XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

CLAUDIA MARIA BARBOSA

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P762

Política judiciária e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa, Frederico da Costa carvalho Neto, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Política judiciária. 3. Administração. 4. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

Ronald Dworkin, importante filósofo do direito contemporâneo e professor catedrático da Universidade de New York, lançou em 2006, um texto chamado Is Democracy possible here?, discutindo uma série de questões, dentre as quais, terrorismo e Direitos Humanos, religião e dignidade, impostos e legitimação e, finalmente, o último artigo trata do tema das condições e possibilidades da Democracia em seu país.

Tendo por cenário de fundo as discussões que se davam entre liberais e conservadores envolvendo o governo Bush (filho), e as radicalizações de posturas ideologicamente postas de cada qual, Dworkin chama a atenção para o fato de que os interesses da comunidade estão sendo cada vez mais deixados de lado, até porque, em tais cenários, o interesse de ambos os principais partidos eleitorais vem sendo o de: how to win a majority, if only barely, in what was presumed to be a closely split and highly polarized electorate.

O efeito no eleitorado disto é que ele não sabe diferenciar com nitidez o que diferencia a proposta dos partidos e candidatos, uma vez que estão bombardeados por ações de comunicação, propaganda e publicidade voltadas à conquista do voto, independentemente de sua qualidade ou fundamento. É interessante como tais situações vão gerando, por sua vez, a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político, fragilizando as distinções entre esquerda e direita por exemplo, e colocando todos os atores da arena política como que compromissados com as mesmas demandas sociais (que também sofrem homogeneização forçada, e passam a ser de todos).

De certa forma este marasmo político foi fator importante na campanha vitoriosa de Barack Obama, na medida em que suas propostas de governo foram construídas sob plataformas distintivas do que até então vinha sendo feito, saindo do status quo vigente que Starr chama de centrismo brando e confuso (bland and muddled centrism).

Sem sombra de duvidas que Dworkin está certo ao afirmar que o tema dos Direitos Fundamentais hoje - mesmo nos EUA - carece de uma preocupação cívica importante, notadamente em face dos poderes instituídos, e mais especialmente no âmbito parlamentar, eis que os legisladores em regra tratam destes pontos com níveis de ambigüidade e falta de decisão muito grande, dizendo: as little as possible except in subliminal codes meant secretly to energize important groups.

Esquece-se desta forma que a verdade é a melhor referência que se pode ter para tratar disto tudo, todavia, na realidade americana, ela parece estar obsoleta, pelo fato de que: politicians never seek accuracy in describing their own records or their opponents'positions. Em verdade, o sistema político baseado na lógica do mercado, transforma-se em mais um produto de consumo caro e acessível somente aqueles que têm condições de financiá-lo. Tal financiamento, todavia, representa mais do que acesso, mas controle do sistema político, em outros termos, in politics money is the enemy not just of fairness but of real argument.

Os níveis de baixaria e agressões nas campanhas políticas contam com apelos midiáticos de espetáculo e diversão, transformando o processo eleitoral em programas de auditório divertidos, como se não tratassem de problemas da vida real (Reason isn't everything, after all, and emotion, of the kind American elections specialize in, has an important place in politics) .

Será que esta fragilidade do sistema parlamentar e representativo não é insuficiente para se pensar as fragilidades da Democracia? Não há outros modelos de participação política (mais direta e presentativa) que possam criar alternativas aos déficits sociais e institucionais da Democracia contemporânea?

Reconhece Dworkin que o critério majoritário da deliberação política não é o único nem o mais importante na experiência Ocidental, eis que, muitas vezes, a vontade das maiorias não garante resultados justos e mais eficientes ao interesse público (que não é só o majoritário), gerando vários níveis de injustiça às minorias ou mesmo ignorando demandas de minorias. Quais os níveis de injustiça que uma Democracia suporta?

Daqui que um segundo modelo de Democracia opera com a idéia de que ela significa o governo de cidadãos que estão envolvidos como grandes parceiros numa empreitada política coletiva, no qual as decisões democráticas só o são na medida em que certas condições estão presentes para os fins de proteger o status e os interesses de cada cidadão.

No campo da pragmática e do cotidiano, o que se pode perceber é uma total falta de interesse pelos temas políticos e sociais, mesmo os relacionados a direitos civis são objeto de manejo muito mais para o atendimento de interesses privados do que públicos, e na perspectiva majoritária isto se agrava ainda mais, na medida em que as deliberações políticas só levam em conta quem participa e como participam no plano formal do processo político, ou seja, democracy is only about how political opinions are now distributed in the community, not how those opinions came to be formed.

Dworkin lembra que no modelo da democracia como conjunto de parceiros a perspectiva se diferencia, fundamentalmente porque opera com a lógica da mutua atenção e respeito enquanto essência desta matriz, sabendo que igualmente isto não faz parte das tradições e hábitos americanos, principalmente no cotidiano das pessoas e em suas relações com as outras. Registra o autor que: We do not treat someone with whom we disagree as a partner - we treat him as an enemy or at best as an obstacle - when we make no effort either to understand the force of his contrary views or to develop our own opinions in a way that makes them responsive to his.

Claro que em tempos de guerra e desconfianças mutuas as possibilidades de tratamento do outro com respeito se afigura escassa, o que não justifica a paralisia diante de situações que reclamam mudança estrutural e funcional, sob pena de comprometimento não somente das relações intersubjetivas, mas das próprias relações institucionais em face da Sociedade.

Em verdade, e é o próprio autor que diz isto, a concepção majoritária de democracia não leva em conta outras dimensões da moralidade política - resultando dai que uma decisão pode ser democrática sem ser justa -, enquanto que na perspectiva da democracia entre parceiros estão presentes outras considerações que meramente as processuais/formais, reclamando uma verdadeira teory of equal partnership, na qual se precisa consultar questões como justiça, igualdade e liberdade de todos os envolvidos. So on the parthership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural ideal.

Dai que também não resolve ter-se um super-ativismo por parte da sociedade civil na direção de propugnar por uma democracia que venha a produzir decisões políticas substanciais de preferências seletivas majoritárias, porque novamente interesses contra-majoritarios podem ser violados de forma antidemocrática.

