

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**CONTRAMAJORITARISMO COMO PRINCÍPIO LEGITIMADOR DA
ATIVIDADE JUDICIÁRIA E OS REFLEXOS DE SUA MITIGAÇÃO**

Vanessa Magalhães Santos

Presidente Prudente/SP
2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**CONTRAMAJORITARISMO COMO PRINCÍPIO LEGITIMADOR DA
ATIVIDADE JUDICIÁRIA E OS REFLEXOS DE SUA MITIGAÇÃO**

Vanessa Magalhães Santos

Monografia apresentada como requisito parcial
da Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do
Prof. Ms. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2014

CONTRAMAJORITARISMO COMO PRINCÍPIO LEGITIMADOR DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA E OS REFLEXOS DE SUA MITIGAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro
Orientador

Sérgio Tibiriçá Amaral
Examinador

Marcelo Agamenon Goes de Souza
Examinador

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2014

A parte que ignoramos é muito maior que tudo quanto sabemos.

Platão

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, porque só Ele torna tudo possível.

Agradeço ao meu orientador, Rodrigo Lemos Arteiro, por quem tenho profunda admiração desde a primeira aula, pois mais do que nos ensinar, instiga-nos a questionar o Direito.

Agradeço à minha mãe, minha melhor amiga, por todo suporte e carinho.

Agradeço ao meu marido, Fernando, em quem encontro paz e equilíbrio e com quem compartilho os melhores momentos da vida.

Agradeço aos meus amigos, por toda força e incentivo e por estarem sempre ao meu lado.

RESUMO

O presente trabalho se dedica ao estudo do contramajoritarismo judiciário e os reflexos de sua mitigação no Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário é contramajoritário por não ser exercido pelos representantes do povo. Apesar do aparente conflito que se impõe entre a atividade judiciária e a democracia, o contramajoritarismo é um dos sustentáculos do Estado democrático de Direito, uma vez que torna o Poder Judiciário e, por conseguinte, os direitos fundamentais imunes às vontades efêmeras de governantes no poder transitoriamente. Entretanto, por ser o Brasil um país de modernidade tardia e democracia relativamente recente, o arquétipo do ideal contramajoritário acaba por ser mitigado, seja pela questão da representação efetiva da maioria, seja pelo procedimento de investidura na Magistratura adotado no país, notadamente dos Ministros do STF. Portanto, valendo-se do método dedutivo, da pesquisa doutrinária, bem como de artigos e revistas, o trabalho se voltou a uma abordagem ampla de todo o cenário em que o Poder Judiciário se insere ou que nele se reflete. Para tanto, primeiramente foi feita uma exploração da evolução constitucional e democrática do Brasil. Posteriormente, partiu-se para a análise do Estado democrático de Direito, do Poder Judiciário em si e da Jurisdição Constitucional, para enfim, tendo subsídios suficientes, adentrar ao tema proposto. Confrontando o plano teórico com a realidade fática, foi possível concluir os dois pontos em questão: a representação democrática que se vislumbra no campo ideológico não se reflete na prática; há uma grande ingerência do Poder Executivo no processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, fatos que mitigam o contramajoritarismo judiciário e comprometem a imparcialidade do juiz.

Palavras-chave: Contramajoritário. Majoritário. Poder Judiciário. Estado Democrático de Direito. Jurisdição Constitucional. Democracia. Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This abstract is devoted to the study of judicial counter-majoritarian and reflections of mitigation in a law democratic state. The Judiciary system is counter-majoritarian for not being executed by the people's representatives. Despite the apparent conflict that imposes itself between judicial activity and democracy, counter-majoritarian is one of the democratic law supporters, since it makes the judiciary system, and therefore, the fundamental rights immune to ephemeral desires of rulers in power transitorily. However, because Brazil is a country of late modernity and relatively new democracy, the archetype of the ideal counter-majoritarian is mitigated either by issue of representation effectiveness of the majority, or by the Judiciary investiture procedure adopted in the country, notably the Ministers of the Supreme Court. Therefore, making use of the deductive method, the doctrinal research, as well as articles and magazines, the abstract turned to a broad approach to the whole scenario in which the judiciary falls or which it is reflected. To do so, first an exploration of constitutional and democratic development in Brazil was done. Later, we decided to analyze the democratic rule of law, from the judiciary system itself and Constitutional Jurisdiction, to finally having enough subsidies, get into the proposed theme. Confronting the theoretical plan with the objective reality, we conclude the two points in question: democratic representation that sees the ideological field is not reflected in practice; There is a large interference of the executive branch in the choice of ministers of the Supreme Court, the facts that mitigate the counter-majoritarian judiciary system and compromise the judge's impartiality.

Keywords: Counter-Majoritarian. Majority. Judiciary System. Democratic State. Constitutional jurisdiction. Democracy. Fundamental Rights. Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO BRASIL	11
2.1 Constituição de 1824.....	11
2.2 Constituição de 1891.....	14
2.3 Constituição de 1934.....	17
2.4 Constituição de 1937.....	19
2.5 Constituição de 1946.....	21
2.6 Constituição de 1967.....	23
2.7 Constituição de 1988.....	25
3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	29
3.1 O Estado de Direito.....	29
3.2 Democracia	31
3.3 O Estado Democrático de Direito	33
3.3.1 O princípio republicano.....	34
3.3.2 O princípio da separação dos poderes	35
3.3.3 O princípio da legalidade	37
3.3.4 O princípio majoritário.....	38
3.4 Constitucionalismo.....	39
3.4.1 A força normativa da constituição	41
3.4.2 O princípio da supremacia da constituição.....	43
4 PODER JUDICIÁRIO	46
4.1 Breve Evolução Histórica.....	46
4.1.1 História geral.....	46
4.1.2 História do Brasil	48
4.2 Estrutura do Poder Judiciário Atual	50
4.3 Formas de Investidura	51
4.4 Autonomias, Garantias e Vedações da Magistratura.....	52
4.4.1 Autonomias	53

4.4.2 Garantias	54
4.4.3 Vedações	55
4.5 Questão Controversa: o Ativismo Judicial.....	56
5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	59
5.1 Controle de Constitucionalidade	60
5.1.1 Controle difuso.....	62
5.1.2 Controle concentrado	63
5.1.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade	63
5.1.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	64
5.1.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva	65
5.2 Ação declaratória de constitucionalidade.....	65
5.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	66
5.4 Interpretação Conforme a Constituição.....	67
6 CONTRAMAJORITARISMO	69
6.1 Contramajoritarismo x Democracia: a Legitimidade dos Juízes.....	69
6.2 As formas de Mitigação do Contramajoritarismo	72
6.2.1 Contramajoritarismo x Supremo Tribunal Federal	72
6.2.2 Contramajoritarismo x Representatividade fática	76
7 CONCLUSÃO.....	79
BIBLIOGRAFIA	81

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é a única das funções estatais soberanas que não é escolhida diretamente pelo povo, através de eleições, por isso, ao passo que o Executivo e o Legislativo são legitimados pela vontade da maioria, o Judiciário enfrenta o dilema da legitimidade democrática por ser contramajoritário.

A solução para a questão se torna ainda mais difícil se levarmos em consideração a amplitude da atividade judiciária no Estado atual. É inegável que diante da evolução do Direito, o Judiciário se tornou cada vez mais complexo. Hoje a atividade jurisdicional conquistou um espaço de atuação bastante abrangente e suas decisões se irradiam pelos mais diversos setores da sociedade.

Não há mais um Poder Judiciário coadjuvante, atuando à sombra do Executivo e do Legislativo, hoje ele é também protagonista e tem se tornado cada vez mais ativo.

A ele foi confiada das mais elevadas missões: a guarda da Constituição. A importância dessa missão só pode ser compreendida se interpretarmos o real significado de Constituição atualmente. A Constituição é hoje o documento mais importante do Estado, além de norma fundamental, estabelece os limites ao poder estatal e assegura nossos direitos fundamentais.

Por isso, ao exercer a guarda da Constituição, o Poder Judiciário se revela um dos pilares da complexa estrutura que sustenta o Estado Democrático de Direito, exercendo papel crucial na proteção e garantia dos direitos fundamentais.

À vista disso, para termos uma visão clara da amplitude da atividade judiciária e a extensão dos reflexos de suas decisões, o trabalho se dedicou em um primeiro momento, a traçar um panorama geral do campo em que o Judiciário se insere e de sua estrutura a fim de adquirir subsídios suficientes para adentrar ao tema.

A partir do método dedutivo, do estudo de doutrinas, revistas e artigos, deu-se início ao trabalho a partir da Evolução constitucional do Brasil no sentido de se compreender as conquistas democráticas obtidas.

O trabalho, então, voltou-se à análise de toda a estrutura que compõe o Estado Democrático de Direito para melhor entendermos a função do Judiciário nesse complexo sistema.

Como a discussão do tema gira em torno do Poder Judiciário, o trabalho se propôs ao estudo de sua história, sua estrutura, suas formas de investidura e sua atividade,

para então partirmos para o exame mais aprofundado de uma de suas principais funções, a jurisdição constitucional.

Estabelecido um panorama geral, chegou-se finalmente à análise do tema. Para se entender a polêmica do assunto, primeiramente o trabalho se dedicou a conceituar o princípio contramajoritário, para então, através do confronto do plano teórico com os dados fáticos e estatísticos, poder chegar a uma solução a respeito da questão da legitimidade dos juízes frente à democracia, bem como a mitigação do contramajoritarismo e seus reflexos na atividade jurisdicional e na sociedade.

2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO BRASIL

A Constituição de um país, na maior parte das vezes, consubstancia em seu texto os mais diversos aspectos decorrentes do período histórico no qual o Estado se encontra. Muito embora, por vezes, a realidade formal e a de fato estejam em desacordo, ainda é possível afirmar que a Constituição é o reflexo de seu país, como disserta Peter Häberle (2003, p. 5):

[...] para el ciudadano la *Constitución* no es sólo um texto jurídico o un “*mecanismo normativo*”, sino también expresión de um estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.

Sendo assim, fazer uma análise do constitucionalismo brasileiro por meio de suas sete Constituições, é entender a evolução democrática pela qual passou e passa nosso país, através de um processo lento, com progressos e retrocessos.

