sua formação. Tem a nossa Corte Maior, portanto, a peculiaridade de se encontrar no centro decisório do acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político.

É válido ressaltar que a questão da realidade influencia na interpretação, principalmente nos casos críticos, porque a regra de que na clareza cessa a interpretação pode ser modificada constantemente com o surgimento dos casos novos, isto é, casos em que o dissenso é ainda maior entre os intérpretes, o que demonstra a impotência isolada das regras textuais<sup>13</sup>.

A grande celeuma é a enorme quantidade de funções entregues ao Supremo Tribunal Federal. Essas atribuições vêm reduzindo a efetividade na justiça constitucional, além dos preceitos constitucionais, e, por conseqüência, afetando sua legitimidade para a prestação jurisdicional. Para isso, muitos mecanismos precisam ser desenvolvidos para consolidação da legitimidade do Supremo Tribunal Federal e que esta não se torne meramente algo meramente simbólico.

## **5. A CENTRALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STF NO ACOPLAMENTO DE ESTRUTURA ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS E POLÍTICOS**

A Constituição Brasileira, em matéria social, tem se tornado um símbolo de não-efetividade. Isso é observado na ausência de freios efetivos, pela ausência de consistente

---

<sup>13</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Madri: Trotta, 2005, p.139.



concretização constitucional, bem como pela falta de interesse e de envolvimento da sociedade organizada. Problemas como falta de aparelhamento, estrutura e um mínimo vital para o Estado fiscalizar os danos ambientais e promover a educação ambiental são evidentes, em inúmeras cidades do interior do país. E até mesmo diante de pessoas falecendo de câncer pelo depósito de metais pesados em rios que abastecem as cidades, nada se tem feito para aperfeiçoar os órgãos ambientais.

O que ocorre é que muitos dispositivos constitucionais no ordenamento brasileiro funcionam simbolicamente. A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata da norma primária e da norma secundária (programação condicional) não se concretiza regularmente<sup>14</sup>.

Por parte do Poder Judiciário há uma tímida intervenção nas políticas públicas, quando decisões individuais podem comprometer o coletivo. Entretanto, necessita-se garantir aquilo que já foi positivado, mesmo no caso individual, para que o direito não perca sua credibilidade e sua função de generalização congruente de expectativas normativas.

Um caso que excedeu o Supremo Tribunal Federal aos limites do acoplamento estrutural entre o direito e a política foi a da contribuição dos inativos, onde já havia inativos com direito adquirido a não contribuir com o INSS, mas houve uma decisão com prevalência política, em campo estritamente jurídico. A emenda que autorizou tal cobrança foi declarada constitucional, inclusive retroativamente. Nesse contexto utilizou o STF princípios como: universalidade de procedimento, solidariedade e igualdade tributária<sup>15</sup>.

Outro caso importante e de bastante repercussão é o da anencefalia<sup>16</sup>, repleto de debates jurídico-políticos entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na tentativa de delimitação do conceito de vida. Nesse ponto, mais uma vez, torna-se inexorável a localização das decisões do tribunal constitucional na carga de tensão entre o jurídico e o político.

---

<sup>14</sup> NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 49.

<sup>15</sup> **ADI 3188/BA**, rel. Min. Carlos Britto. 18.10.2006.

<sup>16</sup> **ADPF 54 QO/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, 27.04.2005.

Um caso, também, de longos debates de natureza jurídico-político foi o da importação de pneus recauchutados<sup>17</sup>, onde estava em foco questões econômicas, ambientais e internacionais. Aqui, inclusive, foi realizada audiência pública, onde ficou demonstrado os reais prejuízos e impactos oriundos dessa possível importação de pneus usados.

Destaque-se aqui a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, em que reconhece a dimensão também política da jurisdição constitucional, na implementação dos direitos sociais<sup>18</sup>. Tenta conciliar reserva do possível com mínimo existencial. Trata-se de uma visão moderna da separação dos poderes, em que a jurisdição constitucional não mais suporta as omissões do Legislativo e Executivo, na implementação de tais direitos dentro de um núcleo existencial mínimo. Apesar disso, reconhece que a regra para a definição de políticas públicas não é a atuação da jurisdição constitucional, que deve agir nas omissões relevantes. Além disso, defende a tese de que as normas programáticas não devem exteriorizar meras promessas, pois destruiriam a força normativa da nossa Constituição.