Em face também disto é que Dworkin identifica a migração da batalha sobre a natureza da democracia e sua operacionalidade à Suprema Corte, outorgando-se a si própria legitimidade para declarar atos de competência originária de outros poderes, isto em nome, fundamentalmente, de que a Constituição Americana limita os poderes das políticas majoritárias ao reconhecer direitos individuais - e de minorias - que não podem ser violados. Um pouco é nesta direção a critica no sentido de que os juízes estariam inventando novos direitos e colocando-os dentro da Constituição como forma de substituir as instituições representativas e democráticas por seus valores pessoais ou de quem representam.

Num caso específico envolvendo um jovem hospitalizado em estado terminal na Flórida, e vivendo somente com aparelhos, como conta Dworkin, sua família autorizou, com permissão

judicial, o desligamento destes aparelhos porque isto evitaria maior sofrimento e a sua situação clínica e orgânica era irrecuperável. Imediatamente a reação do Congresso na sua maioria republicana foi feroz contra a decisão judicial, chegando inclusive a criar norma específica no sentido de que isto não poderia ocorrer até a decisão transitar em julgado. Alguns republicanos chegaram a prestar declarações ofensivas ao Poder Judiciário, dizendo estar ocorrendo verdadeira insubordinação em face do que o Parlamento decidira, pois: Once Congress had made its Will known, it was the duty of judges to execute that Will because Congress is elected by and represents the majority of the people.

O problema é que esta discussão está entrincheirada ainda em pequenos círculos de poder e de instituições já organizadas no mercado e nas relações sociais, não se podendo extrair daqui ao menos para o Brasil e mesmo para os EUA reflexos na opinião pública geral; ao contrário, pela reflexão de Dworkin, com o que concordo no ponto, a opinião pública sobre a natureza da democracia (que é o que está envolvido nesta discussão) depende muito mais do que os sujeitos que a representam acreditam serem os melhores meios e formas de conseguirem seus objetivos, sem envolver necessariamente preocupações com os impactos e efeitos que isto pode acarretar ao interesse público da comunidade.

Desta forma, a regra majoritária de deliberação política divorciada de uma opinião pública qualificada por seus argumentos não assegura maiores níveis de legitimação do que deliberações monocráticas decorrentes de processos de consulta ou discussão pública efetiva. Falha inclusive aqui o chamado Teorema de Condorcet, para o qual a soma quantitativa majoritária das escolhas individuais homogêneas maximiza a chance de que se chegará a resultados democráticos e satisfativos, pois se teria de perguntar: satisfativo para quem? No mínimo - e nem isto está garantido para aquela maior parte quantitativa de indivíduos.

Mesmo a perspectiva de que a regra das escolhas e deliberações majoritárias venham a estabelecer vínculos políticos e institucionais (com parlamentares e partidos), independentemente da forma constitutiva das escolhas/deliberações, não garante tratamento isonômico às escolhas e pretensões contra-majoritárias. Como lembra Dworkin, os temas que envolvem políticas públicas apresentam não raro fundamentos morais de alta complexidade, not strategies about how to please most people.

Por outro lado, o autor americano toca em ponto nodal desta discussão que diz com os déficits democráticos efetivos do modelo da democracia representativa ao menos historicamente -, na medida em que ela opera com o pressuposto equivocado de que há equilíbrios perenes nas bases da representação que a institui:

Political Power also very much differs because some of us are much richer than others, or more persuasive in discussion, or have more friends or a larger family, or live in states where the two great political parties are more evenly divided than where others live so that our votes are marginally more likely to make a real difference. These are all familiar reasons why the idea of equal political power is a myth.

E sem sobras de dúvidas trata-se de um mito este equilíbrio/igualdade política dos poderes públicos instituídos quiçá uma idéia regulativa, a ser permanentemente buscada como forma de compromisso com tal modelo de Democracia. Isto é tão claro que hoje, no Brasil, uma discussão acadêmica e política importantíssima é a do chamado ativismo judicial em face do Legislativo e do Executivo, a ponto de matérias jornalísticas darem conta de que:

Congresso reage a atos do Judiciário. Parlamentares estão descontentes com o que dizem ser interferência do STF.

Insatisfeito com o resultado de julgamentos de temas políticos e desconfiado com as últimas propostas do Supremo Tribunal Federal (STF), o Congresso reagiu, na tentativa de conter a atuação do Judiciário. O deputado petista Nazareno Fonteles, do PI, propôs uma mudança na Constituição que daria ao Congresso poder para sustar atos normativos do poder Judiciário.

Além da nova proposta, deputados tiram das gavetas projetos que podem constranger o Judiciário. As mais recentes decisões do STF - de alterar a aplicação da Lei da Ficha Limpa e de definir qual suplente de deputado a Câmara deve dar posse - reacenderam a animosidade entre os dois poderes. A irritação aumentou com a proposta do presidente do STF, Cezar Peluso, de instituir um controle prévio de constitucionalidade das leis.

As reações do Congresso, do governo e do próprio STF fizeram Peluso recuar. Mas o atrito já estava formado. "Aos poucos, estão criando uma ditadura judiciária no país", disse Fonteles.

Em uma semana, o deputado recolheu quase 200 assinaturas e apresentou uma proposta de emenda constitucional para permitir ao Legislativo "sustar atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Atualmente, esse artigo (art. 49) permite a suspensão pelo Congresso de atos do Executivo. A alteração estende a permissão ao Judiciário. "Não podemos deixar o Supremo, com o seu ativismo, entrar na soberania popular exercida pelo Congresso. O Supremo está violando a cláusula de separação dos poderes, invadindo competência do Legislativo", argumentou Fonteles.

A chamada judicialização da política e a concentração de poderes nas mãos dos onze ministros do STF levaram o ex-juiz federal e ex-deputado Flávio Dino (PC do B-MA) a apresentar uma proposta de emenda constitucional acabando com o cargo vitalício dos ministros do Supremo. O projeto, de 2009, ainda está à espera de apreciação por parte da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Para Dino, a determinação do STF de aplicar a Ficha Limpa nas próximas eleições e as decisões sobre qual suplente deve dar posse no caso de afastamento do deputado titular reforçam a necessidade de evitar a submissão da política a uma aristocracia judiciária. Na prática, o Supremo decidiu o resultado das eleições, substituindo a soberania popular resume Dino.

