



A ISENÇÃO POLÍTICA NAS DECISÕES JURISDICIONAIS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS REFLEXOS PROCEDIMENTAIS E PROCESSUAIS

POLITICAL EXEMPTION IN JUDICIAL DECISIONS IN PLACE OF CONCENTRATE CONSTITUTIONALITY CONTROL AND ITS PROCEDURAL AND PROCEDURE CONSEQUENCES

¹Lúcia Dídida Lima Soares

RESUMO

A jurisdição constitucional, como expressão que é da jurisdição estatal geral, pauta-se pelos mesmos princípios desta, conquanto em grau aprofundado. Assim, em termos de controle de constitucionalidade, a imparcialidade e neutralidade do julgador transmutam-se em isenção política, como medida assecuratória da legitimidade e da justiça do poder fiscalizatório constitucional. No entanto, alguns aspectos podem representar possíveis pontos de vulnerabilização de tal princípio, mormente aqueles relacionados com o procedimento decisório. O objetivo do presente trabalho é delimitar quais as consequências de tais questões na reafirmação do princípio da isenção política no exercício da jurisdição constitucional concentrada.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade concentrado, Isenção política, Aspectos procedimentais e processuais

ABSTRACT

The constitutional jurisdiction, as that expression of the general state jurisdiction, is guided by the same principles of this, although in-depth level. Thus, in terms of constitutional control, impartiality and neutrality of the judge transmuted into political independence, as measure to ensure legitimacy and justice of constitutional fiscalization power. However, some aspects may represent possible points of increasing vulnerability of this principle, especially those related to the decision-making procedure. The objective of this study is to define what are the consequences of such matters in the reaffirmation of the principle of political impartiality in the exercise of concentrated constitutional jurisdiction.

Keywords: Control of concentrated constitutionality, Political exemption, Procedural and procedural aspects

¹ Mestranda em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA, Amazonas (Brasil). Professora da Universidade do Estado do Amazonas - UEA, Amazonas (Brasil). E-mail: luciadidia@gmail.com



1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como parcela específica de um sistema jurisdicional amplo no espectro do Estado democrático de direitos, a jurisdição constitucional concentrada – mais especificamente aquela exercida pelos membros de uma Corte Constitucional responsável por avaliar sob o prisma da constitucionalidade atos normativos proferidos e ratificados por outros Poderes – manifesta alguns dos elementos constitutivos e característicos do poder jurisdicional como um todo. Dentre estes, a independência e a imparcialidade apresentam destaque, mormente quando fundidos em um princípio específico: o da isenção política. Se ao magistrado comum é essencial que se coloque em uma posição afastada das controvérsias ou tendências políticas do Estado, sopesando as situações jurídicas apenas sob o prisma da legalidade ou da juridicidade, é certo que a questão assume proporções muito maiores quando o magistrado em questão é responsável pelo controle de constitucionalidade em caráter concentrado (situando-se assim no epicentro ou no entrecruzamento de diversas demandas políticas, jurídicas e sociais). Uma Corte Constitucional à qual se atribui a prerrogativa de sustar ou referendar a eficácia de um ato normativo certamente o faz justamente por atribuição da própria Constituição – e, de consequência, sob o crivo da legitimação popular, na medida em que todo o poder emana do povo, e a Constituição é a mais pura manifestação deste poder popular -, de modo que a função jurisdicional constitucional concentrada é a materialização da defesa da Constituição por ela mesma. Neste sentido, Canotilho (2011, p. 890) fala do controle constitucional como forma de expressão da supremacia normativa da carta política:

Por sua vez a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjunção destas duas dimensões – suprallegalidade material e suprallegalidade formal da constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção destes actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras e princípios constitucionais.



Uma constituição que não prevesse instituições aptas a concretizar a possibilidade de anulação dos atos normativos criados contrariamente a si não seria tecnicamente obrigatória, de modo que, ao caráter fiscalizatório de uma corte constitucional, então, corresponde automaticamente a primazia normativa da constituição. Como consequência, a jurisdição constitucional é a forma mais eficiente de reafirmar a supremacia da constituição em face do sistema político-jurídico – em uma manifestação potestativa de nível semelhante àquela expressa no art. 60, § 4o, da Constituição de 1988. A existência de um núcleo essencial inalterável em uma Constituição aponta justamente para a imperiosidade de suas determinações como pressuposto da ordem social e democrática, e para a sustentação de toda a sociedade.

A Carta Política de 1988 manifesta em termos jurídicos essa mesma teoria. Não é à toa que, ao introduzir o Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário, atribuiu-lhe, “precipualemente, a guarda da Constituição”. É justamente por isso que se confere tamanha importância a uma dada Corte no interior do Estado democrático contemporâneo: assegurar a perenidade de uma Constituição em face de atos normativos que lhe possam vulnerabilizar é, acima de tudo, amparar a perenidade do próprio Estado e das instituições políticas frente ao transcurso das diversas aglutinações político-representativas que os sucessivos governos encampam. Deste modo, ainda que os representantes políticos possam tencionar encaminhar o Estado para tal ou qual direção ideológico-política, a estrutura constitucional já prevê uma limitação para que se evite o desvirtuamento das funções governamentais precípuas – e, neste espeque, uma Corte Constitucional assume um caráter fundamental, posto que é ela quem proferirá a última palavra em termos de validade ou invalidade de uma norma editada pelos competentes representantes políticos. Neste sentido, traz-se novamente a lição de Canotilho (2011, p. 664):

Seria, porém, menos correcto, localizar o problema da “reserva do juiz” e da “reserva de tribunais” no campo fechado do direito constitucional judiciário. [...] Este problema traz também à colação princípios estruturantes de toda ordem constitucional, como é o caso do princípio do Estado de Direito e o princípio da separação de poderes.