Deve-se atentar que não tem como preencher o sistema sem criatividade, quando diante de casos que envolvam dispositivos constitucionais, que tratem de igualdade, liberdade, eficiência, dignidade, entre outros. Nessa linha de raciocínio, o elemento político-jurídico é inato à genética da constituição, que dá ao órgão jurídico-político, STF, maiores margens de concretização na atividade interpretativa. O que não autoriza uma interpretação contrária à Constituição.

## **6. É PRECISO UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXCLUSIVO?**

Há, no ordenamento brasileiro, uma inviabilidade operacional, deixada pelas amplas competências previstas na Constituição em relação ao Supremo Tribunal Federal, como tribunal constitucional não-exclusivo. Por esses motivos, o órgão máximo de controle de constitucionalidade fica em um plano extremamente simbólico, afastando-se de sua função concretizadora da constituição.

---

<sup>17</sup> **ADPF 101-3/DF**, rel. Min. Cármen Lúcia, 24.06.2009.

<sup>18</sup> **ADPF 45 MC/DF**, rel. Min. Celso de Mello, 29.04.2004

Tem-se com isso uma necessidade urgente de uma reforma constitucional para que o Supremo Tribunal Federal não se consolide como uma quarta instância ordinária, como de fato vem acontecendo, diminuindo sua tarefa de guardião da Constituição. É preciso uma abertura para o debate a respeito da necessidade de um STF limitado às funções próprias de um tribunal constitucional exclusivo, para, assim, superamos a carga essencialmente simbólica da jurisdição constitucional no Brasil.

É importante concentrar o debate constitucional no País na necessidade de redução de competências do STF, para que atue em sua essência funcional típica, libertando-o de competências que não estejam diretamente atreladas à defesa e aplicação da Constituição como fundamento. É preciso, portanto, uma redução gradativa de funções atípicas, no sentido de tornar o STF o verdadeiro guardião da constituição, como tribunal constitucional exclusivo na prestação da típica justiça constitucional.

Uma função essencial do tribunal constitucional é a interpretativa, para fins de controle de constitucionalidade, não devendo confundir-se com arbitrariedade, dado que o tribunal constitucional trabalhará com o paradigma constitucional e legislativo. E por mais que uma interpretação constitucional se aproxime do elemento político na zona de conflito, logo se manifestará pelo procedimento jurisdicional, não se igualando, portanto, à função legislativa.

Outra função essencial e própria da nossa Corte maior é a legislativa. Isso se manifesta na competência expressa deixada raramente ao tribunal constitucional para criar leis, no controle preventivo das leis em que pode interferir diretamente no processo legislativo, no controle das omissões legislativas inconstitucionais, quando o tribunal atua na prática substituindo-se ao legislador, nas decisões modificativas, redutoras e substitutivas. Isso somente confirma mais ainda a conclusão de que o Supremo se encontra em uma posição central de decisão, no elo entre o jurídico e o político, apesar de não ser atividade legislativa em seu sentido puro, pois o procedimento legitimador é sempre jurisdicional, por não estarem em jogo diretamente as disputas entre governo e oposição inerentes ao interior do sistema político.

Uma terceira função própria do STF é a estruturante, baseada na função inaugural de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em face da

constituição. Envolvem esse aspecto estrutural: a restauração da norma anterior à declarada inconstitucional, o controle dos atos normativos e tratados internacionais, bem como a função cassatória do STF nos recursos advindos da jurisdição ordinária. Merece cuidados a constante banalização dos direitos fundamentais como objeto da justiça constitucional, pela tese dos direitos horizontais dos direitos fundamentais entre particulares<sup>19</sup>.

Outra das principais funções do STF é a função política ou de governo. André Ramos Tavares deixa claro que a discricionariedade política de um tribunal constitucional é fato, e necessitamos apenas trabalhar com os graus de abertura, na preservação da relação entre poderes<sup>20</sup>.

Há, ainda, uma função arbitral do Supremo, de competência na resolução de conflitos existentes entre entidades constitucionais, seja em tempo de conflito ou de paz. No entanto, essa função é imprescindível e necessária, uma vez que permite a unidade da distribuição de competências, funcionando o STF como um ente imparcial de resolução de tais conflitos. Complicado estará, portanto, quando estiver envolvido o STF no próprio conflito, pela impossibilidade lógica de árbitro do árbitro.