Enquanto as propostas de emenda constitucional não entram na pauta, Fonteles conseguiu aprovar a realização de um seminário na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara para discutir a relação entre o Legislativo e o Judiciário. O evento está marcado para a próxima terça-feira.

Afigura-se como muito perigoso o tratamento desta questão nos termos apresentados pelo informe jornalístico, a despeito de que faça parte da estratégia político-parlamentar tensionar com a opinião pública determinados assuntos para ver como ela reage antes da tomada de medidas mais efetivas.

Em verdade, considerando ser a Democracia contemporânea uma tentativa de dar efetividade à idéia de self-government, na qual a soberania popular governa a si própria através de mecanismos de presentação e representação, é a inter-relação entre todos estes mecanismos, com o que Dworkin chama de equal concern, que deve pautar as interlocuções, deliberações e as políticas públicas de governo, isto fundado na premissa de que, though it would compromise my dignity to submit myself to the authority of others when I play no part in the their decisions, my dignity is not compromised when I do take part, as an equal partner, in those decisions. Daí a importância contra-majoritária do exercício do Poder.

Outro ponto polêmico nesta discussão e bem abordado por Dworkin - diz com a compatibilidade, ou não, da existência de direitos individuais que não possam ser submetidos à vontade das maiorias, tal como a religião, por exemplo, isto porque uma compreensão mais cidadã da ordem constitucional republicana e democrática impõe o que o autor americano chama de partnership conception, a qual requires some guarantee that the majority will not impose its will in these matters.

Enfim, todos estes temas estão a envolver este Grupo de Trabalho do CONPEDI, em Política Judiciária e Administração da Justiça, notadamente quando a questão do protagonismo

excessivo de alguns atores do espaço público se destacam - como é o caso do Poder Judiciário, e os textos publicados aqui vão nesta direção também.

Uma boa leitura a todos.

A LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DOS CRITÉRIOS DE COMPOSIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

THE LEGITIMATION OF SUPREME COURT DECISIONS UNDER FEDERAL CONSTITUTIONAL JUSTICE PERSPECTIVE THROUGH THE COMPOSITION, ORGANIZATION AND OPERATION CRITERIAS.

Tassiana Moura de Oliveira
Luciana Dubeux Beltrão Alves

Resumo

O presente artigo pretende analisar a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, encarado como órgão que fiscaliza o cumprimento da Constituição, atuando como seu guardião ou curador, através da análise da estreita relação entre sua composição, organização e funcionamento. O estudo da justiça constitucional muitas vezes limita-se ao estudo sobre o modelo ou controle de constitucionalidade de normas jurídicas, deixando de lado a análise de como os critérios da composição, organização e funcionamento das cortes constitucionais podem contribuir para um estudo da legitimidade das suas decisões. A justiça constitucional tem origem recente, remontando ao período pós-guerra e à célebre decisão da Corte Constitucional Norte Americana no caso, Marbury v. Madison. A jurisdição constitucional assumiu, ao longo de sua história, as formas mais peculiares e complexas de que se tem conhecimento. Assim, mais do que modelos estanques fundados nos clássicos sistemas norte-americano ou europeu-continental, a jurisdição constitucional nos diferentes países é caracterizada por modelos híbridos, construídos de forma criativa de acordo com a heterogeneidade cultural que caracteriza a região, motivo pelo qual a justiça constitucional não pode ser apenas estudada apenas a partir do modelo de controle de constitucionalidade adotado por determinado país. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é exemplo dessa heterogeneidade e da contínua evolução pela qual tem passado os diferentes sistemas de jurisdição constitucional pelo mundo. Espera-se, assim, contribuir para a discussão e para uma análise da justiça constitucional através de outros parâmetros, quais sejam, da composição, organização e funcionamento das cortes constitucionais.

Palavras-chave: Palavras-chave: jurisdição constitucional. suprema corte. legitimação.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the legitimacy of the decisions of the Supreme Court, regarded as a body that monitors compliance with the Constitution, acting as its guardian or trustee, by analyzing the close relationship between its composition, organization and operation. The study of constitutional justice often limited to the study of the model or judicial review of legal rules, leaving aside the analysis of the criteria of the composition, organization and functioning of constitutional courts can contribute to a study of the legitimacy of its

decisions. The constitutional justice has recent origin, dating from the post-war period and the famous decision of the Constitutional Court in North American, Marbury v. Madison. The constitutional court has taken over its history, the most peculiar and complex forms of which are known. Thus, more than watertight models based on classic American or Continental-European systems, the constitutional jurisdiction in the different countries is characterized by hybrid models, built creatively according to the cultural heterogeneity that characterizes the region, which is why the constitutional justice can not only be studied only from the constitutional control model adopted by a country. The Brazilian model of judicial review is an example of this heterogeneity and continuous evolution that has spent the different constitutional court systems around the world. It is expected, therefore, contribute to the discussion and analysis of constitutional justice through other parameters, namely, composition, organization and functioning of constitutional courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords : constitutional jurisdiction, Supreme court, Legitimation.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, encarado como órgão que fiscaliza o cumprimento da Constituição, atuando como seu guardião ou curador, através da análise da estreita relação entre sua composição, organização e funcionamento.

O estudo da justiça constitucional muitas vezes limita-se ao estudo sobre o modelo ou controle de constitucionalidade de normas jurídicas, deixando de lado a análise de como os critérios da composição, organização e funcionamento das cortes constitucionais podem contribuir para um estudo da legitimidade das suas decisões.

De acordo com a teoria realista desenvolvido por V. Crisafulli, nenhum modelo de Justiça Constitucional goza de plena legitimidade democrática (Mezzetti, 2011, p. 308). E também, o Tribunal Constitucional, de fato, é um dos fatores que converge na caracterização e definição de nossa forma de governo.

A justiça constitucional tem origem recente, remontando ao período pós-guerra e à célebre decisão da Corte Constitucional Norte Americana no caso, Marbury v. Madison.