2.1 Constituição de 1824

A Constituição de 1824 nasce como resultado de um período de profundas transformações pelo qual passava o Brasil.

Colônia de Portugal desde 1500, o Brasil recebe, em 1808, o rei Dom João VI, que aqui se instala dando início à fase monárquica. A Corte se estabelece no Rio de Janeiro onde trata de instalar órgãos governamentais com o fim de organizar a política no país, o que foi um grande passo para até então colônia, que em 1815 é declarada Reino Unido a Portugal e Algarve.

Ocorre que, durante os trezentos anos de colonização, o país desenvolveu uma estrutura própria, o que dificultava que o sistema implantado no Rio de Janeiro prosperasse em outras partes do país. O Brasil possuía uma espécie de “nobreza”, uma nobreza rural, “que revolucionam os centros cultos do Rio e de Pernambuco, bem como uma aristocracia intelectual, graduada na sua maioria pelas universidades europeias, especialmente a Universidade de Coimbra”, inflamados pelas novas teorias que surgiam no campo político: “o

Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia, a República” (SILVA, 2011, p. 26).

Com fundamento nessa nova corrente, surge no Brasil um movimento constitucionalista que culminaria com a declaração de independência em 1822 e, por conseguinte, a criação de sua própria Constituição.

O processo constitucional se iniciou antes mesmo da independência do Brasil, quando Dom Pedro I, no dia 16 de Fevereiro de 1822 convoca um Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias. O Conselho, então, requisita o estabelecimento de uma Assembleia Constituinte e, assim, instala-se o processo eleitoral para a eleição da mesma. Decorrido mais de um ano e com o Brasil já independente, em três de Maio de 1823, a Assembleia se reúne pela primeira vez no Rio de Janeiro. “Era uma Assembleia composta da aristocracia intelectual brasileira, graduada em Coimbra, e da Nobreza rural assentada sobre a base dos grandes latifúndios; enfim, tratava-se da elite mental, econômica e política” (SILVA, 2011, p.46).

No entanto, as ideias da Assembleia e do Imperador mostram-se incompatíveis, o que faz com que esta seja decomposta poucos meses após sua formação. Dom Pedro I institui, então, o Conselho de Estado transferindo-lhe a atribuição até então dada à Constituinte. O projeto logo é entregue e, mesmo sob intensa oposição, é outorgado pelo Imperador no dia 25 de Março de 1824.

A Constituição Política do Império do Brasil ou a Carta Imperial, como também é chamada, nasceu com o principal objetivo de solucionar o problema da unidade nacional e para isso “dependia da estruturação de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem e até demolissem os poderes regionais e locais, que efetivamente dominavam o país” (SILVA, 2011, p. 92).

O movimento constitucionalista desta época fundamentava-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sobretudo em seu art. 16 que previa que: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição”. Não se tratava de um movimento que buscava apenas a implementação de uma Constituição, mas de uma Constituição liberal, que do ponto de vista ideológico, se opõe ao Absolutismo.

A coexistência desses princípios e de um poder centralizador, como exigia o Imperador, parece um tanto quanto paradoxal e a criação de uma Constituição que os conciliasse seria das mais árduas tarefas. Entretanto, foi instituído no Brasil um sistema de divisão de Poderes, que incluía, além dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o Poder

Moderador, este que seria “a chave de toda a organização política, exercido privativamente pelo Imperador” (SILVA, 2011, p. 50).

O modelo adotado pelo Brasil foi uma adaptação ao modelo desenvolvido por Benjamin Constant na “Teoria do Poder Real”. Adaptação ou distorção, ao passo que a teoria de Constant previa um Poder Moderador neutro, sem qualquer vinculação com os outros poderes, que os preservasse; no Brasil o Poder Moderador era exercido pelo Imperador, também chefe do Executivo, de forma interventiva, não com o ânimo de preservá-los, mas de controlá-los.

Portanto, mascarou-se por meio da divisão de poderes, a centralização do poder nas mãos de um Soberano, que poderia intervir em qualquer um deles ante a justificativa de que seria um poder neutro e estaria ele velando “sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos (art. 98)”. Por outro lado, não há como negar que o centralismo monárquico atendia ao principal objetivo da formulação da Constituição: a unidade nacional. “Não fosse isso, o Brasil correria o risco de fragmentar-se, como ocorreu na América Espanhola” (SILVA, 2011, p. 37).

Ademais, também previa a Constituição de 1824: “um Estado Unitário, cujo território foi dividido em Províncias, nas quais foram transformadas as antigas Capitanias (art. 2º); forma de governo monárquico hereditário, constitucional e representativo (art.3º)”; “eleição indireta e censitária” (SILVA, 2011, p. 50).

Durante o período em que esteve em vigor, a Constituição do Império, com o fim de se adaptar às mudanças políticas pelas quais passava o país, foi alterada duas vezes: em 1834, pelo chamado Ato Adicional, e em 1840 pela Lei n.105 que foi criada para interpretar parte da reforma constitucional estabelecida pelo Ato. No que concerne ao Ato Adicional, há que se salientar a descentralização do poder concretizada por ele por meio da formação das Assembleias Legislativas Provinciais, que conferiam maior autonomia às Províncias, inclusive a respeito de assuntos fiscais. Ademais, o próprio ato em si também já materializa a evolução política do país, uma vez que o seu processo formal previa a participação do eleitorado.

Apesar das modificações pelas quais passou o Brasil, sob a égide da Constituição Imperial, não há que se falar em democracia, mormente no que tange ao sistema de divisão de poderes, o voto indireto e censitário e a forma como foi projetada e outorgada a Carta de 1824. Não obstante tudo isso, a primeira Constituição do Brasil vigorou por 65 anos e cumpriu seu principal papel: cuidar da unidade nacional. Ademais, “logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo” (MENDES, COELHO, BRANCO,

2010, p. 227). Entretanto, sua maior valia se encontra na inovação pela qual foi responsável: foi a primeira constituição no mundo a “imprimir à declaração de direitos, até então abstrata, o caráter de normas jurídicas positivas” (SILVA, 2011, p. 38).

2.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 marca uma das grandes transições políticas do Brasil: a queda da Monarquia e o advento da República. A ideia republicana deita suas raízes antes mesmo da promulgação da Carta de 1824, entre os membros da Constituinte de 1823, deposta por Dom Pedro I ao ver ameaçado seu poder soberano pelas concepções da descentralização política.

Apesar das oposições, a corrente republicana permanece atuante durante toda a fase monárquica e ganha forças com o gradativo descrédito das instituições imperiais frente à elite econômica do país.

Se a Carta de 1824 aspirava à efetivação da unidade nacional por meio da concentração do Poder nas mãos do Imperador, o movimento republicano caminhava na direção contrária, reivindicando principalmente a descentralização política através da adoção de um sistema federalista.

Esse movimento era composto, basicamente, pela forte burguesia que se ascendeu com a atividade cafeeira. Contudo, ainda que dominassem a economia do país, tinham sua força e crescimento reprimidos pela monarquia em razão da centralização do poder. Sendo assim, “essa aristocracia rural postulava participação intensa no poder, que o sistema centralizador do Império não propiciava” (SILVA, 2011, p. 52).

Já não mais conseguindo se sustentar diante do crescimento do Movimento Republicano, a Monarquia se desfaz e dá lugar à República, proclamada em 15 de Novembro de 1889 pelo Marechal Deodoro da Fonseca.

No mesmo dia em que o Brasil se torna República, é expedido o primeiro ato dessa nova fase: o Decreto n. 1. Mesmo antes do advento de uma nova Constituição que representasse a atual conjuntura política do país, a aristocracia rural, que tanto reivindicou por uma nova forma de governo e, principalmente, pela descentralização política, viu suas pretensões se materializarem através deste Decreto, que previa a conversão das Províncias em

Estados, os quais exerceriam sua soberania através de suas próprias Constituições e Poder Legislativo.

O Decreto foi apenas uma medida temporária adotada pelo governo provisório, visto que o principal propósito era a implementação de uma nova Constituição.

Sendo assim, no mesmo ano, foi convocada a Comissão dos Cinco, assim chamada pois composta por cinco republicanos. A eles foi dada a atribuição de elaborar um projeto que daria subsídios às deliberações da Assembleia Constituinte. Após a revisão de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda, o projeto foi publicado, mas diante do descontentamento de alguns setores da sociedade, foi novamente alterado.

Finda essa fase, é convocado então o Congresso Constituinte, eleito em 1890. Sua formação foi o reflexo da estrutura do próprio movimento que o reivindicara, ou seja, era composto em sua maioria pela oligarquia rural que dominava a economia do país.

Como já esperado, o principal assunto tratado nos debates constituintes foi o Federalismo, sobre o qual as opiniões se dividiam entre Unionistas e Federalistas. Os Unionistas defendiam o Federalismo, mas que houvesse supremacia da União em relação aos Estados Federados; já os Federalistas pregavam o oposto, influenciados pela fórmula norte-americana que prevê a supremacia dos Estados em relação à União. Prevaleceu a corrente Unionista e, em 1891 foi promulgada a primeira Constituição Republicana do Brasil.

Com grande influência da Constituição norte-americana, a Constituição de 1891 previa, em suma, “a *República* como forma de governo; o *Federalismo*, como princípio constitucional de estruturação do Estado; a *Democracia*, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais” (SILVA, 2011, p.27). Houve uma ruptura profunda com a Constituição precedente, sobretudo em relação à divisão de poderes, extinguindo-se o Poder Moderador, incompatível com o sistema atual, e adotando-se o sistema tripartite.

A Constituição Republicana, mesmo ao consolidar uma visível tentativa de democratização, não encontrou respaldo fático diante das fortes tradições já sedimentadas no Brasil, não logrou concretizar as mudanças das quais se incumbia, o que “evidenciava que as instituições mesmas se mostravam impotentes para romper a tradição, o costume, a menoridade cívica, os vícios sociais ingênitos, que faziam a República padecer a desforra do passado” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 229).

Ainda que tivesse como objetivo a descentralização do poder, este acabou por ser um dos principais entraves à sua efetivação, uma vez que o sistema previsto pela

Constituição de 1891 fortaleceu os governadores dos Estados e, conseqüentemente, o chamado Coronelismo.