Uma função com perspectiva mais atual e recente é a que envolve o direito comunitário, constatando-se com maior clareza e efetividade na União Européia, onde as relações jurídicas entre os Estados Comunitários estão mais desenvolvidas. Esta função visa a defender a superioridade do direito comunitário em relação ao direito interno dos Estados pertencentes a uma comunidade de países. Tudo será analisado sob o prisma das constituições que disciplinem a matéria, resultando, portanto, no final das análises, em uma questão constitucional como premissa de suas funções próprias. Tal função no Brasil ainda está numa fase muito “experimental”, uma vez que a incorporação do direito comunitário ainda se faz com quase nenhuma renúncia do direito interno, a não ser quando os tratados são incorporados, mas mesmo assim entram com força de lei ordinária, podendo ser revogados a qualquer momento. Mesmo os tratados internacionais de direitos humanos faz-se mister a aprovação com mesmo

---

<sup>19</sup> FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional**. São Paulo: Método, 2009. p. 157.

<sup>20</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 345 – 359.

quorum de emenda para ter validade constitucional, podendo também ser revogado por outra emenda interna.

São muitas as funções típicas do Supremo Tribunal Federal. Todas elas tratadas e analisadas estão inseridas dentro de um fundamento único de aplicação e defesa da constituição. Torna-se, portanto, necessária a redução das competências do Supremo Tribunal Federal ao cumprimento dessas funções, caso contrário, continuará nossa Corte Maior emperrado com julgamentos de altas autoridades e outras funções não típicas. Isso só vem a prejudicar o nosso sistema constitucional, que, quase sempre, vem funcionando com uma perspectiva meramente simbólica, sem as condições necessárias para que o STF se preocupe com o que realmente seja matéria constitucional.

## **7. A LIMITAÇÃO COMO FORMA DE HARMONIZAR A DIVISÃO DOS PODERES**

Não raro a legislação deixa uma margem aberta muito grande ao intérprete e, principalmente, no campo do direito constitucional, uma vez que o Supremo se encontra na zona decisória de conflito entre o jurídico e o político, tendo a constituição esses dois sistemas como paradigma de suas decisões.

Não cabe, contudo, ao Supremo Tribunal Federal, como tribunal constitucional, corrigir decisões políticas do constituinte. Entretanto, quando o espaço é deixado pela constituição, com normas abertas que já têm um sentido inicial, o aspecto criativo de suas decisões aparece com maior autorização constitucional. Muitas vezes, o legislador constituinte reconhece por meio dos dispositivos constitucionais a impossibilidade de codificar densamente todas as relações sociais.

Mauro Cappelletti refere-se à ilusão do juiz como “boca da lei”, sendo impossível ao juiz declarar o direito de maneira não criativa. Valoriza a experiência e não somente o dedutivismo lógico, que também faz parte do processo de criação do direito<sup>21</sup>. Ele, inclusive, elenca algumas objeções à criatividade judiciária, entre elas: decisões numerosas, eficácia retroativa das decisões, despreparo político do juiz, conservadorismo do juiz e caráter não majoritário das decisões judiciais.

---

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 32 -33.

Com isso, faz-se necessário uma maior concentração do Supremo Tribunal em suas competências próprias de tribunal constitucional, para que tais limites fiquem mais claros. Atuando dentro e exclusivamente da defesa da constituição, será este mais um limite entre o jurídico e o político.

Vital Moreira se mostra preocupado com os limites do tribunal constitucional, para que este não se torne um legislador aos moldes da luta entre governo e oposição<sup>22</sup>. Ele ainda se mostra contrário à ideologia do ativismo, aqui no sentido de o juiz ser um legislador livre, alimentando as arbitrariedades subjetivas do Judiciário, quando as normas constitucionais são mais densas e não dão margem a uma criatividade na implementação de direitos.