A jurisdição constitucional assumiu, ao longo de sua história, as formas mais peculiares e complexas de que se tem conhecimento. Assim, mais do que modelos estanques fundados nos clássicos sistemas norte-americano ou europeu-continental, a jurisdição constitucional nos diferentes países é caracterizada por modelos híbridos, construídos de forma criativa de acordo com a heterogeneidade cultural que caracteriza a região, motivo pelo qual a justiça constitucional não pode ser apenas estudada apenas a partir do modelo de controle de constitucionalidade adotado por determinado país.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é exemplo dessa heterogeneidade e da contínua evolução pela qual tem passado os diferentes sistemas de jurisdição constitucional pelo mundo.

Espera-se, assim, contribuir para a discussão e para uma análise da justiça constitucional através de outros parâmetros, quais sejam, da composição, organização e funcionamento das cortes constitucionais.

2. BREVE SÍNTESE DO SURGIMENTO E DA EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A origem da justiça constitucional remonta a aproximadamente dois séculos (PANIZZA, 2015, p. 61), teve sua origem no pós-guerra, após as inovações trazidas pelo novo Direito Constitucional norte-americano, através de suas decisões baseadas no *stare decisis*, por outro lado, aliada às ideias de Kelsen, surge, na Europa, a Justiça Constitucional, uma esfera constitucional específica, incumbida da salvaguarda da Constituição e de sua superioridade.

A Jurisdição Constitucional representava, *a priori*, uma arma de defesa, um mecanismo garantidor da preservação da ordem democrático-constitucional, face a eventuais ações agressivas, antidemocráticas e corrosivas em relação à Constituição. Com o decorrer do tempo, passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático e seu estudo tende a ser restrito a uma análise dos modelos de controle de constitucionalidade.

Desta forma, cumpre fixar como premissa básica que para que exista processo constitucional é necessário que o país possua uma Constituição rígida, isto é, uma Lei superior às demais leis. Ou seja, a jurisdição constitucional nasceu e desenvolveu-se em face da supremacia da Constituição.

Assim, o controle de constitucionalidade pode ser compreendido como a verificação da adequação da lei à Constituição, tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição (FERREIRA FILHO, 2009).

Já para o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, o controle de constitucionalidade, "é o instrumento de garantia da supremacia constitucional. Serve para defender a constituição das investidas praticadas pelos poderes públicos, e, também, dos atos privados atentatórios à magnitude de seus preceitos" (BULOS, 160-161, 2010).

Os Estados Unidos da América foi o país precusor da atual configuração do controle de constitucionalidade, com a atuação da Suprema Corte na decisão emblemática do Caso Marbury v. Madison, em 1803.

Igualmente importante para o surgimento da justiça constitucional foi a criação e atuação de Cortes Constitucionais em muitos países durante o século XX.

José Alfredo Baracho destaca que "a proteção dos direitos fundamentais está totalmente associada à instituição da justiça constitucional" (BARACHO, 2003, p. 31). As Cortes constitucionais instituídas em diversos países têm a missão precípua de interpretarem e

servirem de guardiãs da Constituição de um país (KELSEN, 2003, pp. 239-298). Como os direitos fundamentais, em geral, são previstos nas Constituições, os Tribunais Constitucionais ganham relevância na interpretação e na aplicação desses direitos.

A Jurisdição Constitucional nasceu a partir do *judicial review* do direito norte-americano e ganhou forte impulso na Europa após a 2ª Guerra Mundial, especialmente na Áustria e na Alemanha. A rigor, o art. III, da Constituição dos Estados Unidos, que trata da competência da Suprema Corte, não prevê expressamente o controle de constitucionalidade, mas, o art. VI, seção 2, §§ 2 e 3, deixa claro a supremacia da Constituição norte-americana:

> ARTIGO III.
> SEÇÃO 1 - Poder Judiciário
> O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. [...]
> SEÇÃO 2 - A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Eqüidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; [...]
> ... Omissis ...
> ARTIGO. VI
> ... Omissis ...
> Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.
> Os Senadores e Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição. Nenhum requisito religioso poderá ser erigido como condição para a nomeação para cargo público; [...][1]

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em fevereiro de 1803, ao apreciar o caso de *Marbury* vs. *Madison* concluiu que:

> [...] A Constituição é tanto, uma lei fundamental superior, imutável por meios comuns [...]. ... Omissis ... Certamente todos aqueles que têm enquadrado

[1] Tradução livre: *ARTICLE III. SECTION 1 - JUDICIAL POWERS The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. […] SECTION 2 - TRIAL BY JURY, ORIGINAL JURISDICTION, JURY TRIALS The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; […] … omissis … ARTICLE. VI … omissis … This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. […] The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; […]*

> Constituições escritas contemplá-los como formando a lei fundamental e suprema da nação, e, conseqüentemente, a teoria de cada tal governo deve ser que um ato do Legislativo repugnante à Constituição é nula. Esta teoria é essencialmente ligada a uma Constituição escrita, e por conseguinte, deve ser considerado pelo Tribunal de Justiça como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.[2]

Na Europa, também houve a formação da ideia de superioridade normativa da Constituição e, com isso, a "criação de técnicas jurídicas para garantir a aplicação desse princípio" (STRECK, 2002, p. 284), por meio de um controle de constitucionalidade. Esse mecanismo de controle de constitucionalidade ganha força no decorrer do século XX, de tal modo que "a justiça constitucional será de fundamental importância para a consolidação do modelo de Direito do Estado Democrático de Direito" (STRECK, 2002, p. 284).

A Jurisdição Constitucional é particularmente exercida através da interpretação da Constituição feita pelos Tribunais. Juan Maria Ubillos (UBILLOS, 1997, pp. 256-257) pondera que "a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas está estritamente relacionada com o modo de entender a Constituição normativa e a ordem constitucional.*"*[3].

Para Luís Roberto Barroso, foi na década de 1980, que chegou ao Brasil o debate sobre a força normativa da Constituição, anteriormente vista como repertório de promessas vagas e sem aplicação direta e imediata. A nova dogmática constitucional, contudo, passou a reconhecer a força normativa das disposições constitucionais e o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições: "As normas constitucionais são dotadas de imperatividade [...] e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado" (BARROSO, 2007).