Assim, em uma manifestação do princípio dos “freios e contrapesos” idealizado por Montesquieu, e manifesto já no art. 2o da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional

visa a impedir mostras de poder autoritárias ou antidemocráticas através da análise da validade das normas (estas, tidas como instrumentos de governabilidade). É evidente que no exercício de tal função, e principalmente no âmbito de uma atuação em sede de controle concentrado, a Corte Constitucional se vê inserida em uma série de tensões políticas e jurídicas, trazidas de várias forças políticas relevantes.

Em primeiro lugar, a pressão política é aplicada pelos outros órgãos governamentais, os quais editaram a norma questionada em sede do controle concentrado. Os poderes do Estado, que certamente vislumbraram razões políticas e sociais que legitimariam ou, ao menos, justificariam a edição da norma em questão, acabam por exercer influência considerável sobre o julgamento da corte constitucional.

Mais do que uma questão fática ou relativa à prática política, a problemática pode ser relacionada à própria relação entre os três poderes no seio de uma sociedade constitucional democrática, e, no caso brasileiro, possui raízes em outras instituições trazidas pela própria Constituição – como, por exemplo, o próprio processo de composição da corte constitucional, expresso mediante a indicação e ratificação conjuntas do Executivo e do Legislativo.

Afora questões relacionadas com a prática de relações político-administrativas dos indivíduos componentes dos órgãos governamentais, e mesmo levando o problema da isenção política das decisões para o plano institucional, é inegável que a pressão política exercida pelas estruturas de poder ou pelos outros poderes do Estado é um fator do qual o julgador deve isolar-se para manter a neutralidade e a isenção, principalmente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

A um segundo momento, boa parte das tensões políticas depositadas na corte constitucional refere-se às demandas de setores específicos da sociedade, que se veem afetados pelo escopo de atuação da norma questionada, e que por isso esperam exercer novamente a representatividade política, eventualmente sonegada na promulgação da mesma norma. Assim, a invalidação de um ato normativo em sede de controle concentrado poderia representar a reafirmação do exercício da soberania popular mesma, o que justifica a atuação significativa de alguns grupos ou organizações advindas da sociedade.

O mesmo fenômeno encontra-se na base de institutos procedimentais do controle de constitucionalidade, como a figura do *amicus curiae* e a crescente tendência, por parte do Supremo Tribunal Federal, de realização de audiências públicas quando a matéria *sub judice*



possui um grau considerável de relevância social. Neste ponto a jurisdição constitucional assume um caráter fortemente democrático, o que acaba por ressaltar a pressão sobre ela exercida. Além do entrecruzamento de poderes estatais, então, a jurisdição constitucional concentrada põe-se (ou é posta, mais apropriadamente) como destinatária de numerosas demandas sociais – e assume a tarefa de decifrá-las, sistematizá-las e ponderá-las (idealmente) de maneira neutra ao longo do processo decisório.

Ademais, uma jurisdição constitucional deve por definição ter influência da própria constituição. Neste momento, a carta constitucional deixa de ser estática, deixa de ser fundamento inerte de uma estrutura estatal e social já consolidada, mas se manifesta fundamentalmente como a carta jurídica da dinâmica da sociedade, como a transposição normativa de um espírito social que demanda interpretação e concretização efetiva a cada conflito, seja normativo ou fático. Se há pressões políticas e sociais, há também pressões advindas do próprio texto constitucional, que demanda interpretação coerente e ponderada, sempre com o objetivo de melhor preservar sua integridade acompanhando os processos de dinâmica social.

É evidente que, pela própria natureza da função, o órgão judicante deve ter por maior prisma o próprio texto constitucional, para que sirva de principal referência na decisão. Neste sentido, Bonavides (2004) destaca aquilo que considera-se o parâmetro de atuação de uma corte constitucional, mormente em sede de controle concentrado; a premissa de que terá por base apenas e tão-somente o texto constitucional (considerando-se, evidentemente, o que se lhe está implícito):

Com efeito, ao levarem a cabo o controle concentrado de fiscalização constitucional, os juízes constitucionais em sua função judicante podem, com a autoridade de última instância que lhes é atribuída de declarar o direito, resvalar no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior. (BONAVIDES,2004)

Tal questão parece óbvia, mas sua concretização é extremamente difícil, posto que a interpretação do texto constitucional é tarefa das mais complexas, tanto do ponto de vista hermenêutico quanto do técnico – tanto que é fundamentalmente a perspectiva constitucional

que suscita a maior parte dos problemas relacionados com os aspectos procedimentais da decisão no controle concentrado (cf. infra).

De outro lado, presume-se que o magistrado ao qual se confere a prerrogativa de avaliar a constitucionalidade de um ato normativo seja capaz de exercer sua função de modo independente de todas as pressões às quais está submetido – ou de, pelo menos, ser capaz de dar maior importância à voz da Constituição mesma, extraíndo seu significado fundamental mesmo em meio ao coro dissonante das simultâneas vozes sociais e políticas que se manifestam em uma lide tão complexa e significativa quanto a decisão sobre a constitucionalidade de uma norma.