O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

Não é por acaso que o ativismo se expandiu. Isso é explicado, segundo Luís Roberto Barroso, pelas dificuldades enfrentadas pelo Legislativo. A retração do Legislativo, constata, é ruim e representa um problema grave. É preciso uma reforma política urgente, pois não há democracia sem um Poder Legislativo atuante. Por outro lado, o ativismo judicial não pode se perpetuar por muito tempo sob o risco do desgaste e da politização do Judiciário. Até aqui o ativismo tem nos servido bem. Mas é preciso ter a compreensão do fenômeno<sup>23</sup>

Realmente não se pode ignorar que o Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional pode servir de ator no processo dialético entre legislação e jurisdição. Apenas negar que as decisões do STF têm aspecto criativo já não descreve a realidade de seus julgamentos. Quando o poder constituinte deixou ao STF a implementação de dispositivos abertos da constituição, torna-se ingênuo afirmar que está apenas o tribunal decidindo com base na vontade do legislador constituinte, em uma posição originalista.

---

<sup>22</sup> MOREIRA, Vital. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional.** Colóquio n.10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 177 – 198.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. Palestra no seminário *Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA*, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça fluminense.

Isso se nota principalmente quando se tem dispositivos constitucionais que são praticamente estéreis em termos de sentido.

Deve-se ter o limite na abertura do texto constitucional e legal, que esteja de acordo com a constituição, não devendo servir o ativismo de estímulo para criar o super poder, no sentido de legitimar subjetivismos não legitimados pelo sistema jurídico e político, visto que a esfera pública do dissenso é muito mais complexa do que os meros critérios subjetivos do Judiciário, mas na prática o ativismo é inevitável na concretização das normas porosas da constituição.

Invocando as preocupações de Schneider, quando se refere à necessidade de prudência do tribunal constitucional e autolimitação, observa-se que apesar do prestígio alcançado pelo Tribunal Constitucional Alemão, sua autodisciplina é alicerce indispensável à delimitação de funções entre os poderes<sup>24</sup>. Essa é uma linha importante a ser considerada quando da análise dos limites do tribunal constitucional, pois, apesar de ter a última palavra sobre o sentido da constituição, tem que estar atento para não invadir as discricionariedades dos demais Poderes, tendo que ter o fundamento de aplicação e defesa da constituição como parâmetro-limite.

## 8. CONCLUSÃO

É nítido que, nos últimos anos, os fenômenos da judicialização e do ativismo estão arraigados na paisagem jurídica brasileira. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização é fruto do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Já o ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário e envolvendo o risco de politização da justiça.

A grande celeuma está na enorme quantidade de funções entregues ao Supremo Tribunal Federal. Essas atribuições vêm reduzindo a efetividade na justiça constitucional, além dos preceitos constitucionais, e, por conseqüência, afetando sua

---

<sup>24</sup> SCHENEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 58.

legitimidade para a prestação jurisdicional. Para isso, soluções precisam ser desenvolvidas para consolidação da legitimidade do Supremo Tribunal Federal e que esta não se torne meramente algo meramente simbólico.

É fato que o Supremo Tribunal Federal tem conferido, em muitos momentos, um aspecto prevalentemente político às suas decisões definitivas. No entanto, é preciso, também, que a nossa Corte maior, em face da inércia dos demais poderes, encontre respostas para os novos problemas sociais. Essa é uma tarefa da qual só poderá desincumbir-se ao tempo e modo se for capaz de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados e combater as idéias cristalizadas.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal têm materialmente caráter político e jurídico. Isso porque a Corte Suprema interpreta uma série de normas abertas e esta situado numa zona de conflito entre o jurídico e o político. O que se pode observar é que o Supremo está lotado de funções atípicas, necessitando urgentemente ter suas competências limitadas a funções típicas de um tribunal constitucional, evitando-se a escassez da jurisdição constitucional.

Finalizando, é preciso estabelecer limites nas relações entre os sistemas político e jurídico, preservando o preceito constitucional da harmonia entre os poderes, e fiscalizando, sempre que necessário, o Parlamento em suas omissões.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luis Roberto. Palestra no seminário *Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA*, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça fluminense.

BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad, HEIDE, Wolfgang (Org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid (España): Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2001.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Manual de Derecho Constitucional**. Tecnos: Madri, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.



CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad.: Hiltomar Matins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2002.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. MÁRTIRES, Inocêncio. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo, A invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Vital. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio n.10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

PERRY, Michael J. **O controle de constitucionalidade não-interpretativista em casos envolvendo direitos humanos. Uma justificação funcional**. Trad. Pedro Buck. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: Belo Horizonte, ano 1, n.2, p.29 – 111, abr. – jun. 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHENEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia**. Madri: Trotta, 2005.