Konrad Hesse afirma que "a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma" (HESSE, 1991, p. 22).

---

[2] Tradução livre: *ordinary means […]…. omissis … Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void.*
This theory is essentially attached to a written Constitution, and is consequently to be considered by this Court as one of the fundamental principles of our society. […].[…] The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by society.

[3] Tradução livre: *la discusión acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas está estrechamente relacionada con el modo de entender la Constitución normativa y el orden constitucional*

3. BREVE RELATO SOBRE A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Concepções aparentemente excludentes que, no entanto, acabaram por dar origem ao surgimento dos modelos mistos, que unem os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado.

Foi pela atuação da Suprema Corte norte-americana e, sobretudo, do juiz John Marshall que se instaurou um sistema de controle da constitucionalidade, que se converteu em modelo, ultrapassando os limites dos Estados Unidos para outros estados das Américas e passando a ser conhecido como modelo ou sistema americano, dito também sistema ou modelo difuso. Tendo em vista que a mais marcante de suas características é: a difusão da competência de ser o sistema controlado por todos os juízes, indistinta e democraticamente.

O outro modelo ou sistema é chamado europeu, ou austríaco**,** ou kelseniano, porque pioneiramente apareceu na Europa, na Constituição da Áustria (1920/1929), por inspiração de Hans Kelsen.

Enquanto no modelo norte-americano as partes prejudicadas com a lei inconstitucional estão de frente com o juiz na solução da questão constitucional, no modelo austríaco, o magistrado é proibido de se pronunciar no que tange à constitucionalidade da lei, cabendo esta função tão-somente à Corte Constitucional. O modelo austríaco finca-se, pois, na necessidade de centralização do poder de decidir acerca da constitucionalidade de uma lei, tendo em vista que o sistema difuso acarreta a co-existência de soluções destoantes para uma mesma questão constitucional, ou seja, fragiliza a Constituição e torna inseguro o direito. Kelsen, ao se referir ao sistema norte-americano, em que qualquer juiz está apto a decidir se uma lei é contrária à Constituição, observa que a desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à própria Constituição (KELSEN, 2003).

A Constituição Austríaca de 1920 estabeleceu a centralização idealizada por Kelsen, prevendo que a revisão judicial da legislação caberia a uma corte especial, chamada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). A esta foi conferido, ainda, o poder de anular a lei que julgasse inconstitucional. Assim, a lei deixava de existir tão logo entrasse em vigor a decisão anulatória, a qual possuía efeitos apenas *ex nunc*, porquanto deveria ser respeitada a opinião do legislador, que também exercia o papel de intérprete da Constituição.

Paralelamente, desenvolveu-se, em alguns Estados, como o Brasil, um terceiro sistema ou modelo misto, em que os dois modelos – o difuso (de origem marshalliana) e o concentrado (de origem kelseniana) – convivem. Tribunais constitucionais, modelo europeu, de uma maneira geral, ocupam-se com questões unicamente de controle de constitucionalidade de modo abstrato ou defesa e interpretação do texto constitucional. No caso brasileiro, o STF tem muitas outras funções, dentre elas a de órgão recursal de última instância. Os casos que iniciam nas diversas comarcas brasileiras no juízo primário podem chegar ao STF em recurso extraordinário.

Dentro da dimensão do controle concentrado, a atuação do STF tem grande valor no ordenamento jurídico impedindo que normas que agridam a Constituição mantenham-se nele. No entanto, Bonavides (2007, p. 301) alerta que este tipo de controle produz um grave problema teórico que é a possibilidade de "o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminencialmente política".

O papel político ou função política exercida pelo STF no exercício do controle em abstrato é reconhecido pelo próprio tribunal quando diz que no desempenho desta função:

> instauram-se relações processuais objetivas, que visam à tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações de caráter individual, sendo a Corte investida, numa competência de exclusão, consistente na remoção da manifestação estatal inválida do ordenamento jurídico, desempenhando, pois o papel de legislador negativo (RTJ nº 131, p.1001).

De fato, a própria escolha do tribunal que será investido e dos legitimados a ingressar com as ações de controle abstrato já demonstram escolhas políticas. Antes da Constituição Brasileira de 1988, apenas o Procurador Geral da República poderia ingressar com ADIs. Hoje o art. 103 da Constituição dá conta de nove legitimados, alguns com limitação de pertinência temática, ou seja, exigência de relação entre a norma impugnada e sua atividade institucional.

Vê-se que são diversos os elementos que influenciam na atividade da jurisdição constitucional. Ainda, é possível falar de uma das consequências do poder de controlar a constitucionalidade das normas, qual seja, a judicialização da política.

3.1 A Judicialização da política: conceito e a realidade no Brasil

A judicialização da política foi definida, através de uma abordagem empírica, por Tate e Vallinder no livro The Global Expansion of Judicial Power (CARVALHO, 2004, p.116). Desde então, diversos autores tanto da Ciência Política quando do Direito vêm debatendo sobre o assunto. Para Tate e Vallinder (apud CARVALHO, 2004, p.117-119.), há algumas condições políticas que colaboram com o fenômeno da judicialização, são elas: democracia; separação de poderes; direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesses; o uso dos tribunais pela oposição e inefetividade das instituições majoritárias.

Como é possível observar pelas condições listadas, no Brasil, só encontramos um cenário correspondente após a Constituição de 1988, com a redemocratização e a garantia constitucional da separação de poderes e dos direitos políticos. A última condição para a judicialização é importante de ser destacar neste trabalho, pois, relaciona-se com a possibilidade do Poder Judiciário de substituir os demais poderes em decisões importantes. Segundo Carvalho (2004, p. 119):

> A inefetividade das instituições majoritárias refere-se à incapacidade dessas instituições em dar provimento às demandas sociais. Toda demanda social que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada. Alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político.