A decisão proferida em tal âmbito terá consequências amplas e imediatas, e não somente nos campos político e econômico, mas também e principalmente na estrutura do Estado e das relações sociais. Se uma Constituição não é uma carta estática, mas uma dinâmica normativa que dá sustentação a todo um ordenamento jurídico, assegurando a coexistência jurídica com base nos direitos fundamentais e na limitação da interferência do Estado na vida dos cidadãos, é certo que qualquer decisão jurisdicional que adentre em tal âmbito estará alterando esta realidade constitucional, interferindo na rede estrutural das relações entre indivíduo e Estado, e ingressando nos fundamentos da sociedade política.

E, dado o entrecruzamento de interesses políticos ou de demandas ideológicas em jogo – das quais algumas acabam invariavelmente adquirindo maior proeminência do que outras, por fatores diversos -, a carga que se deposita no julgador é multiplicada. Por esta razão, um dos fundamentos da jurisdição constitucional é o princípio da isenção política – segundo o qual o magistrado responsável pela análise concentrada da constitucionalidade de um ato normativo deve fazer sua ponderação jurídica ao largo das tensões políticas que sobre ele eventualmente se exerçam, no intuito de dar maior proeminência justamente ao texto da Constituição e dos sentidos e caracteres que a letra constitucional eventualmente traga em seus interstícios e que precisam ser extraídos em um processo de profunda interpretação. Tal princípio significa mais do que mera imparcialidade, posto que a jurisdição constitucional concentrada está submetida a pressões políticas muito maiores do que a jurisdição ordinária. Significa mais, também, do que a mera independência decisória, porquanto as consequências da decisão serão amplas e profundas, inclusive no nível estrutural.



A isenção política é a garantia de que apenas e tão somente o sentido constitucional será o que determinará a validade de uma norma promulgada por poderes políticos outros, e que o processo interpretativo-decisório envolvido na validação ou invalidação da mesma norma ocorrerá à parte das controvérsias políticas relacionadas à criação e legitimidade da mesma norma. Mesmo à primeira vista tem-se evidente que as tensões políticas que orbitam a norma questionada são de caráter não-técnico – e, portanto, opostos à atividade jurisdicional, que é fundamentalmente técnica do ponto de vista jurídico. Deste modo, a isenção política é o que guia o exercício mesmo da jurisdição constitucional, na medida em que é o que põe a Constituição em evidência em detrimento de qualquer outro referencial que pudesse ser tomado pelo julgador como indivíduo. Mesmo autores mais liberais no que tange à orientação da isenção política do controle de constitucionalidade assumem que o limite da jurisdição é dado pela própria Constituição:

Toda a legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica. No entanto – até parece um paradoxo – justamente por assentar sobre bases políticas faz ela a estabilidade do poder e, por conseqüência, sua solidez, seu reconhecimento social. O controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar; em se tratando porém de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável. (BONAVIDES, 2004)

Não obstante, é certo que o exercício do controle constitucional também se submete a um dado procedimento – posto que, como parcela da jurisdição geral, está vinculada ao princípio também genérico da inércia do Judiciário e do respeito ao devido processo legal. Assim, as estruturas formais do controle concentrado, trazidas tanto na própria Constituição quanto na legislação infraconstitucional, também acabam por situar-se no entrecruzamento das vozes políticas em jogo nas decisões da Corte Constitucional, na medida em que são parte do processo decisório. Nesta medida, representam uma variável relevante no plano da efetivação dos princípios jurisdicionais mencionados – sobretudo no caso da isenção política – e podem, como tais, ser analisados criticamente.

As formas instituídas pela legislação procedimental nos processos destinados ao controle concentrado de constitucionalidade podem representar entraves à isenção política do julgador, submetendo-o sob vários aspectos a inclinações políticas, pessoais, morais ou de cunho simplesmente extrajurídico ou extra constitucional. Assim, poderiam desvirtuar o real sentido da jurisdição constitucional – a qual parte inegavelmente do pressuposto de que somente a Constituição servirá de norte para o indivíduo sobre o qual repousa o poder-dever de defendê-la sob o prisma judicante.

O objetivo do presente trabalho é analisar alguns aspectos da legislação processual brasileira, tentando definir em quais pontos podem influir na isenção política do julgador em sede de controle concentrado. Para tanto, passaremos inicialmente por uma breve (evidentemente, sem pretensão de esgotamento) exposição dos principais fatores de influência decisória no caso de tais deliberações jurídicas, para depois apontar alguns institutos processualísticos específicos como potenciais desvios ou tendenciosidades políticas no julgamento de questões constitucionais.

2 ESPECIFICIDADE ESTRUTURAIS E MATERIAIS DE ORDEM PROCEDIMENTAL-DECISÓRIA NO CONTROLE CONCENTRADO

O processo decisório no controle concentrado apresenta problemáticas já pressupostas em virtude da própria natureza da atividade. Como se viu acima, as questões apresentadas nesta seção (ligadas à posição estrutural e ao conteúdo material da norma constitucional) são consequência direta da necessidade de a jurisdição constitucional concentrada orientar-se primordialmente pela atividade interpretativa da própria Constituição, e das tensões daí advindas.