Os coronéis eram os grandes fazendeiros integrantes das oligarquias rurais, que se utilizaram da descentralização do poder tão almejada por eles para fraudar o sistema eleitoral legítimo previsto pela Constituição Republicana e introduzir na política o poder de fato que já exerciam em suas regiões. Isso porque, não sendo o voto secreto, os eleitores eram compelidos a votar no candidato escolhido pela elite rural, sempre sob o controle de representantes dos coronéis.

Além do Federalismo, essa articulação foi viabilizada pela relação estabelecida entre os coronéis e quem deles dependia, pois, como bem define Carone (1969) apud Silva (2011, p. 58), “o fenômeno do Coronelismo tem suas leis próprias e funciona na base da coerção da força e da lei oral, bem como de favores e obrigações”. Ainda nas palavras do renomado autor “esta interdependência é fundamental: o coronel é aquele que protege, socorre, homizia e sustenta materialmente seus agregados; por sua vez, exige deles a vida, a obediência e a fidelidade”.

Como se vê, a força política das oligarquias rurais se sustentava na propriedade e na própria figura dos coronéis, “que centralizavam em suas mãos, nos sertões, os três Poderes fundamentais da República: legislavam, julgavam e executavam” (SILVA, 2011, p. 60). O acesso dessa elite ao poder era praticamente direto, “a relação de força dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República” (SILVA, 2011, p. 27), assim era em praticamente todo o território brasileiro, logo, dominavam e manipulavam a política ao seu alvedrio.

Porém, esse cenário despertou a indignação de outras camadas da sociedade que não encontravam representatividade no poder, principalmente da classe média que surgia no Brasil. Aliaram-se a elas, como “defensores da sociedade”, os militares, que exigiam, além de outras mudanças, o voto secreto e universal. Apesar de em 1926 a Constituição passar por reformas, estas não foram suficientes para conter o movimento Tenentista insurgente, que culminou com a Revolução de 1930.

A Revolução gira em torno, basicamente, do conflito entre os dois Estados que se alternavam na presidência desde 1894, Minas Gerais e São Paulo. Tendo São Paulo sido o último a eleger um presidente, Minas Gerais seria o próximo. Entretanto, Julio Prestes, candidato de São Paulo, recebeu o apoio do governo, o que gerou forte oposição de Minas Gerais que, juntamente com os estados do Rio Grande do Sul e Paraíba, formaram a “Aliança Liberal” e indicaram Getúlio Vargas, então presidente do Rio Grande do Sul, como candidato

à presidência do país. Julio Prestes venceu as eleições, mas nem sequer assumiu o poder, pois antes mesmo uma Junta Militar havia deposto o Presidente Washington Luiz e logo depois foi impelida pelo movimento revolucionário a transferir o poder a Getúlio Vargas.

Contudo, leviano seria afirmar que a Revolução foi a responsável pela decadência do sistema vigente, quando na verdade só colocou abaixo aquilo que já estava desgastado por fatores anteriores a ela, tais como o sistema eleitoral corrompido pelas oligarquias rurais e a consequente oposição da classe média que surgia no país, além de fatores externos como a crise de 1929 nos Estados Unidos que afetou profundamente a agricultura cafeeira no Brasil.

A dissonância com a realidade brasileira e a consequente falta de força normativa da primeira Constituição da República fizeram dela uma fonte de avanços formais que tiveram sua concretização tragada pela força de um sistema arraigado na cultura do Brasil, tendo por consequência lógica o seu declínio.

2.3 Constituição de 1934

Diante do contexto político, grandes eram os ânimos em razão da perspectiva de mudança que um novo governo traria, bem como a implementação de um novo sistema que garantisse maior participação popular na conjuntura política. Assim que assume o poder, Getúlio Vargas instaura o Governo Provisório, que assumiria, além do Poder Executivo, provisoriamente o Legislativo até que a Constituinte estabelecesse a estrutura da nova organização política.

Entretanto, a convocação da Constituinte foi postergada algumas vezes, pois antes era necessário dissolver os conflitos que atravancavam a sua concretização: os interesses divergentes entre oligarquias e movimento Tenentista e a Revolução Constitucionalista de São Paulo em 1932. Não obstante esse atraso, durante os três anos que precederam a Constituinte, o governo provisório tomou importantes medidas, uma delas de extrema relevância ao processo democrático: a promulgação do Código Eleitoral em 1932, que em suma, previa “outorga do direito de voto às mulheres, voto secreto, votação proporcional, criação de Justiça Eleitoral, com funções administrativas e contenciosas, fiscalização dos partidos, alistamento, apuração dos pleitos, diplomação dos eleitos” (SILVA, 2011, p. 65), rompendo

definitivamente com as forças que impediam a consumação de um sistema eleitoral legítimo: o coronelismo e a política dos governadores.

Mesmo que ainda não houvesse uma nova Constituição que estabelecesse as bases da nova república, Getúlio Vargas já se mostra ativo no tocante às questões sociais, sendo uma de suas primeiras medidas a criação do Ministério do Trabalho, principalmente em virtude da necessidade da regularização da relação entre a burguesia industrial e a classe operária que surgiam no cenário brasileiro.

Em 1933, tem-se início a Assembleia Constituinte e, em 1934 é promulgada a nova Constituição do Brasil, que inaugura a chamada Segunda República.

As conquistas da Constituição anterior em relação à estruturação do poder foram preservadas: a República Federativa, o Presidencialismo e o sistema tripartite de divisão de poderes (SILVA, 2011, p. 68), em relação a este último, por sua vez, houve um retrocesso, uma vez que o Poder Legislativo seria exercido apenas pela Câmara dos Deputados, restando ao Senado Federal “funções assemelhadas às do Poder Moderador – que a tanto equivalia incumbir essa Casa Legislativa de coordenar os poderes federais entre si e velar pela Constituição” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 231).

Integrou a seu texto institutos que já haviam sido previstos pelo Código Eleitoral, como o voto feminino e a Justiça Eleitoral, que passa a ser parte do Poder Judiciário (SILVA, 2011, p. 69).

Assim como Getúlio Vargas já havia sinalizado, os direitos sociais foram um dos principais objetos da Constituição de 1934, conseqüência de transformações que ocorriam no panorama internacional com o advento da segunda dimensão de direitos fundamentais, resultantes da crise do Liberalismo frente aos problemas sociais dele decorridos e a conseqüente busca pela Igualdade. Enquanto o liberalismo se baseava na não interferência do Estado, a Igualdade se voltava à ingerência deste em questões até então consideradas privadas, como as relações trabalhistas. Isso porque, ao se abster dessas questões e consagrar a liberdade individual, deu-se oportunidade à dominação da classe menos favorecida por aquela dominante economicamente, o que o marxismo chamou de “luta de classes”.

Inspirada pela Constituição alemã de Weimar, uma das responsáveis pela consolidação dos direitos sociais, a segunda Constituição da República caminhou, então, em direção à nova orientação democrática mundial e, “ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura” (SILVA, 2011, p. 69), assegurando a prevalência do bem social sobre o individual.

Apesar da grande expectativa que rondou sua concepção, a Constituição de 1934 durou apenas três anos e passou por três emendas que conferiram cada vez mais poder ao Executivo, já revelando as linhas gerais da Constituição que estava por vir e as características do governo de Getúlio Vargas, ou seja, “a pouca ou nenhuma inclinação para as práticas democrático-institucionais, que ele substituíra pela lógica do individualismo providencialista” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p.233).

A tomada do poder não havia garantido a Vargas um governo pacífico. O fim da Primeira Guerra Mundial dissipou pelo mundo as novas ideologias emergentes de Hitler, Mussolini e do Comunismo, acolhidas pelas organizações partidárias que se formam no Brasil após a Revolução de 1930 e já manifestam suas intenções pelo poder.

Foi através das próprias emendas que Getúlio Vargas encontrou embasamento para o Golpe de estado de 1937, implantando o Estado Novo sob a escusa de dirimir os movimentos contrários que “oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central” (SILVA, 2011, p.70).

2.4 Constituição de 1937

O fortalecimento do poder central, como arquitetou Vargas, esbarrava nas instituições previstas pela própria Constituição vigente, fruto das conquistas democráticas e da evolução política que ocorriam no país em direção a uma descentralização do poder desde antes da promulgação da Constituição de 1891.

A Constituição de 1937 nasce, portanto, com o propósito de conferir ao Executivo maior ingerência e controle do poder. Esta nova carta política “teve duas singularidades importantes, uma relativa ao processo legislativo, outra referente ao controle de constitucionalidade das leis” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 234).

No que concerne ao processo legislativo, estaria o Poder Executivo autorizado a elaborar decretos-leis enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional. Quanto ao controle de constitucionalidade, houve uma inovação: as normas consideradas inconstitucionais, mas que, a juízo do presidente, fossem necessárias ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional, deveriam ser submetidas novamente ao Parlamento que poderia, então, vetar a decisão do Tribunal. Considerando que o Parlamento nem sequer entrou em atividade

durante a ditadura Vargas, o poder legislativo e o controle de constitucionalidade foram exercidos plenamente pelo presidente, o que garantiu total controle do poder pelo Executivo (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 234).

Sobre a era Vargas, vale mencionar a breve e clara definição de José Afonso da Silva (2011, p. 71): “houve ditadura pura e simples, com os Poderes Executivo e Legislativo concentrados nas mãos do Presidente da República. Liquidou-se também o Federalismo, pela eliminação da autonomia dos Estados”, garantindo ao presidente o exercício do poder central, bem como vislumbrado no momento da concepção da nova Constituição.

Não obstante tenha vigorado durante toda a ditadura Vargas, diz-se que a Carta de 1937 não passou de mero documento sem qualquer caráter constitucional, não se elevou a status de Constituição, pois sua homologação, como previa o artigo 187, dependia de aprovação popular após a realização de um plebiscito que sequer chegou a ser convocado. Como consequência, também não houve eleições para o Parlamento, fato de todo propício às articulações políticas de Getúlio que “elevou-se acima da Constituição e dela totalmente desvinculado conduziu o governo como mandou a sua conveniência” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 236).

Porém, nem mesmo suas manobras políticas impediram a gradativa decadência de seu governo diante das profundas transformações no cenário interno e internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial.