No entanto, os autores que primeiro estudaram a judicialização da política também se questionam sobre o porquê ou a razão deste fenômeno de busca da efetivação dos direitos. Sorj (2001) fala que é possível compreender este cenário entendendo a evolução dos direitos humanos e a afirmação destes nas Cartas de Direitos de cada país.

No novo século, o desafio enfrentado pelo Brasil tem sido a falta de confiança do povo nas instituições garantidoras de direito tendo como uma de suas consequências, a judicialização da política. A judicialização acontece, principalemente, quando não se obtém as políticas públicas através das instituições capazes de implementá-las. A busca pelo judiciário é a solução, então.

Reconhecer a legitimidade da Suprema Corte brasileira em dar as respostas esperadas, então, é tarefa importante, uma vez que ela tem sido protagonista em momentos importantes para o ordenamento jurídico brasileiro.

4. A COMPREENSÃO DO PAPEL DOS ÓRGÃOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DE INDICADORES ALÉM DO MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A reflexão sobre este tema na Itália tem apenas 20 anos, em decorrência de se ter perdido muito tempo ou se perder até hoje estudando a justiça constitucional apenas sob o enfoque do controle de constitucionalidade, deixando de lado o estudo da composição, organização e funcionamento das cortes constitucionais, os quais podem ser úteis para ajudar a entender a questão da legitimidade da jurisdição constitucional.

Panizza (2014, p. 66-67) afirma que:

> A atenção aos modelos (em particular através de algumas contraposições: difuso-concentrado, incidental-principal, declaratório-constitutivo, etc.) e à inspiração dos sistemas de justiça constitucional como um todo (prevalentemente concretos ou abstratos) levou, em geral, ao negligenciamento, por longo tempo, da questão do papel dos órgãos de justiça constitucional e da possibilidade de verificar uma correspondência (e segundo quais diretrizes) entre o papel do juiz constitucional e sua estrutura, em termos de composição, organização e funcionamento.

Assim, na Itália, no ano de 1995, através das atividades do "Grupo de Pisa", houve uma alteração da perspectiva nos estudos sobre justiça constitucional, com destaque para as observações emanadas de Balduzzi e de Carrozza.

De acordo com Balduzzi:

> (...) após haver entendido o papel das Cortes como entes abstratos a exercitar as diferentes funções que os ordenamentos atribuem aos órgãos de justiça constitucional de maneira eficaz e eficiente, acredita que se pode graduá-los em um papel "fraco", "médio" ou "forte", em virtude de uma série de fatores, entre os quais o procedimento de constitucionalidade (2), as normas parâmetros (3), os efeitos e a tipologia das decisões (4), a frequência estatística das decisões (5), a existência de atribuições adicionais para além do controle de constitucionalidade (6). Com particular enfoque sobre os perfis organizacionais e de funcionamento, o critério sintético utilizado é o da independência do órgão. Nesse caso, os indicadores a esse respeito obedecem ao perfil externo e interno da independência, relacionando-se ao mandato dos juízes, aos requisitos de qualificação, ao regime de compatibilidade, etc (apud PANIZZA, 2014, p.67).

Já Carrozza complementa esta ideia dizendo que:

> (...) não deixa de individualizar, em virtude da análise comparada, alguns elementos unificadores no estudo da justiça constitucional. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de um instituto substancialmente unitário e homogêneo, cuja principal função é oferecer um instrumento de proteção dos direitos e da liberdade constitucionalmente garantidos, mais eficaz do que aqueles tradicionais; em segundo lugar, o juiz constitucional pertence, nos diversos sistemas, aos órgãos de garantia e controle (em contraposição àqueles de caráter político); em terceiro lugar, a sua atividade se manifesta principalmente em decisões do tipo jurisdicional. A possibilidade de identificar modelos fortes ou fracos passa, então, também, por alguns critérios, tais como a nomeação de juízes (forte, como resultado de discussão pública), o papel do Presidente do órgão (forte, se politizado), a transparência (forte, onde é previsto o *dissent* e é valorizada a capacidade de externalização), o acesso (forte se houver *case selection*), a *policy* da Corte, a duração (forte em caso de nomeação vitalícia), etc. (apud PANIZZA, 2014, p.67)

Pode-se afirmar, assim que a partir daí foi conferida maior importância para os aspectos relacionados à estrutura e ao modo de funcionamento dos órgãos de justiça constitucional.

Ainda segundo Panizza, no tocante à composição dos órgãos de justiça constitucional esta varia de acordo com os inúmeros sistemas. A primeira consideração que deve ser feita é se a Corte Constitucional também exerce a função jurisdicional ordinária, a segunda consideração seria quais os requisitos que se exige para fazer parte dos órgãos de justiça constitucional, os quais basicamente são: notório saber jurídico, idade e critério de representação e, por fim, a terceira e última consideração seria quem elege ou nomeia os seus membros, sem esquecer de qual seria a modalidade de escolha dos juízes constitucionais.

No aspecto da organização das cortes constitucionais, deve-se levar em consideração a autonomia do órgão (poder de auto-regulamentação, autonomia administrativa e financeira) e de seus "membros individualmente considerados" (PANIZZA, 2014 p. 70).

Por fim, no tocante ao funcionamento do órgão constitucional deve-se analisar a colegialidade, a existência de um *quórum* de funcionamento diferenciado e a possibilidade de se conhecer a opinião dissidente.

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): composição, investidura e competências

5.1. A composição do STF

O STF é órgão mais antigo do Poder Judiciário brasileiro, criado em 1828. Tem, hoje, sede na capital da República, Brasília, e jurisdição em todo o território nacional. Não é Corte Constitucional, atua como tribunal que exerce também a função jurisdicional ordinária. A composição e a forma de ingresso à Corte estão definidas no art. 101 da Carta Constitucional que vai dizer que ela é composta por onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Depois de escolhido pelo Presidente da República, o futuro ministro deverá ser sabatinado pelo Senado Federal e sua escolha deverá ser aprovada pela maioria absoluta dos senadores.

Então, vê-se que a Suprema Corte brasileira não foge à regra da existência do notório saber jurídico que aparece "em quase todos os lugares", como afirmou Panizza (2014, p. 68). A Constituição brasileira também traçou a idade (mínima e máxima), mas não indica critérios de representação sob pluralidade de acordo com a diversidade da sociedade.