É certo que a vigência de uma carta constitucional tem por premissa implícita a imperiosidade de sua preservação. Nesta medida, como a Constituição é responsável pelo fundamento do Estado, preservá-la é também preservar a estrutura estatal – e tal fato, em um sentido técnico, põe em destaque principal o arcabouço constitucional, como ilustra Canotilho (2011, p. 887):



A partir do Estado Constitucional, passou-se a falar de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado linguístico. No Estado constitucional o objecto de proteção não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o estado constitucional-democrático.

A proteção estrutural do Estado então, é efetivada mediante instituições políticas destinadas à preservação da carta constitucional. É por isso que se fala em “garantias da constituição” – como elementos assecuratórios da perenidade e constância da existência da carta política, sem os quais é impossível sustentar as demais instituições da sociedade.

Assim, o papel de uma jurisdição constitucional relaciona-se com os pressupostos mesmos de existência da sociedade, posto que é a mais pura expressão da salvaguarda de suas estruturas fundamentais – cujo exercício é manifesto principalmente na possibilidade de avaliação dos atos políticos de governabilidade (atos normativos em geral) a partir de uma perspectiva eminentemente constitucional. Trata-se de “fiscalização”, no sentido estrito do termo; fiscalização ligada à garantia de observância da constituição em face do restante do ordenamento jurídico. Neste sentido, o papel da jurisdição é fundamentalmente o de dinamizar a constituição, torná-la efetiva no móvel do conjunto de normas jurídicas de inferior hierarquia.

É por isso que Kelsen (2005, p. 208) situa este âmbito judicante no interior da questão do ordenamento jurídico, como pressuposto de estabilidade político-jurídica do ordenamento; e sempre externo ao órgão responsável pela formação das normas questionadas. A aplicação das regras constitucionais referentes à legislação só pode ser garantida efetivamente se for confiada a outro órgão que não o corpo legislativo a tarefa de verificar se uma lei é ou não constitucional e de anulá-la se – segundo a opinião deste órgão – ela for “inconstitucional”.

Posteriormente, salientando a ideia de constituição como fundamento de validade da estrutura normativa:

Aquilo que, a partir de uma perspectiva dinâmica, é a criação de uma norma determinada por uma norma superior, a constituição, torna-se, numa



exposição estática de Direito, uma das condições à qual está vinculada a sanção como consequência na norma geral (que, a partir da perspectiva dinâmica, é norma inferior em relação à constituição). Numa exposição estática do Direito, as normas superiores da constituição são, por assim dizer, projetadas nas normas inferiores como partes. (KELSEN, 2005, p. 226)

Vem daí a legitimidade do controle: do elemento constitucional que se manifesta em cada norma, como parte, e é fundamento de sua validade. É possível ver que, para Kelsen, a constituição é igualmente corolário do ordenamento como um todo, em um sentido material (2005, p. 182) – o que justificaria sua preservação jurisdicional visando a integridade do sistema jurídico.

O processo decisório na jurisdição constitucional apresenta, então, uma especificidade inicial ligada à perspectiva formal: o julgador responsável pela análise da constitucionalidade de uma norma deve ter em mente a totalidade do sistema jurídico, posto que é o mesmo sistema jurídico que está em jogo quando confrontado à sua validade constitucional.

Cada decisão proferida em sede de controle concentrado acaba criando uma nova realidade estrutural em termos de ordenamento jurídico; uma alteração fundamental no arcabouço normativo posto pelo Estado. É por esta razão que a jurisdição constitucional é criticada do ponto de vista político-institucional: haveria nela um caráter antidemocrático na medida em que leis promulgadas por parlamentos democraticamente eleitos seriam anuladas por cortes compostas por magistrados indicados politicamente. Uma tal crítica poderia ser até considerada válida sob alguns aspectos e em dadas condições, mas a atual conjuntura política dos Estados tem a Constituição como a máxima expressão da democracia.

Assegurar a perenidade das instituições constitucionais por meio da fiscalização judicial das normas que a contrariam é assegurar a magnitude do poder popular, posto que é justamente a carta constitucional que manifesta de modo mais direto e basilar a noção de poder popular – sendo, portanto, a máxima expressão da soberania social e da democracia, principalmente no escopo político contemporâneo.

Se, para Kelsen (assim como para a imensa maioria dos teóricos do Direito Constitucional), a constituição apresenta uma distinção com relação ao restante das normas jurídicas – por ser-lhe fundamento, por instituir a própria estrutura do Estado, por ser dotada



de rigidez e premissas de conservação, etc. -, outro elemento que se lhe sobressai, quando o foco da análise é alterado, é seu conteúdo material. É certo que uma norma constitucional não possui a mesma natureza de uma norma inferior: dispositivos constitucionais possuem inegavelmente uma carga axiológica intrínseca, por mais simples ou literais que sejam.

Isso ocorre principalmente porque cada artigo da constituição é mais do que uma escolha meramente legislativa: trata-se de uma escolha fundamentalmente política feita no estabelecimento mesmo da sociedade. Assim, as inclinações do legislador constituinte, como representante político dos indivíduos e responsável pela conflagração das instituições políticas que integrarão a sociedade a partir de então, trarão consigo uma carga axiológica muito maior do que as demais espécies normativas – e essa diferença fundamental se manifesta também quando a jurisdição estatal é invocada para analisar o conteúdo existente em tais dispositivos.