O mundo pós-guerra, perplexo pelas atrocidades cometidas pelo nazismo e fascismo, pleiteia uma nova ordem, capaz de garantir os direitos fundamentais, fixada na democracia e na constituição. Tais fatores não demoram a repercutir no Brasil, que vive então um paradoxo: ter contribuído para a derrocada das ditaduras nazifascistas, mas ainda ser regido por um governo ditador.

Sob intensa pressão de movimentos internos que se filiavam à nova orientação mundial, não restou qualquer alternativa ao governo Vargas a não ser dar início a um processo de redemocratização, ou “reconstitucionalização”, como o define José Afonso da Silva (2011, p. 71):

Falar em redemocratização pressupõe que tenha havido antes a Democracia. (...) Até o regime da Constituição de 1946 (...) o Brasil não teve regime democrático. Teve algumas instituições formais de democracia representativa. Mas a realidade é que o País viveu regimes elitistas de natureza oligárquica. Então, “redemocratização” corresponde, em verdade, a “reconstitucionalização”, de vez que no período ditatorial não se pode dizer que houve um regime constitucional. Havia uma semântica constitucional, um instrumento formalmente idêntico a uma Constituição, mas em verdade era um instrumento do arbítrio, da força, do autoritarismo.

Na tentativa de se manter no poder, Getúlio anuncia a Lei Constitucional 9, que dentre uma série de medidas inclui “a convocação de eleições gerais para que entrassem em efetivo funcionamento os órgãos representativos previstos na Constituição, que ele mesmo estiolara durante o Estado Novo” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 236). Porém, essa aparente “abertura política” foi motivo de desconfiança das forças ora opositoras, culminando com a decadência completa de Getúlio, deposto da presidência em 1945 pelo mesmo movimento que o conduziu ao poder.

Assume provisoriamente o governo o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, até a convocação de eleições que, em 1946, deram vitória a Eurico Gaspar Dutra, representante dos militares. E, finalmente, é instaurada a Assembleia Constituinte reivindicada pelo movimento constitucionalista que surgira ainda durante o Estado Novo.

2.5 Constituição de 1946

A Constituinte, então, dá início aos seus trabalhos rodeada da intensa expectativa do povo brasileiro que via na ruptura com o antigo sistema a garantia de redemocratização.

Decidiu-se tomar como base aos debates a Constituição de 1934, e não um anteprojeto como nas Constituições precedentes, daí se concluir que a Constituição de 1946 muito manteve daquela que teve como fundamento.

Vale ressaltar que a Constituinte, embora tendo presentes diferentes correntes ideológicas, era formada em sua maioria pela opinião conservadora. Mesmo assim, a Constituição de 1946 é considerada a mais democrática das Constituições se comparada às anteriores. Isso porque, “propiciou um clima de debates democráticos e deu azo ao surgimento do mais moderno Estado de Terceiro Mundo naquele instante” (SILVA, 2011, p. 40).

Preocupou-se com a distribuição mais efetiva das competências entre União, Estados e Municípios, sendo ela a responsável por retomar o Federalismo que, diante da ânsia de Getúlio de estabelecer um poder centralizado, havia desaparecido sob a égide da Carta de 1937. Ainda em relação à separação de poderes, voltou-se a reestabelecer o equilíbrio entre

eles, recompondo o Congresso Nacional, apesar de as críticas indicarem ter sido o Legislativo o maior favorecido, acabando por novamente desequilibrar o sistema tripartite.

Pode-se dizer que foi uma Constituição Intervencionista, talvez, um intervencionismo necessário, principalmente por ter sido promulgada imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo, ainda chocado com a trágica experiência das ditaduras, exigia uma carta que garantisse os direitos humanos acima de tudo. Portanto, “seu valor ressalta-se no fato de ter consolidado a declaração de direitos fundamentais do homem nas dimensões individuais, sociais, culturais e políticas” (SILVA, 2011, p. 40).

Independentemente das transformações advindas do plano de redemocratização, a população, que havia depositado grande esperança na nova ordem política, não sentia em sua esfera qualquer mudança, havia inclusive “um sentimento de orfandade e de saudade, em relação à figura carismática” de Getúlio Vargas, circunstância que acaba por favorecer seu retorno ao poder “não mais como chefe de nenhuma insurreição armada, e sim como Presidente da República, sacramentado pelo batismo das urnas” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 240).

Getúlio apoiara seu programa de governo em “dois compromissos básicos – proteção ao trabalhador e nacionalismo econômico”, fatores imprescindíveis à sua candidatura numa época em que o Brasil estava em pleno desenvolvimento industrial e já possuía uma burguesia industrial e uma classe operária bem definidas, deixando de lado a velha concepção de que éramos um país essencialmente agrícola. Entre as mais importantes medidas, cumpre salientar o incentivo à sindicalização; o Monopólio Estatal do petróleo, com a Petrobrás; Eletrobrás, que transfere a exploração e distribuição de energia elétrica, até então sob o domínio de empresas estrangeiras, ao controle interno; e a restrição ao capital estrangeiro (SILVA, 2011, p. 40).

Entretanto, tais medidas estremeceram os ideais conservadores ocasionando uma sucessão de impasses e conflitos políticos que culminam com o Golpe de 1964, quando retoma forças o Movimento Tenentista apoiado pelas maiorias populares ante a insatisfação com o governo do então Presidente, João Goulart.

A Junta Militar que se apropriara do poder passa a conduzir o governo por meio da expedição de Atos Institucionais e Decretos-Leis. O primeiro Ato Institucional veio ainda em 1964, dias após a queda de Jango, “mantendo a ordem constitucional vigente, mas impondo várias cassações de mandatos parlamentares e inumeráveis suspensões de direitos políticos”. A expedição dessas “emendas” sem qualquer caráter constitucional fundamentava-

se no poder constituinte de que se auto investiram os militares em nome da “Revolução”, como chamavam o Golpe de 1964 (SILVA, 2011, p. 77).

A ingerência militar na Constituição de 1946 foi bastante intensa, transformavam o texto constitucional à medida de seus interesses deixando de lado qualquer subordinação ao princípio da soberania popular, que em nenhum momento legitimara tal poder, até que, em 1966 sobrevém o quarto Ato Institucional voltado à promulgação de uma nova Constituição.

2.6 Constituição de 1967

O Ato Institucional n. 4 delegou poderes constituintes ao próprio Congresso Nacional, que deveria então deliberar sobre um projeto de Constituição que o Presidente havia mandado elaborar. O Ato não somente previa a convocação do Congresso Nacional, como também estabelecia todas as diretrizes do processo, fixando até mesmo a data em que deveria ser promulgada a nova Constituição, independente de terem cessado ou não as deliberações.

Mesmo que aparentemente legítimo, havia na realidade um “poder constituinte meramente nominal”, pois, como observa Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 240):

Não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte; que os parlamentares, além de não estarem investidos de faculdades constituintes, encontravam-se também cerceados pelos atos institucionais; e finalmente, que a coação ao trabalho dos parlamentares, exercida pelos atos excepcionais, impediu que os representantes do povo, mesmo sem os poderes constituintes autorizados pelo eleitorado, pudessem fazer uma Carta Constitucional relativamente independente.

Embora não encontrasse legitimação e estivesse limitado de qualquer liberdade da qual um Poder Constituinte é dotado, ainda esforçou-se “para aprimorar o projeto do governo, cheio de inépcias e incongruências” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p.241), uma de suas tarefas de maior valia foi reintegrar ao texto constitucional a garantia dos direitos fundamentais que, embora elencados pelo projeto original do governo, estavam subordinados aos limites da lei.

Após os vinte anos de vigência da Constituição democrática de 1946, consolidava-se, pela Constituição de 1967, a volta de um sistema ditatorial, retroagindo o Brasil nos moldes da Carta de 1937, com a qual a Constituição em vigência guardava intrínseca correspondência.

Baseava-se, claramente, nas linhas do autoritarismo. Previa eleição indireta para Presidente, “uma fórmula, que, politicamente, limita as possibilidades de acesso ao poder por forças oposicionistas; afasta os líderes carismáticos; anula a controvérsia eleitoral; reduz as possibilidades de mudança”, bem como pretendiam os líderes militares. Também dotou o Poder Executivo de maiores atribuições, vindo este a ter quase que total controle do processo legislativo, já que era autorizado a expedir Decretos-Leis sobre matéria de segurança nacional e finanças públicas que, por sua vez, teriam vigência imediata e não poderiam ser emendados por qualquer das Casas Legislativas, além do que, se não votados dentre sessenta dias, seriam tidos como aprovados (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 242).

Durante toda a ditadura militar o autoritarismo se fundamentou na falácia de que o “povo brasileiro, ainda não estando preparado para o exercício da democracia, deveria ser governado por um Executivo forte, centralizado, nacionalista e intervencionista” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 241). Cabe destacar ainda, que o governo militar procurava legitimar seus atos em nome da “segurança nacional”, doutrina que surge ainda sob a égide da Constituição de 1946, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial e que pregava o estado de guerra total, da qual os Estados deveriam se defender, mesmo que em detrimento da democracia.

Toda estrutura engendrada pela Constituição de 1967 a dar sustentação à ditadura militar, entretanto, não durou muito tempo. Logo foi expedido o mais autoritário e cruel dos Atos Institucionais, o AI-5, que conferiu ao Executivo poderes extraordinários, elencados aqui por José Afonso da Silva (2011, p. 81):

Tudo se poderia fazer: fechar as Casas Legislativas, cassar mandatos eletivos, demitir funcionários, suspender direitos políticos, aposentar e punir magistrados e militares e outros. Mas o que ainda era pior é que não havia nada mais que impedisse a expedição de outros atos institucionais com qualquer conteúdo. O regime foi um estado de exceção permanente: pura Ditadura.

O regime ditatorial, que por ora já violava tantos direitos fundamentais, se endurece ainda mais com a política dos atos institucionais, tendo em suas mãos a máquina estatal a mercê de seus interesses, manipulada a fim de reprimir qualquer força opositora que ameaçasse seu poder.

Já se desenhava um campo propício a um novo golpe militar quando o então Presidente Costa e Silva tem que se afastar do poder em razão de problemas de saúde, fato que abriu o caminho de vez para que uma Junta Militar assumisse o controle do país e, “fazendo uso de sucessivos atos institucionais, declararam vagos os cargos de Presidente e

Vice-Presidente da República; suspenderam a eleição indireta; [...] e finalmente [...] editaram, em 17 de Outubro de 1969, a Emenda Constitucional n. 1” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 244).