Quanto ao requisito de escolha dos ministros, tem-se dois órgãos envolvidos: o Presidente da República e o Senado Federal. O presidente deve indicar um nome que será sabatinado e votado pela maioria absoluta dos senadores. Quanto à escolha do candidato a ministro feita pelo Presidente, tem-se uma opção política baseada na discricionariedade do representante do poder executivo de escolher o nome para ocupar a vaga. Não há um processo de eleição aberto ou candidaturas lançadas. Quando surge uma lista de prováveis nomes, o embate passa para os bastidores políticos até que o nome seja de fato divulgado.

Atualmente, o órgão possui apenas dez ministros (até o presente momento – março de 2015 - não houve indicação de um substituto para o ex-ministro Joaquim Barbosa), quais sejam: Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

O mais antigo Ministro da casa é o Celso de Mello, indicado em 1989 pelo então presidente José Sarney. Seguido pelo Marco Aurélio de Mello, o qual ingressou na Corte em 1990, indicado por seu primo Collor de Mello. O Ministro Gilmar Mendes ingressou em 2002, nomeado pelo Fernando Henrique Cardoso. No governo Lula, foram nomeados os ministros Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Já os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso foram nomeados no primeiro mandato da atual presidenta Dilma.

A regra constitucional vigente não exige que o ministro nomeado seja magistrado de carreira. Assim, pode-se perceber que a Constituição de 1988 optou por uma forma de composição da Corte Suprema mais política, ou seja, a indicação do pretenso ministro do STF

por parte da Presidência da República pressupõe apenas que seja de alguém, dentre os cidadãos brasileiros, que deve apenas demonstrar notável saber jurídico e ter entre trinta e cindo e sessenta e cinco anos. Este saber é provado na sabatina no Senado Federal.

Oportuno mencionar, que não há previsão para que um ministro do STF seja substituído por um membro de outro tribunal do Poder Judiciário.

5.2. Organização do STF: independência do órgão e de seus membros

Panizza (2014) fala que a independência do órgão está relacionada com as formas de autonomia e as suas garantias. Ainda, um fator de "absoluto discrímen" é a presença de um poder autorregulamentar exercido pela cúpula do órgão. No caso brasileiro, a Constituição garante a todo o Poder Judiciário autonomia e garantias frente aos demais poderes. Quanto à Suprema Corte, a Carta dotou-a de autogoverno "consistente na eleição de seus órgãos diretivos, elaboração de seus regimentos internos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, no provimento dos cargos necessários à administração da justiça (MENDES, 2013, P. 937)".

A independência de autogoverno do STF é tamanha que a iniciativa para criação de lei complementar que trate do estatuto dos magistrados é deste próprio órgão. Além de terem decidido utilizar a LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN) até que nova lei complementar seja editada, também controlam a constitucionalidade das normas constantes dos Regimentos Internos dos demais tribunais, sempre que estas, segundo o entendimento do próprio STF, ultrapassem os limites da LOMAN.

As garantias conferidas aos magistrados e, consequentemente, aos ministros do STF também estão previstas na Constituição brasileira. Elas são três: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. As garantias são dirigidas não apenas aos ministros do STF, mas também, a todos os membros da magistratura nacional. A garantia da vitaliciedade garante ao magistrado a permanência na ativa até os 70 (setenta) anos, quando a Constituição exige a aposentadoria compulsória. Diferentemente de outras Cortes, como a americana, em que o *justice* tem o direito de permanecer na Corte até sua morte ou afastamento por doença e a italiana onde os ministros constitucionais passam apenas nove anos na corte.

Uma vez aposentado, o ministro deixará seu lugar vago para que o Presidente da República escolha um novo ministro e iniciará para aquele magistrado um período de

“quarentena”. Período em que ele não poderá exercer a advocacia por 3 (três) anos perante o tribunal do qual ele se afastou.

Outro aspecto referente ao status dos membros componentes do órgão de justiça constitucional brasileiro, segundo Panizza (2014) é o salário. No Poder Judiciário, a remuneração do ministro do STF é o teto, o limite máximo das remunerações no país. Por outro lado, não podem assumir nenhum outro cargo público a não ser um de magistério, nem pode perceber a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo, bem como receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas.

Panizza chama a atenção para a importância da figura do presidente do órgão colegiado. A articulação interna para a escolha do presidente e sua atuação têm extraordinário relevo em sua dinâmica. No Brasil, a escolha o presidente da corte se dá por eleição direta por seus pares para um mandato de dois anos, no entanto, interessa notar que tradicionalmente são eleitos para presidente e vice aqueles dois ministros mais antigos que ainda não exerceram os cargos (MENDES, 2013). A reeleição é expressamente vedada.

5.3. Funcionamento do órgão

Como já citado, o STF possui onze ministros. Estes são divididos, cada um, em uma das duas turmas existentes – exceto o Presidente. “As turmas têm competências idênticas e os processos não são distribuídos, originariamente, a uma ou outra turma, mas a determinado Ministro-relator, que, por sua vez, pertence à Primeira ou à Segunda turma” (MENDES, 2013, p. 954). Cada turma tem seu presidente, que é o ministro mais antigo.

A pessoalidade da distribuição dos processos a um determinado ministro-relator e o fato de que, na hora da sessão, cada ministro possa fazer toda uma nova fundamentação para acompanhar o voto do relator ou divergir dele, denotam o caráter de pessoalidade nos votos que formam a decisão colegiada. O perfil de cada ministro importa sobremaneira nas decisões.

A carreira anterior dos ministros é o ponto de partida da pesquisa de Oliveira (2011) que levantou uma amostra de 300 (trezentas) ações que envolveram a participação de 18 (dezoito) ministros que fizeram parte do STF entre outubro de 1988 e março de 2003. Dos 18 ministros da pesquisa, oito deles tiveram carreira na magistratura.

Esse dado é relevante, pois mostra que não necessariamente os ministros devem ter uma carreira anterior como juiz, aliás, segundo Oliveira (2011), até 1978 o mais comum era ter a maioria de juízes de carreira e, depois, isso mudou.