Neste sentido, salienta José Afonso da Silva (1996, p. 42) a necessária correlação entre a constituição como figura jurídica (como norma, como documento formal ou como fundamento material do ordenamento) e a “constituição social”, ou seja, o conjunto de caracteres político-jurídicos de uma dada sociedade, os quais configurarão os limites objetivos da carta constitucional. A partir disso, é possível aferir também a legitimidade e o alcance dos dispositivos constitucionais, à medida que se aproximem ou afastem-se da conjuntura sócio-constitucional que lhes permeia:

Busca-se, assim, formular uma concepção estrutural de constituição, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se entrelaçam num todo unitário.

O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição. (SILVA, 1996, p. 43)

Considerando o conteúdo material da norma constitucional eminentemente valorativo do ponto de vista político, o posicionamento judicial na atividade interpretativa desta mesma

norma certamente terá uma natureza diferente daquela que teria na análise de uma norma ordinária. Assim, o julgamento proferido em sede de controle de constitucionalidade (mormente em sede de controle concentrado, posto que nesse caso a anulação de uma norma por contrariedade à constituição é feita direta e concisamente, sem questões intermediárias, e pelo máximo órgão responsável pela guarda da carta: a corte suprema constitucional) apresenta uma especificidade ligada não mais à pragmática da norma em face do ordenamento, mas agora relacionada com a metódica interpretativa.

Ressalta Bonavides (2004) a importância da atitude interpretativa como pressuposto de eficácia jurisdicional da norma constitucional:

A dogmática interpretativa tradicional, como hermenêutica constitucional, possui hoje pouca ou nenhuma serventia. O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei.

Neste espeque, a concepção dworkiniana de uma sociedade democraticamente constitucional poderia fornecer uma perspectiva relevante: dado o fato de que o núcleo estruturante do constitucionalismo moderno orbita em torno da limitação do poder estatal e da constante ratificação e redelimitação dos direitos fundamentais, a deliberação em torno de questões constitucionais não é possível sem a argumentação moral (2006, p. 486).

Por mais que tal fato seja decorrência lógica do conteúdo material dos dispositivos constitucionais, seu reflexo no processo deliberativo e decisório em sede de controle de constitucionalidade é evidente: a maior parte das questões suscitadas em ações de controle concentrado envolve justamente a mesma carga valorativa e, neste sentido, invoca uma jurisdição que deve ser técnica, mas que acaba tendo por motivação primordial os aspectos subjetivos relativos à análise. A esse respeito Nigro (2012, p. 7) leva a questão à perspectiva da moralidade nas decisões de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal:

Apesar de ser citado por diversos críticos do ativismo do STF, Dworkin defende uma revisão do conceito de democracia que atribui legitimidade ‘democrática’ às cortes constitucionais. Para o autor, a



interpretação de uma cláusula constitucional moralmente carregada implica em realizar uma interpretação plausível da moralidade política que lhe dá sentido. [...] Quando questões envolvendo direitos fundamentais se apresentam, a regra majoritária não é suficiente para a justificação de uma decisão política. É preciso uma interpretação moral que, no atual modelo político brasileiro, deve ser realizada pelo STF, enquanto corte constitucional, através da argumentação produzida nas suas decisões.

As decisões suscitadas no controle concentrado apresentam, então, outra característica procedimental: a necessidade de ponderação moral – eminentemente subjetiva – na análise de questões jurídicas – precipuamente técnicas. Um aparente paradoxo, ao qual todo julgador está submetido, mas que no âmbito do controle concentrado assume proporções imensas, dadas a abrangência e a importância das consequências da decisão a ser tomada.

Igualmente, uma tal perspectiva implica a necessidade de adaptar o processo decisório às circunstâncias políticas, morais, sociais e jurídicas que orbitam ao redor da questão, aspecto novamente salientado por Nigro (2012, p. 8):

Entretanto, os limites de atuação das instâncias de deliberação não-majoritárias, como a jurisdição constitucional exercida exclusivamente pelo STF, somente podem ser demarcados no caso concreto, através da análise dos princípios envolvidos. A maleável fronteira entre legislar/criar e aplicar/reproduzir o direito, entre a função do legislador e a do julgador, apenas pode ser determinada em face aos princípios que demandam interpretação moral. Portanto, os limites de atuação da corte constitucional dependem de uma compreensão moral dos princípios envolvidos no caso.

Assim, mesmo ao nível de uma primeira análise, o processo decisório em sede de controle concentrado apresenta ao menos duas especificidades fundamentais: em primeiro lugar, as decisões advindas de uma corte constitucional representam a recriação (ou reafirmação) da estrutura do ordenamento, na medida em que existe uma estrutura formal bem delimitada a situar um desnível entre a norma constitucional paradigma e as demais normas jurídicas – de modo que o órgão judicante deve ter por perspectiva não apenas a norma objeto do controle, mas a

totalidade do ordenamento. Como consequência, o processo decisório já tem por pressuposto a integridade do sistema normativo, e a noção de que tal integridade depende da garantia da norma constitucional como fundamento de validade das demais.