Também intitulada de Constituição, mesmo que não legitimada por qualquer processo constituinte, a Emenda n. 1 era ainda mais autoritária que a Constituição precedente, marcada pelo total desrespeito aos direitos humanos, por retirar do Legislativo toda prerrogativa de poder e fortalecer ainda mais o Poder Executivo.

Desprovida de qualquer caráter constitucional, seja pela inexistência do formalismo procedimental em sua criação, seja pelo conteúdo material, destinava-se acima de qualquer outra questão, a “dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato” (MENDES, COELHO, BRANCO, p. 244).

Foi nesse cenário, o mais obscuro da história do país, que, durante 20 anos, equilibrou-se no governo a ditadura militar, mas, mesmo julgando-se protegida pela redoma de poder que havia criado, não suportou a pressão da luta pela democratização, de uma população que vivera todos esses anos intimidada, tolhida de seus direitos mais elementares, limitada de qualquer acesso ao poder do qual, na verdade, deveria ser titular.

A luta pela conquista do Estado democrático de Direito que existira desde o Golpe de 1964 ganha ainda mais força em 1984, quando a população, diante da crise econômica e social de um já enfraquecido governo militar, avistando a possibilidade de eleições diretas para Presidente, vai às ruas em favor do famoso Movimento das “Diretas Já” (SILVA, 2011, p. 32).

Foi esse o golpe de morte da ditadura, abrindo espaço para a construção de um novo sistema e reconstrução daquela democracia retirada à força da população pelo Golpe de 1964.

2.7 Constituição de 1988

Depois de experimentar amargamente um longo período de ditadura e vivenciar o lado extremo do autoritarismo, o Brasil, agora, buscava implantar as bases do novo sistema, voltado ao reestabelecimento de três equilíbrios nos quais se alicerça o Estado Democrático de Direito, enumerados aqui por José Afonso da Silva (2011, p. 82):

[...] (a) o equilíbrio entre o poder estatal e os direitos fundamentais do homem; (b) o equilíbrio entre os poderes governamentais – Legislativo e Executivo especialmente; (c) o equilíbrio entre o poder central e os poderes regionais e locais – ou seja, equilíbrio federativo [...].

Para alcançar essas metas não havia outra medida que não a convocação de uma Assembleia Constituinte que promulgaria então a nova norma estrutural do sistema.

Antes disso, em 1985, ainda ocorriam no Brasil eleições para Presidente. Diferente do que pleiteava a população, as eleições ainda foram indiretas, mas o candidato eleito, Tancredo Neves, consciente do novo contexto político nacional, já insere em seu programa de governo o projeto de um “Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo” (SILVA, 2011, p. 83).

Tancredo Neves morre antes mesmo de assumir o poder, mas o “Projeto de Transição”, como chamou seu plano de governo, é acolhido por seu Vice-Presidente, José Sarney, que começa a executá-lo.

O governo apresenta um projeto de emenda constitucional para convocar a Assembleia Constituinte. Porém, a questão passa a ser amplamente debatida entre diferentes organizações sociais, que defendiam a ideia de uma Constituinte exclusiva, e não um Congresso Constituinte, formado por deputados e senadores, tal qual previa o projeto. Apesar das críticas, foi acolhido o projeto do governo.

Ao contrário das Constituições que a antecederam, não assentou suas deliberações em um texto previamente elaborado. Buscou acima de tudo se distanciar de antigos sistemas e garantir a participação popular no processo constituinte, dando ao povo a oportunidade de participar dos debates e apresentar propostas: “foram 122 emendas populares, num total de 12 milhões de assinaturas”, o que mostra “o quanto o processo foi bem-recebido” (SILVA, 2011, p. 87).

Essa postura já dava sinais do caminho que a Constituinte pretendia perseguir, voltando seus olhos a quem ela verdadeiramente deve se destinar, o povo. Postura essa que resultou em uma Constituição “garantista” ao passo que se preocupou em abrigar, além dos direitos já conquistados, os chamados “novos direitos”, os direitos daqueles que merecem ter um tratamento diferenciado. Materializou, portanto, a máxima de Aristóteles: “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” ao elencar entre o seu catálogo de direitos os direitos da criança, do deficiente mental, dos incapacitados e das mulheres (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 248), não por menos foi

denominada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de Constituição cidadã.

Pela recente ruptura com um sistema ditatorial e autoritário, desenvolveu-se uma Constituição analítica, extensa, com um total de 347 artigos, abarcando mesmo conteúdos meramente formais, que não fazem parte de sua atribuição, o que evidencia o seu intento em deixar explícita a garantia dos direitos por ela elencados de forma a não dar azo a qualquer oportunismo de governo, tornando mais rígida, ou mesmo impossibilitando, a supressão destes direitos.

Para concretizar o plano de reequilibrar os poderes as mais importantes medidas se direcionaram ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Ao Ministério Público, antes visto como “braço do Executivo”, foi assegurado “amplos poderes e garantias, para atuar em nome da Sociedade e do Estado, podendo nessa condição, contrapor-se até mesmo ao Governo, sempre que, a seu juízo os interesses da administração entrem em choque com os direitos dos cidadãos”. Ao contrário do Poder Judiciário, que depende de provocação para o exercício de suas funções, o Ministério Público é um órgão autônomo, ao qual mais do que atuar em âmbito penal, também foi delegada a função de agir em questões de natureza cível “necessárias à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Soma-se ainda a todas essas atribuições a legitimidade a ele conferida para propor ações de controle de constitucionalidade, fatores que revelam o grandioso órgão que a Constituição de 1988 concebeu, indiscutivelmente necessário à proteção do Estado Democrático de Direito (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 249 e 250).

Em relação ao Poder Judiciário, dois planos merecem atenção: a criação do Conselho Nacional de Justiça e a mudança nos sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Embora não tendo sido criado propriamente pela Constituição de 1988 e sim pela Emenda constitucional n. 45 em 2004, a criação do Conselho Nacional de Justiça foi uma das grandes inovações em nome do reequilíbrio dos poderes. Isso porque o cerne de sua concepção foi o exercício de um controle do Poder Judiciário, em uma época em que avultosos abusos ocorriam na esfera da magistratura. Sua atuação, entretanto, não se restringe ao controle, é também um órgão auxiliar do Poder Judiciário, principalmente nas questões administrativas e de planejamento.

Quanto ao controle de constitucionalidade a maior contribuição de nossa Constituição foi lhe conferir a completude necessária a resguardá-la. Primeiramente por

aumentar o rol de legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade, desligando-se de vez do antigo sistema, que conferia essa função única e exclusivamente ao Procurador-Geral da República, revelando o intento restritivo do antigo governo autoritário. Em segundo lugar, por criar novos mecanismos de controle: a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental, que ampliaram o alcance da jurisdição constitucional, tornando sua abrangência completa ao abarcar questões antes fora de seu domínio.

Questão não menos importante, ainda relativa ao Poder Judiciário, que deve ser mencionada, diz respeito a outra inovação trazida pela Emenda constitucional n. 45: a Súmula Vinculante. Editadas pelo STF acerca de temas que já se tornaram pacíficos, tornam-se obrigatórias a todos os magistrados e têm sido alvo de constantes críticas e divergências doutrinárias. As críticas se voltam a dois pontos: por seu caráter normativo, estaria o Judiciário exercendo funções legislativas, o que comprometeria o equilíbrio do poder; além disso não integram o âmbito de atuação do controle de constitucionalidade.

Em que pesem os fatores divergentes, o engrandecimento do Poder Judiciário, ao qual cabe nada menos que a guarda da Constituição, só realça o novo sentido que o Constitucionalismo seguiu, alçando a Constituição como lei suprema e maior garantidora do Estado Democrático de Direito.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Considerando que o Estado Democrático de Direito é um dos “modelos” de Estado de Direito, o ponto de partida deste capítulo deverá ser a conceituação deste último, juntamente com a definição de Democracia para, então, com a fusão dos institutos, adentrarmos ao tema.

3.1 O Estado de Direito

Partindo do conceito bastante superficial de que Estado de Direito é o Estado que encontra suas bases e limites no Direito, infere-se que o termo carrega em si questões mais profundas, amplas, que merecem aqui ser discutidas.

As raízes do Estado de Direito se assentam numa época marcada por injustiças e abusos de reis que encontravam no Estado Absolutista todos os instrumentos necessários para governar de forma arbitrária e na medida de suas próprias vontades. Baseado na concentração de poder nas mãos de um soberano, o regime absolutista criava uma desigualdade excessiva entre Estado e indivíduos e, sendo assim, fazia-se necessário determinar limites, limites estes que seriam a própria lei.

Encontra-se no desencadear desses fatos substrato do primeiro modelo de Estado de Direito, o Estado Liberal de Direito. Vê-se que este modelo de Estado surge primordialmente com o objetivo de solucionar os problemas do regime precedente. Enquanto no regime absolutista havia um Estado intervencionista, demasiadamente presente nas relações privadas, o novo regime tinha como principal propósito a liberdade, buscando se desvencilhar das garras do Estado. Esse modelo de Estado atendia principalmente aos interesses da burguesia, poderosa economicamente, mas limitada politicamente.

Chamado de Estado Liberal burguês, logo mostrou-se ineficaz pois a ideologia liberal revelou-se tão somente na liberdade da burguesia, que detendo o poder serviu-se dela para garantir seus interesses em detrimento da classe operária. A total liberdade nas relações privadas e a abstenção do Estado nessa esfera, resultaram em muitos abusos, sobretudo nas relações trabalhistas.

Eis os ensinamentos de Díaz (1983) apud Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 202) acerca do tema:

O liberalismo clássico, com o seu fundo de individualismo burguês, constitui insuficiente garantia para a realização e proteção dos direitos e liberdades de todos os homens [...]. Com efeito, na ideologia do Estado liberal e na ordem social burguesa, os direitos naturais ou direitos humanos identificam-se, sobretudo, com os direitos da burguesia, direitos que só de maneira formal e parcial se concedem também aos indivíduos das classes inferiores.