A amostra da autora informou que daqueles dez: dois procederam do "Ministério Público, na posição de procurador-geral da República, três ministros da Justiça, um advogado-geral da União, um ministro do Tribunal de Contas da União, um ministro das Relações Exteriores, um chefe do Gabinete Civil da Presidência da República e um secretário-geral da Consultoria-Geral da Presidência da República (OLIVEIRA, 2011, p. 82)".

Mesmo aqueles com carreira política anterior, antes de ingressar nos cargos políticos, eles tiveram carreiras jurídicas como advogados ou membros do Ministério Público. Dado interessante é que metade da amostra, em algum momento da carreira, teve experiência na política (OLIVEIRA, 2011, p. 83). A autora também fez um recorte de acordo com o currículo, percebendo que a maior parte dos ministros se formaram em instituições no Rio de Janeiro e apenas cinco deles estudaram um período no exterior.

O traço ideológico dos ministros é algo difícil de traçar no Brasil. Os partidos políticos não são tão idealistas a ponto de ser possível definir uma tendência ideológico a partir do partido do presidente que fez a indicação. Classificar como liberal ou conservador também é difícil. Assim, Oliveira (2011, p. 85) optou por utilizar uma classificação da atuação dos ministros que "levasse em conta as especificidades do caso brasileiro". Ela chamou de perfil restritivo, ativista ou moderado.

O perfil restritivo é aquele que demonstra uma maior obediência à literalidade da Constituição e limita a atuação do Supremo nas questões políticas. Os ativistas são os que "não se predem tanto à letra da Constituição, podendo 'reformá-la', segundo suas próprias convicções e valores" (p. 85) e têm uma visão mais ampla da atuação política do STF. Por fim, o perfil moderado está, dentro da pesquisa quantitativa, em um número mediano de decisões com ambos os caráteres.

O resultado da pesquisa mostra que, na amostra de 18 ministros, 11 (onze) se mostraram técnicos ou restritivos, quatro ativistas e três moderados. No entanto, há duas exceções a essa classificação: os ministros Nelson Jobim e Celso de Mello foram considerados ativistas, por conta da visão que a mídia tem da atuação desses ministros. A autora afirma em nota de rodapé que o levantamento das notícias publicadas sobre o STF foi feito nos jornais Folha de S.Paulo e O Estado de S. Paulo, entre os anos de 1979 e 1999, e que essas notícias utilizam a terminologia "conservador × liberal" — o que pode, de acordo com ela, sem grandes dificuldades, ser interpretado como "restritivo × ativista" (OLIVEIRA, 2011, p. 86).

Retornando à teoria de Panizza (2014), a legitimidade do órgão no sistema é dada pela combinação desses diferentes fatores. Por fim, o autor afirma que, no que diz respeito aos

órgãos de justiça constitucional, as regras que os regulam normalmente preveem um poder de autorregulação que é capaz de incidir de maneira significativa sobre a organização e funcionamento, cabendo, assim, ao tribunal modular, internamente a configuração de alguns fatores, com inevitáveis repercussões sobre o completo papel do juiz constitucional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conexão entre a composição, organização e o funcionamento dos órgãos de justiça constitucional é que permite uma análise de sua legitimação. Cada poder do Estado, assim como, mais genericamente, cada órgão ou aparato que exercita uma parte do poder público no qual se traduza a soberania do Ente, deve ser para tanto legitimado. Tudo repousa, em última análise, no quadro das previsões constitucionais e na forma de governo (entendida em sentido lato) que são delineadas.

Desta forma, Panizza elenca cinco tópicos que nos ajuda a compreender o que autoriza os juízes constitucionais a decidir sobre matérias tão relevantes. O primeiro deles é a norma ou as normas de estatura constitucional que preveem a existência do órgão e que a ele atribuem o desempenho de determinadas funções; depois, as normas que disciplinam a composição do órgão; em terceiro, as normas que disciplinam a organização do órgão; já o quarto tópico é composto das normas que disciplinam o funcionamento do órgão e, intimamente conexo, os procedimentos, as práticas e os modos adotados no desempenho das funções; e, por fim, as decisões, genericamente entendidas, nas quais se traduz o momento conclusivo dos procedimentos e que assinalam o cumprimento das funções.

Colocando de uma outra forma, pode-se dizer que uma vez determinado qual o órgão e quais as suas funções (1); quais serão os critérios para a escolha dos seus membros (2); quais as normas que disciplinam a sua organização (3); as que disciplinam o seu funcionamento (4); garantindo-se a produção do seu fim que é a decisão da corte.

Aplicando-se a teoria, os 11 (onze) ministros do Supremo Tribunal Federal têm legitimidade para julgar assuntos tão importantes porque a Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 92, que ele constitui um dos órgãos do Poder Judiciário. Enquanto que no art. 101, trata da sua composição, no artigo 102, da sua competência e no art. 103 – A, traz a previsão da edição das súmulas vinculantes.

Por fim, cumpre ressaltar que a legitimação das cortes constitucionais será medida através da combinação destes 05 (cinco) elementos e não sobre o argumento de eventual

legitimação democrática. A escolha dos ministros é dada pelo Presidente da República com a chancela do Senado Federal. Passando pelo determinado constitucionalmente, a formação do Tribunal Supremo, sua composição e organização será legítima para dar a interpretação ao texto constitucional e realizar o controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de O. **Jurisdição constitucional da liberdade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In: Rere: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. Salvador, nº 9, março-maio/2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, Lisboa, n. 191, abr. 2009 . Disponível em <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 26 jul. 2014.

ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte.** Marbury vs. Madison. U. S. (1 Cranch), v. 5, p. 177, 1803, Disponível em <http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>. Acesso em 5 dez. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In: KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 8. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZETTI, Luca. **Composizione e legitimazione degli organi di giustizia costituzionale**. Specchia, Marina Calamo. **Le Corti Costituzionali**. 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política:** o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil — Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

PANIZZA, Saulle. A legitimação das Cortes: entre modelos de justiça constitucional e critérios de composição, organização e funcionamento. ROMBOLI, Roberto; LABANCA, Marcelo. **Justiça Constitucional e Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.**

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.