Em um segundo momento, o processo decisório no controle concentrado caracteriza-se por apresentar um conteúdo moral mais ou menos delimitado na deliberação, graças ao conteúdo essencialmente axiológico dos dispositivos constitucionais. Assim, interpretar uma norma constitucional com o objetivo de contrapor-la a outra norma potencialmente lesiva àquela estrutura normativa formal (conquanto dinâmica) é fundamentalmente extrair da norma constitucional seu significado moral e principiológico. A consequência de tal fato é que a decisão em sede de controle concentrado já possui tal premissa procedimental de conteúdo, de forma que o órgão julgante deve necessariamente ter por perspectiva também o conjunto de princípios morais subjacentes à questão.

Como conclusão inicial, então, tem-se que o processo decisório em sede de controle concentrado já possui pressupostos, em razão de suas especificidades naturais, ao menos dois elementos – um formal e outro material – que são relevantes do ponto de vista da isenção política. Se o julgador deve partir da integridade estrutural do ordenamento, e se deve extrair dos dispositivos constitucionais sua intrínseca carga axiológica, é natural supor que seu esforço para manter a neutralidade política deverá ser incrementado. Do ponto de vista procedimental, então, a isenção política na decisão em sede de controle concentrado apresenta-se relativizada por estes dois elementos, que são indissociáveis da fiscalização jurisdicional dos atos normativos pela própria natureza da questão.

3 UM POSSÍVEL INTERLÚDIO ENTRE O PROCEDIMENTO DECISÓRIO E A PROCESSUALÍSTICA CONSTITUCIONAL: A FORMAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A isenção política no controle concentrado ainda se manifesta em outro espectro, para além da procedimentalidade decisória e das instituições de ordem formal-processual. A própria composição da corte constitucional brasileira constitui-se em uma problemática especialmente relevante para a análise da isenção política em suas decisões. A questão não é inédita, tendo sido alvo constante de críticas, principalmente pela mídia de massa – a maioria delas de cunho mais propriamente político do que técnico. Diz o parágrafo único do artigo



101 da Constituição de 1988 que “os [onze] Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Ora, a forma composicional da corte constitucional é elemento fundamental na análise da independência de suas decisões posteriores. A relação entre uma coisa e outra é clara, na medida em que relaciona-se com o grau de legitimidade democrática atribuído à corte como órgão jurisdicional do mais alto grau – tida como “guardiã da Constituição”, e conseqüentemente, das instituições do Estado. Nos dizeres de Canotilho (2011, p. 682):

A composição de um tribunal constitucional, dadas as funções jurídico-políticas a ele atribuídas, é sempre um problema central da organização do Estado, independentemente das dimensões acentuadas na escolha concreta dos juizes (preparação técnica, capacidade funcional do órgão, função de integração da jurisprudência constitucional, representação das várias “sensibilidades políticas”, distanciação perante os poderes político-partidários, exigência de legitimação democrática).

Como se vê, o modo de formação de um tribunal com jurisdição constitucional possui razões e conseqüências captáveis na própria estrutura do Estado. Perceba-se que Canotilho acentua a “distanciação perante os poderes político-partidários” como elemento determinante para a avaliação da composição de uma corte constitucional.

Invocando novamente a linha-mestra do presente trabalho, mister lembrar que a isenção política das decisões da Corte constitucional é pressuposta em sua função judicante – razão pela qual exige-se de seus membros um certo distanciamento dos poderes políticos atuantes na sociedade. É pelo mesmo motivo que o art. 95 da Constituição Federal estabelece uma série de vedações à atividade dos juizes, dentre elas (e com especial destaque dado o escopo do presente trabalho) a proibição da atividade político-partidária, no inciso III.

O modo de escolha dos integrantes do Supremo Tribunal Federal é criticado pela potencial parcialidade: é o Presidente da República quem os indicará, sob o crivo do Senado Federal (o qual, de regra, ratifica a escolha presidencial para que se mantenham as boas relações entre os Poderes). Como se vê, trata-se de uma escolha eminentemente política, cujo acentuado aspecto subjetivo pode refletir nos julgamentos posteriores.



Vários aspectos podem ser salientados neste processo: o fato de que a escolha pode se pautar pelo alinhamento ideológico do futuro magistrado (assim, a opção do/a Presidente adquiriria ares de “ato de governabilidade”), assegurando a efetividade de atos normativos ou administrativos de consensualidade frágil; ou mesmo o fato de que o Judiciário estaria completamente à parte do processo de escolha, o que poderia enfraquecer o aspecto técnico intrinsecamente necessário para o exercício de uma jurisdição minimamente competente; ou ao fato de que a “política da boa vizinhança” entre os Poderes continue a se manifestar nas decisões judiciais que se seguirão.

Há argumentos positivos, também: poder-se-ia salientar o fato de que se é a estrutura mesma do Estado que está em jogo, a sintonia entre os Poderes é absolutamente necessária para que a ordem e a paz social possam ser sustentadas pelo maior tempo possível. Neste espeque, ainda que se admita que a “estrutura de Estado” é tomada em termos constitucionais (cf. a citação de Canotilho à página 7 do presente trabalho), e que tal sintonia possa ser desvirtuada, é fato que os conflitos institucionais entre os Poderes, historicamente, têm-se demonstrado períodos expressivamente contra-producentes em termos de exercício democrático, cidadania ou abrangência das instituições sociais.