Os problemas do Estado Liberal, portanto, logo evidenciaram as falhas do sistema, o que marcou a transição para um novo modelo de Estado de Direito, o Estado Social de Direito, “constituído este como intento necessário de superação do individualismo, por meio do intervencionismo estatal e da atenção preferencial aos chamados direitos sociais” (DIAZ, 1983 apud MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 202). A liberdade, antes preconizada como solução ao regime absolutista, mostrou-se como principal problema a ser superado pelo Estado Social, que trouxe de volta o intervencionismo estatal, mas não um intervencionismo nos moldes do Estado absolutista, um intervencionismo no sentido de garantia de direitos contra a opressão de uma classe dominante.

Porém, esse novo modelo também se revelou insuficiente às necessidades da sociedade, fazendo uso das palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 203), “a insuficiência maior do Estado Social de Direito residiria em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida democratização econômica e social, a economia do gênero humano proclamada pelos entusiastas do neocapitalismo”.

Por isso, em mais um capítulo da história, a fim de superar as falhas do modelo precedente, surge o Estado Democrático de Direito. Objeto de estudo deste capítulo, será tratado em título próprio.

Independentemente do modelo, vale aqui ratificar, o Estado de Direito é aquele que se limita pelo Direito, ou, como bem define J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 87), é “a domesticação do domínio político pelo direito”, Direito que o próprio Estado cria e se fundamenta. O Direito que fundamenta o Estado deve ser entendido “como um sistema de normas democraticamente estabelecidas”, que, para assim serem consideradas devem cumprir alguns requisitos, e aqui, mais uma vez merecem ser lançados os ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 199):

[...]

a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;

- b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
 - c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e
 - d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material
- [...].

Logo, a lei que exercerá o controle do Estado não é qualquer lei, é uma lei válida, que para tanto tenha sido elaborada obedecendo a parâmetros que ela mesma estabeleceu, e que cumpra princípios que ultrapassam a simples legalidade e alcançam o sentido de justiça.

3.2 Democracia

Como se depreende da própria morfologia da palavra, derivada do grego, democracia é o governo do povo, ou, como define Kelsen (1993, p. 140): “a essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política”. Da definição de Kelsen, extraem-se dois elementos chaves de sua teoria: a liberdade e o povo.

A ideia de liberdade no regime democrático não se vincula a uma liberdade individual – um dos fatores da crise do Estado Liberal de Direito – mas de uma liberdade social, a liberdade de participação do “próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado”. Esse conflito entre a liberdade individual e social é, para Rousseau, o problema da democracia: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja qualquer membro a ela pertencente e na qual o indivíduo, mesmo se unindo a outros, obedeça apenas a si mesmo e permaneça livre como antes” (KELSEN, 1993, p. 28 e 29).

Tal concepção nos remonta à tese do contrato social na formação do Estado, em que o indivíduo abre mão da liberdade individual pela liberdade social, “renuncia a toda sua liberdade para reavê-la como cidadão” (KELSEN, 1993, p. 33) e isso é o que legitima a atividade do Estado em nome do bem comum, da vontade da maioria. Nesse sentido, em que pese à ideia de que a liberdade social descaracterizaria a própria liberdade individual, a liberdade no sentido democrático se consubstancia na participação dos indivíduos na formação das normas às quais eles mesmos estarão submetidos.

Quanto ao segundo elemento apontado por Kelsen, o povo, deve-se levar em consideração que num regime democrático o povo é, ao mesmo tempo, fonte e titular do

poder. Mas o que seria o “povo”? O problema da conceituação de povo num Estado democrático é que ela dificilmente será capaz de demonstrar a realidade fática, mesmo assim, essa conceituação ainda é necessária. Para Kelsen, o sentido de povo, mesmo que aplicado apenas ao exercício do poder, é a pluralidade de indivíduos que compõem uma unidade. Essa unidade, porém, expressa somente a unidade dos atos humanos submetidos ao controle do Estado, e não a unidade dos indivíduos em si, e é essa unidade que irá formar a vontade geral (KELSEN, 1993, p. 35 e 36).

No Brasil, a democracia vem consagrada como princípio constitucional expresso pelo parágrafo único do artigo 1º que prevê que “todo poder emana do povo”, corroborando o que já foi mencionado, que a legitimidade do Estado se repousa no próprio povo.

O ordenamento pátrio optou por duas formas de democracia: indireta e semidireta. O exercício do poder ocorre de forma indireta através de representantes eleitos, aos quais é delegado o poder soberano por meio de eleições diretas. A forma semidireta alia mecanismos da democracia indireta e direta. A democracia direta propriamente dita, como exercida nas sociedades mais antigas, seria inviável nos dias de hoje, principalmente em um Estado tão grande e complexo como o Brasil, uma vez que o seu exercício implicaria em um plenário de cidadãos eleitores, o que “pressupõe uma estrutura territorial e social praticamente inexistentes na época actual” (CANOTILHO, 1998, p. 284). No Brasil, é garantido o exercício semidireto do poder pelo povo por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular, conforme artigo 14 da Constituição Federal, assegurando o acesso ao poder sem que tenham sempre que depender de seus representantes.

Para que a democracia passe do plano ideológico para o plano concreto, é necessário que o Estado promova elementos que viabilizem a participação popular no exercício do poder, como eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes, o voto direto, secreto e periódico, a soberania popular – que legitima o exercício do poder político por meio de representantes do povo – e a liberdade de voto, já que esses mecanismos de participação são os responsáveis por promover a democracia em uma sociedade. Esse é o entendimento perfilhado por Kelsen (1993, p. 142), que assim aduz: “A participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia”.

3.3 O Estado Democrático de Direito

Segundo Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 213), o Estado Democrático de Direito pode ser definido como a “organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto secreto, para o exercício de mandatos periódicos”.

Da conceituação do renomado autor, extraem-se o próprio conceito e os institutos da democracia. Portanto, pode-se acrescentar à sua definição, também aquela definição de Estado de Direito, de que é o Estado que se subordina à soberania da lei, fazendo, assim, a fusão entre os dois institutos.

No Brasil, a Constituição de 1988, em seu artigo 1º¹, tratou de expressamente caracterizar o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. Diversamente das Constituições anteriores, que traziam apenas a expressão “Estado de Direito”, nossa Constituição atual adicionou o termo “democrático”. Como qualquer termo inserido na lei tem um significado, infere-se que o constituinte quis deixar evidente o espírito da nova Constituição, quis expressar, de forma irrefutável, que mais que um Estado que se fundamenta e se limita na lei, este Estado deve emanar da vontade do povo, excluindo, “por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos” (REALE, 2005, p. 2).

Ainda nesse sentido, vale destacarmos os dizeres de J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 94): “O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (to check te Power), foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State Power)”.

Ainda há o entendimento de que, mais do que ser hoje um Estado Democrático de Direito, o Brasil é também um Estado Democrático Social de Direito, princípio que se extrai da interpretação sistemática da própria Constituição. Este é o entendimento compartilhado por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano (2011, p. 131) que, para

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos desta Constituição.

demonstrar esse caráter social, enumeram alguns objetivos da Constituição: “a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais”, objetivos estes que decorrem da inclusão de normas no texto constitucional que versam sobre a valorização do trabalho, educação, família, saúde, para mencionar apenas algumas delas. Segundo ilustres autores, esses objetivos revelam, de pronto, a vontade do legislador em promover o bem-estar social e, por conseguinte, o Estado Democrático Social de Direito.

Diferente da Constituição Portuguesa que define o regime como “Estado de Direito Democrático”, o Brasil se intitula de “Estado Democrático de Direito”. Sabedores de que, como já mencionado, os termos utilizados pela lei nunca são em vão, a intenção do legislador foi qualificar o Estado e não o Direito, dando uma dimensão maior do valor da democracia no Estado de Direito, já que ao qualificar Estado, irradiam-se “os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também, a ordem jurídica” (SILVA, 2005, p. 119).

Do princípio do Estado Democrático de Direito, elevado ao status de “superconceito” por Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 213), extraem-se outros princípios que lhe dão forma ou são a forma de garantir a sua efetivação. Diversos são estes princípios, portanto, cumpre-nos aqui expor somente aqueles que nortearão o presente trabalho.

3.3.1 O princípio republicano

Como demonstrado no capítulo anterior, o Princípio Republicano foi consagrado pela primeira vez no ordenamento brasileiro pela Constituição de 1891, que marcou a transição da fase Monárquica para a Republicana. Entende-se que o Princípio Republicano é diametralmente oposto à forma Monárquica, uma vez que suas características se contrastam: enquanto a República se baseia na eletividade e temporariedade, a Monarquia fundamenta-se na hereditariedade e vitaliciedade.

Hoje impresso pelo artigo 1º da Constituição, foi definido por Aristóteles como uma das formas de governo, “governo em que o povo governa no interesse do povo” (SILVA, 2005, p. 102). Essa definição nos remete ao próprio significado da palavra “República”, que significa *res publica*, ou seja, coisa pública, coisa do povo. Sendo a “coisa pública” é para ela que o Estado deve se voltar, só sendo este legitimado pela vontade do povo.

A consubstancialização deste princípio só é possível se adotados certos pressupostos, como prevê J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 222 e 223): uma estrutura político-organizatória garantidora das liberdades cívicas e políticas; a elaboração de um catálogo de liberdades que abranja o direito de participação política e os direitos de defesa individuais; a existência de corpos territoriais autônomos, no Brasil, por exemplo, a forma federativa; legitimação do poder político baseada no povo, em que a legitimidade das leis está condicionada ao princípio democrático; e por fim, a definição de princípios e critérios ordenadores do acesso à função, baseando-se basicamente na eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade.

Portanto, embora previsto pelo art. 1º, o Princípio Republicano desdobra-se por vários outros dispositivos da Constituição, como indica José Afonso da Silva (2005, p. 103):

[...] legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais (arts. 28, 29, I e II, e 77), a existência de assembleias e câmaras populares nas três órbitas de governos da República Federativa (arts. 27, 29, I, 44, 45 e 46), eleições periódicas por tempo limitado que se traduz na temporariedade dos mandatos eletivos (arts, cits.) e, conseqüentemente, não vitaliciedade dos cargos políticos.

Depreende-se, desta forma, que muito mais que designar uma forma de governo, República é “um esquema organizatório de controle do poder” (CANOTILHO, 1998, p. 222), ou, como define José Afonso da Silva (2005, p 103), “forma institucional do Estado”.

3.3.2 O princípio da separação dos poderes

Embora já aventado por outros filósofos anteriormente, foi Montesquieu quem melhor definiu o Princípio da Separação dos Poderes. Para o nobre filósofo, tal a importância deste princípio que as liberdades do indivíduo estão a ele condicionadas (MONTESQUIEU, 2000, p. 168):

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a

vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Montesquieu já indicava o risco que corre um Estado ao instituir um poder centralizado. Não por menos a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, em 1789 estipulou em seu artigo 16 que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, firmando a separação dos poderes como fundamento da própria Constituição. Essa importância se deve ao momento histórico de seu advento, época marcada pelos abusos e despotismo das monarquias absolutistas, sendo o Princípio da Separação dos Poderes estabelecido como garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

Disposto pelo artigo 2^o da Constituição Federal, o princípio da separação dos poderes concentra em si dois núcleos essenciais: a especialização funcional, que se traduz na atribuição de funções privativas ao Executivo, Legislativo e Judiciário; e a independência orgânica entre os poderes, de forma a proibir a hegemonia de qualquer instância sobre a outra. Nesse sentido, são as lições de Luís Roberto Barroso (2011, p. 175):

A especialização funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço da independência frente aos demais Poderes.

Esses núcleos, no entanto, não são absolutos, pois os Poderes devem exercer um controle entre si – sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), e no exercício desse controle há intervenção de um Poder sobre o outro. Essa intervenção, apesar de aparentemente descumprir o preceito constitucional da independência entre os poderes, não compromete de forma alguma o sentido da separação dos poderes, pelo contrário, mantém a harmonia entre eles na medida em que coíbe a formação de instâncias hegemônicas, portanto, necessária à efetivação do próprio princípio.

Este princípio se adapta à realidade em que se insere e sua aplicação dependerá de um conjunto de fatores que constituem o Estado, incluindo a forma de governo. No Brasil, por exemplo, a separação dos poderes é relativizada em algumas situações, a saber, quando se concedeu ao Presidente a possibilidade de legislar através de medidas provisórias (art. 62) ou

² Art. 2^o São Poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

leis delegadas (art. 68), por exemplo, ou quando se admitiu que o STF emitisse Súmulas Vinculantes.

Ainda que tenha passado por transformações e não seja integralmente fiel ao que postulou Montesquieu, este princípio ainda é a base do sistema institucional da maioria dos países e cláusula pétrea da Constituição Federal do Brasil, como prevê o artigo 60, §4º, III. Acima de tudo, é ele um dos responsáveis por viabilizar e garantir o Estado Democrático de Direito, ao passo que assegura a concretização dos direitos fundamentais.

3.3.3 O princípio da legalidade

Em um Estado Democrático de Direito, sociedade e Estado são regidos pela lei. Previsto como direito fundamental pelo artigo 5º, inciso II, o princípio se revela em muitas outras expressões ao longo da Constituição Federal como “devido processo legal, supremacia da lei, vigência da lei, retroatividade e ultra-atividade da lei” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 222).

Quando do advento do primeiro modelo de Estado de Direito, o Estado Liberal de Direito, esse princípio se baseava meramente nas leis ordinárias. Entretanto, diante dos desmandos de reis absolutistas, havia a necessidade de estabelecer limites ao poder, esses limites, então, seriam a lei. A lei reinou absoluta, foi o auge do positivismo jurídico. O Direito se resumia a leis. Tanto é assim, que a atividade judiciária se baseava na mera subsunção do fato à norma, o juiz era um mero aplicador de leis. “O lugar privilegiado da lei como fonte do direito – somente a lei, votada e aprovada pelos seus representantes, obriga – neutralizava o papel do juiz que, ao aplicar o direito, somente deveria fazer a subsunção do fato à norma” (CAMBI, 2011, p. 175).

A supremacia da lei deu lugar à supremacia da Constituição a partir do momento que foi reconhecida sua força normativa. Porém, isso não significa que o princípio da Legalidade tenha sido deixado de lado, o que há hoje é uma nova postura de interpretação, levando em consideração a Constituição como instrumento de controle da própria lei. A lei continua sendo “o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 222).

3.3.4 O princípio majoritário

Apesar de ser princípio do Estado Democrático de Direito, está mais intrinsecamente associado à Democracia, “Aristóteles já dizia que a Democracia é o governo onde domina o número” (SILVA, 2005, p. 129). Para entendermos a verdade dessa afirmação, conduzimo-nos a outros princípios democráticos: “igualdade democrática, liberdade e autodeterminação” (CANOTILHO, 1998, p. 311), se a todos é garantida a liberdade de votar e a igualdade de votos, ou seja, o voto tem o mesmo peso para todos os cidadãos, o estabelecimento de uma ordem jurídica legítima pressupõe a concordância da maioria.

A maioria formará a vontade geral e esta, por conseguinte, será a vontade do Estado, o que significa dizer que o regime democrático reconhece a supremacia da vontade geral como prerrogativa para o estabelecimento da ordem social. O reconhecimento de uma ordem social que seja legítima, pois formada pela maioria, decorre do fato de que, segundo Kelsen (1993, p.28), “há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles” (indivíduos), o que significa dizer que, se há uma ordem social que esteja de acordo com a vontade da maior parte dos indivíduos, há também um número maior de vontades individuais em concordância com a vontade do Estado, o que legitima a atuação deste.

Entretanto, Peter Häberle (2003, p. 198) afirma haver uma tensão entre o Princípio da Maioria e a proteção das minorias. Isso porque, a maioria, mais forte, teria todos os mecanismos em mãos para impor sua vontade à minoria, não representada politicamente. Sendo assim, para que não ocorra o que J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 311) define como “absolutismo da maioria”, impõem-se limites ao princípio majoritário a fim de salvaguardar os direitos das minorias. Para Häberle, esses limites se encontram no reconhecimento da supremacia da Constituição e na proteção dos direitos fundamentais. Ainda nesta vertente é o que afirma Kelsen (1993, p. 68) “esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições”, ou seja, como aduz J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 311), “o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio majoritário”.

3.4 Constitucionalismo

Segundo J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 45), “constitucionalismo é a teoria (ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. O conceito dado por Canotilho abrange um conceito geral da matéria, que possui suas peculiaridades em cada país. Neste item, o constitucionalismo será tratado de acordo com os pontos convergentes que possui entre o multiculturalismo mundial, mas também algumas particularidades do caso brasileiro.

Como se depreende de toda narrativa, a Constituição, muito mais do que limite ao Poder estatal, é hoje o próprio fundamento do Estado. Porém, o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força normativa é resultado de um processo histórico de conquistas de direitos.

Apesar de relativamente recente, o fenômeno do Constitucionalismo encontra suas bases durante a Antiguidade Clássica, na Grécia, onde já se previa a lei como limitação do poder, a participação popular e até mesmo a divisão das funções estatais, campo fértil à produção das ideias de grandes filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles. Entretanto, o ideal constitucionalista, também posteriormente presente na política romana, desaparece do mundo com a queda da República de Roma.

Mesmo que já desse sinais de seu retorno em 1215, quando o Rei João Sem Terra foi impelido pelos barões a assinar a Magna Charta, o constitucionalismo só se revigora a partir do século XVII com as Revoluções Inglesa (1688), Americana (1776) e Francesa (1789). Na Inglaterra, o marco do constitucionalismo foi o Bill of Rights, que estabelecia limites aos poderes da monarquia. Nos Estados Unidos, os novos ideais constitucionalistas fincam suas raízes em dois momentos: na Declaração de Independência, em 1776, e no advento de sua Constituição, em 1787. Na França, a consagração do Constitucionalismo se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, em 1789, que estabelecia três parâmetros do mundo moderno ideal: constitucionalismo, separação dos Poderes e garantia dos direitos individuais (BARROSO, 2011, p. 76 e 77).

Do processo histórico, denota-se que o reaparecimento dos ideais constitucionalistas coincide com o advento do Estado Liberal, não por menos, as Constituições modernas, ainda que englobem outras matérias, conservam o seu núcleo

original de limitação do poder. Eis os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2011, p. 46 e 47):

Em sua história curta, mas intensa, o direito constitucional conservou a marca da origem liberal: organização do Estado fundada na separação dos poderes e definição dos direitos individuais. Um contínuo processo evolutivo, todavia, agregou-lhe outras funções. O conteúdo dos direitos ampliou-se para além da mera proteção contra o abuso estatal, transformando-se na categoria mais abrangente dos direitos fundamentais.

Embora a Constituição seja entendida como a base do Estado Democrático de Direito, constitucionalismo e democracia são rodeados por uma constante divergência. Enquanto o constitucionalismo é caracterizado pela supremacia da lei, a democracia tem como fundamento a soberania popular. Esse antagonismo pode ser dividido em dois planos, levando em consideração as especificidades do Brasil: no plano do constitucionalismo genérico (o ponto comum entre os diferentes constitucionalismos dos Estados Democráticos) – na limitação que a Constituição impõe ao legislador ao estabelecer um conjunto de direitos intangíveis; no plano do constitucionalismo brasileiro – ao adotar uma Constituição Dirigente, que vincula o legislador a executar os planos ali estabelecidos.

Em relação ao primeiro plano, a questão é solucionada se nos atentarmos que, ao resguardar um núcleo mínimo de direitos fundamentais – as cláusulas pétreas – a Constituição visa proteger o próprio Estado democrático de direito ao passo que afasta o domínio de qualquer vontade efêmera que coloque em risco os direitos adquiridos. Sobre o assunto, mais uma vez nos recorremos às sábias lições de Luís Roberto Barroso (2011, p. 91):

Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para solução de demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo.