Ademais, as críticas à composição do Supremo Tribunal Federal relacionam-se também com a relativa ausência de critérios seguros para a indicação. O art. 101 da Constituição Federal estabelece unicamente três critérios, além da indicação pelo Presidente da República propriamente dita, para a escolha dos futuros membros da corte constitucional: cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada. À exceção das limitações relativas à idade, as outras duas exigências são fórmulas genéricas, excessivamente abertas, que possibilitam ao Presidente e ao Senado uma escolha sem o mínimo critério técnico que seria exigível tendo em conta a função a ser desempenhada. É por isso que a crítica em face do sistema de escolha dos membros da corte constitucional brasileira é tão acerba, como se ilustra através do posicionamento de Trindade (2012):

De todo modo, é possível afirmar que seguimos a tradição estadunidense. Não copiamos, entretanto, a tradição ianque relativa à sabatina. Lá, na história da Suprema Corte, doze indicações já foram rejeitadas (rejected), além da desistência de outras onze para evitar uma



situação vexatória no Senado (withdraw). Por aqui, todavia, a sabatina não passa de um ritual, uma solenidade pro forma. No contexto brasileiro, observa-se que os governos Lula e Dilma, por exemplo, foram responsáveis pela indicação de onze ministros ao longo da última década. Atualmente, 73% da composição do Supremo Tribunal Federal é decorrente de nomeações promovidas por um único partido, o PT.

Evidentemente, o autor deixa implícito que tal fato trará consequências para o exercício judicante que se seguirá à nomeação – uma questão que está visceralmente relacionada com a isenção política nos julgamentos. O autor ainda propõe estratégias institucionais para o incremento da legitimidade e independência da corte suprema, como, por exemplo, a adoção de mandatos sucessivos para a função (ao contrário da atual vitaliciedade), como ocorre em Portugal.

Não obstante o aspecto político da questão, é certo que a problemática representa um campo considerável do ponto de vista da análise da isenção política da corte constitucional. Se é justamente o Supremo Tribunal Federal o órgão responsável por invalidar os atos normativos contrários à constituição (os mesmos atos normativos editados pelo Legislativo e pelo Executivo como instrumentos de governabilidade), o fato de sua composição pautar-se por aspectos eminentemente subjetivos, oriundos precisamente do Legislativo e do Executivo, pode representar uma variável importante nas decisões proferidas em sede de controle constitucional.

Assim, como conclusão secundária, para além das questões estruturais e materiais relativas à procedimentalidade da decisão de fiscalização constitucional, tem-se uma problemática específica relacionada à formação da corte constitucional – que pode influir na isenção política do julgador, ou na melhor das hipóteses induzi-lo a novos esforços para assegurar sua neutralidade.

4 OS ASPECTOS PROCESSUAIS RELATIVOS AO CONTROLE CONCENTRADO E SUA EVENTUAL INTERFERÊNCIA NA ISENÇÃO POLÍTICA

Ultrapassando as questões iniciais e intermediárias, há também potenciais focos de problemas envolvendo as formalidades processuais dos instrumentos de controle concentrado. Dada a limitação da extensão do artigo, apresentar-se-á apenas alguns dos possíveis pontos problematizáveis acerca do tema, em rol meramente exemplificativo, conforme se segue dos comentários tecidos adiante.

4.1 A Legitimação Ativa Para A Propositura De Adi E ADC

O artigo 103 da Constituição elege os órgãos legitimados para propor as principais ações judiciais em sede de controle concentrado: a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

O mesmo texto é repetido pelo artigo 2o da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ADI e da ADC perante o STF. Ora, a distribuição da legitimidade ativa para a ADI e a ADC manifesta um dado importante na averiguação da isenção política dos julgadores: todos os legitimados representam entidades políticas com considerável influência perante o magistrado responsável pelo julgamento da mesma ação. Frise-se que tal afirmação não é feita levianamente, com base na prática política ou de relações pessoais entre legitimados e julgadores; ao contrário, fala-se aqui de influências políticas entre órgãos de Estado. Se a jurisdição constitucional, como instituição, pretende-se politicamente isenta, as relações de interdependência orgânica que são estabelecidas pela própria constituição são absolutamente relevantes para a efetivação da isenção política do julgador.

A Carta constitucional de 1988 ao ampliar o rol de legitimados ad causam para os instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade, é visível que não conseguiu eliminar os potenciais elementos vulnerabilizadores da independência política do STF. Para verificar tal fato, basta ter em mente que os dois primeiros órgãos trazidos pelos incisos do artigo 102 são precisamente os mesmos que foram responsáveis pela nomeação do magistrado que julgará a lide (tomado aqui não concretamente, mas igualmente como instituição política).



Os seguintes são órgãos de manifesta expressividade política, cuja influência sobre o exercício da jurisdição pode ser igualmente visível: membros do Legislativo e do Executivo estadual, cuja relação com o Senado Federal é estreita independentemente da conjuntura partidária vigente (isto é, considerando-o abstratamente no plano institucional); bem como a Mesa da Câmara dos Deputados, órgão igualmente de altíssimo grau de influência política dada sua posição institucional.

Na sequência, o chefe do Ministério Público Federal, em uma tentativa de dissociar a legitimação para a propositura da ADI e da ADC dos órgãos basilares da estrutura política fundamental – tendência repetida por meio da listagem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O dispositivo lista, ainda, os partidos políticos isolados, como forma de atender à democratização (ainda que aparente) do acesso ao controle de constitucionalidade – o que parece absolutamente conflitante com a própria ideia de fixar-se uma curtíssima lista de legitimados para tanto. Por fim, instituições de menor porte em termos de representatividade e influência política: organizações sindicais ou entidades de classe – cuja expressividade ou alinhamento ideológico dificilmente poderão influenciar na isenção política no magistrado, ou o farão em menor grau.

Interessante notar que a lista do art. 102 segue nitidamente uma ordem também das possíveis influências sobre as decisões em controle concentrado: os primeiros legitimados podem trazer relevância em termos de isenção política em maior medida que os últimos. Coincidência ou não, é fato que todas as instituições ali listadas podem significar intromissões na ordem decisória do magistrado, principalmente no aspecto técnico.

Importante mencionar, também, a distinção introduzida por Makymia (s.d., p. 4):

Cabe ressaltar que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, os legitimados acima expostos estão divididos em universais, com legitimidade ampla, e em especiais, com legitimidade vinculada à pertinência temática, a qual consiste na relação de causalidade entre a norma questionada na ação direta de inconstitucionalidade e os interesses juridicamente defendidos.

A relevância desta distinção em termos de isenção política é trazida pela autora logo em seguida, alguns parágrafos adiante:

Nesse ponto, verifica-se que o STF restringiu a legitimidade dos chamados legitimados especiais, condicionando-a à pertinência temática, sem que a Constituição Federal tenha feito qualquer menção a essa restrição. [...] Importa indagar sobre a exatidão da utilização desse critério [ou seja, dos diversos critérios para a definição de “pertinência temática” utilizados pelo Supremo Tribunal Federal] fixado pelo STF no exercício de sua atividade jurisdicional. Pode-se indagar, inclusive, se não seria uma restrição indevida da legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. (Makyiama, s.d., p. 9)

Importante frisar, também, que quando se trata aqui de “influência política” dos legitimados para a propositura da ADI e da ADC perante o STF, não se está a afirmar que as decisões em sede de controle concentrado são sempre proferidas tendendo ao benefício do órgão proponente (mesmo porque, se assim fosse, não haveria ADIs ou ADCs julgadas improcedentes), ou mesmo que há má-fé ou antidemocraticidade por parte da corte constitucional, dos órgãos proponentes ou mesmo da própria constituição; mas meramente que o estabelecimento de tal instituição processual acaba pondo em relevância a isenção política no processo decisório.

Nesta medida, o rol de legitimados leva o julgador à necessidade de redobrar seus cuidados com a isenção e imparcialidade, potencializando seus esforços com vistas a preservar a instituição do controle concentrado de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo, procurou-se abordar um dos mais elementares e naturais princípios da jurisdição constitucional, em face de alguns dos aspectos procedimentais-decisórios e formais-processuais do controle concentrado de constitucionalidade. Como particularização da jurisdição estatal como um todo, a jurisdição constitucional pauta-se pelos mesmos princípios que aquela, mas com uma expressividade mais significativa, na medida em que o conteúdo jurídico em questão possui especificidades importantes.

Ora, se ao magistrado comum é essencial que se coloque em uma posição afastada das controvérsias ou tendenciosidades políticas do Estado, sopesando as situações jurídicas



apenas sob o prisma da legalidade ou da juridicidade, é certo que a questão assume proporções muito maiores quando o magistrado em questão é responsável pelo controle de constitucionalidade em caráter concentrado (situando-se assim no epicentro ou no entrecruzamento de diversas demandas políticas, jurídicas e sociais).

Uma Corte Constitucional à qual se atribui a prerrogativa de sustar ou referendar a eficácia de um ato normativo certamente o faz justamente por atribuição da própria Constituição – e, de consequência, sob o crivo da legitimação popular, na medida em que todo o poder emana do povo, e a Constituição é a mais pura manifestação deste poder popular.

O tribunal constitucional, então, deve situar-se em um plano equidistante dos diversos focos de influência política, como medida de justiça e de ponderabilidade na ministração da jurisdição constitucional. Os elementos procedimentais ligados ao processo decisórios (sejam eles de ordem estrutural ou material), as potenciais tendenciosidades ideológicas acentuadas pelo processo de composição da corte, ou as questões ligadas às instituições formais processuais (relativas à legitimação ad causam) representam possíveis pontos de vulnerabilização de tal princípio – conquanto isto não signifique a classificação das decisões em sede de controle concentrado como tendenciosas ou parciais, mas meramente reafirme, em maior medida, a necessária atenção do julgador para com a isenção política.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: **Estudos Avançados [online]**. 2004, vol.18, n.51. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 ago.2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



MAKIYAMA, Tânia Takezawa. Legitimidade ativa para propositura de ações de controle de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/controle_de_constitucionalidade_concentrado_-_legitimidade_ativa_revisado.pdf>. Acesso em: 14 ago.2015.

NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. In: **Direito, Estado e Sociedade**. n. 41. jul.-dez.2012. Rio de Janeiro: PUCRio, 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/8artigo41.pdf>>. Acesso em: 15 ago.2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TRINDADE, André Karam. Quem devem ser os guardiões da Constituição? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-08/diario-classe-quem-guardioes-constituicao>>. Acesso em 15 ago.2015.