No que concerne ao segundo plano, do dirigismo constitucional adotado pelo Brasil, há que se levar em conta que as diretrizes estipuladas pelo constituinte são legítimas, pois conformam os objetivos do próprio brasileiro, nesse sentido disserta Grau (2003) apud Streck (2009, p. 111):

A Constituição do Brasil não é um mero “instrumento de governo”, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um “estatuto jurídico do político”, mas um “plano global normativo” da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro. Daí ser ela a Constituição do Brasil, e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1 a 3 são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

Ainda que haja uma discussão que tangencie o assunto do Constitucionalismo brasileiro acerca das normas programáticas ainda não cumpridas, o equilíbrio entre diretrizes programáticas e democracia se encontra no cerne da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, com a queda de um regime extremamente autoritário e o processo de redemocratização que se iniciava no país, a Constituição tratou de estabelecer e materializar em seu texto os ideais que se pretendiam alcançar no futuro, estabelecendo vetores ao Poder Público.

Voltando aos aspectos gerais, a evolução do constitucionalismo mostra que as características da Constituição se transformaram ao longo da história. A Constituição deixou de ser apenas norma organizatória do Estado para ser a garantia dos direitos fundamentais e o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito. Seu conteúdo, portanto é muito mais amplo, como constata José Afonso da Silva (2005, p. 43):

As Constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A maior abrangência de matérias mudou o próprio paradigma constitucional e estabeleceu duas novas diretrizes que formam o conceito atual da Constituição: a força normativa da Constituição e o princípio da supremacia da Constituição.

3.4.1 A força normativa da constituição

Força normativa da Constituição é reconhecer que, assim como qualquer outra norma jurídica, a norma constitucional tem força jurídica, ao passo que se desobedecida possui “mecanismos de coação” que garantam o seu cumprimento e, por conseguinte, sua imperatividade (BARROSO, 2011, p. 219).

Considerando a origem da Constituição, essa característica é relativamente recente, data do fim da Segunda Guerra Mundial; no Brasil ela é ainda mais tardia, vindo prosperar apenas na década de 80. Nos primórdios, ao tempo de seu advento, a função da Constituição era apenas estabelecer diretrizes de ordem política que poderiam ou não ser concretizadas pelos Poderes Legislativos e Executivo, não haveria qualquer sanção caso não fossem cumpridas.

Portanto, pode se dizer que a jurisdição constitucional é um desses mecanismos de coação que garantem a força normativa da Constituição, pois caso alguma norma do ordenamento jurídico esteja em desacordo com a norma constitucional, poderá ser declarada nula.

Entretanto a força normativa da Constituição não depende somente dos mecanismos coercitivos, ela está intrinsecamente ligada à realidade fática de um país, quanto mais próxima à realidade, quanto mais exequíveis seus propósitos, mais força tem o texto constitucional. Isso porque não se pode conceber uma Constituição com os olhos voltados apenas para o futuro sem se ater se há meios que possibilitem sua concretização.

Por isso, Konrad Hesse, ao elaborar sua teoria da força normativa da Constituição, estabelece certos aspectos que condicionam a vigência da norma constitucional, aspectos que devem ser contemplados no momento da formulação de uma Constituição: “condições históricas e o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo”. Contudo, não há que se confundir a Constituição apenas como um retrato da realidade fática, ela também determina padrões que devem ser observados. A Constituição não configura apenas a expressão do “ser” mas também de um “dever ser” (HESSE, 1991, p. 14 e 15).

A Constituição deve ser, portanto, a conjugação da “Constituição Jurídica”, que corresponde às normas que se pretende aplicar, com a “Constituição real”, a realidade fática em seus aspectos políticos, sociológicos, econômicos, “somente uma Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se” (HESSE, 1991, p. 16).

Outro ponto ressaltado por Hesse relaciona-se à conformação da Constituição à realidade. A Constituição, com seu caráter de durabilidade, pode não mais de adequar ao contexto de uma nova época, e isso determinaria o enfraquecimento de sua força normativa. Sendo assim, ao ser idealizada, ela já deve se dotar de mecanismos que permitam sua adaptação à realidade vigente. Para tanto, Konrad Hesse (1991, p. 21) nos ensina:

Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido. A “constitucionalização” de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

No Brasil, a maior parte das Constituições anteriores à Carta de 1988 não logrou estabelecer um vínculo com a realidade ou não possuiu mecanismos para se adaptar a ela. Prova disso, é o fato de, desde 1891, contabilizarmos um total de sete Constituições (ou oito, se considerada a Carta de 1969 uma Constituição). Fatores históricos impediam o seu sucesso, Luís Roberto Barroso (2011, p. 218) aponta alguns: “a escravidão, coronelismo, o golpismo, a manipulação eleitoral, a hegemonia astuciosa de alguns Estados membros da Federação, o populismo, o anticomunismo legitimador de barbaridades diversas, uma ditadura civil e uma militar”.

Somam-se a esses fatores a utilização da Constituição como ferramenta de legitimação de uma ordem social que não existia na realidade ou para elencar direitos que nunca eram efetivados, como quando a Carta de 1824 preconizava a igualdade entre os cidadãos, sem levar em conta “os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata”; ou quando a Carta de 1969 assegurava um conjunto de direitos aos trabalhadores, como “colônias de férias e clínicas de repouso” que de nenhuma forma foram concretizados (BARROSO, 2011, p. 218 e 219).

Por isso, muito mais do que estabelecer diretrizes ao processo de redemocratização do país, a Constituição de 1988 nasce para quebrar os paradigmas que tanto desvirtuaram o sentido de Constituição no Brasil.

3.4.2 O princípio da supremacia da constituição

Foi Hans Kelsen quem primeiramente propôs a hierarquização das normas. A teoria desenvolvida pelo célebre jurisfilósofo propõe que no ordenamento jurídico as normas se encontram em níveis diferentes, sendo que “cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior” (KELSEN, 2003, p. 126).

Em outras palavras, todas as normas do ordenamento jurídico devem encontrar fundamento de validade na norma superior até chegar à norma fundamental, a Constituição. A Constituição se encontra no topo do ordenamento jurídico, sendo assim, todas as normas estão subordinadas a ela e por isso devem com ela manter correspondência.

A teoria da hierarquização das normas encontra justificativa lógica no princípio da supremacia da constituição. Isso porque mesmo “através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira” (KELSEN, 2003, p. 130). “Essa supremacia da Constituição significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição” (CAMBI, 2011, p. 204).

A Constituição como Lei Maior se justifica por sua própria definição: “o conjunto de normas que regula o processo formal de criação das demais normas jurídicas e, mais importante, prevê os valores, princípios e as limitações para o conteúdo da legislação infraconstitucional” (CAMBI, 2011, p. 205). Ademais, a supremacia da Constituição decorre, segundo Luís Roberto Barroso (2011, p. 84):

[...] de fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos, que se extraem de diversos elementos, dentre os quais a posição de preeminência do poder constituinte sobre o poder constituído, a rigidez constitucional, o conteúdo material das normas que contém e sua vocação de permanência.

Assim como o reconhecimento da força normativa da Constituição, o reconhecimento da supremacia da Constituição decorre do novo paradigma constitucional ou neoconstitucionalismo, em que, acima de se respeitar o formalismo rígido, a lei deve se atentar ao conteúdo material da Constituição como pressuposto de validade.

Como garantia à eficácia do princípio, foram instituídos mecanismos de controle de constitucionalidade, ou seja, o controle da adequação das leis infraconstitucionais à Constituição. O papel do controle de constitucionalidade, porém, vai muito além de garantir a conformação das leis e unidade do ordenamento jurídico, ele resguarda o próprio Estado Democrático de Direito impresso na Constituição. Nesse sentido, são as lições de Eduardo Cambi (2011, p. 209):

A jurisdição constitucional é elemento indispensável da definição do Estado de Direito Democrático. Nenhum órgão público ou privado está acima da Constituição. Ninguém está imune ao império da lei e à força hierárquica normativa da Constituição. Nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para violar direitos públicos ou privados dos cidadãos. Todos os

desvios jurídico-constitucionais, mesmo quando surgem no contexto de processos políticos, não ficam isentos da fiscalização judicial.

Caso não se reconhecesse a supremacia da Constituição estar-se-ia comprometendo qualquer garantia aos direitos fundamentais e os limites impostos pela Constituição ao Poder estatal, uma vez que o Estado estaria submetido não à Constituição, mas à simples vontade de governantes no poder transitoriamente. Ademais, tal fato acarretaria um desequilíbrio na própria organização do Estado, visto que, sem limitações, corre-se o risco de haver a sobreposição de um poder ao outro, o que seria contrário a um dos fundamentos da estrutura institucional do Estado, o princípio da separação dos poderes e o sistema de *checks and balances*.

4 PODER JUDICIÁRIO

Montesquieu, quando elaborou sua Teoria da Separação dos Poderes, definiu os juízes simplesmente como “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem nem moderar sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 2000, p. 175). Sua teoria se adaptou ao contexto de cada país e evoluiu de acordo com as conquistas e necessidades de cada sociedade. O Poder Judiciário deixou de ser mero órgão coadjuvante para atuar como protagonista ao mesmo nível que os outros poderes. Hoje, é atribuída ao Judiciário a função mais elevada à proteção do Estado Democrático de Direito: a guarda dos direitos fundamentais e da própria Constituição.

4.1 Breve Evolução Histórica

Neste tópico serão feitos breves apontamentos de fatores históricos que influenciaram na formação do Poder Judiciário atual. Serão analisados os aspectos gerais e os peculiares do Brasil, uma vez que os aspectos gerais também exercem influência no contexto brasileiro.

4.1.1 História geral

Como já exposto no capítulo anterior, a Teoria da Separação dos Poderes nasce durante o Estado Liberal como solução aos abusos do Absolutismo, que muitas vezes se utilizava da função judicial como ferramenta de manipulação do Direito, o Judiciário “atuava como braço do rei” (TAVARES, 2012, p. 23).

Por isso, durante o Estado Liberal foi concebido um Poder Judiciário que, como pregou Montesquieu, seria “a boca da lei”, um Judiciário limitado à vontade da lei proferida pelo Legislativo. Foi o auge do Positivismo, o Direito se resumia às leis. Eduardo Cambi (2011, p. 175) sintetiza brilhantemente o significado da função judicial nesta época:

Isso acarretou a neutralização política da atividade judicial. O lugar privilegiado da lei como fonte de direito – somente a lei, votada e aprovada pelos seus representantes, obriga – neutralizava o papel do juiz que, ao aplicar o direito, somente deveria fazer a subsunção do fato à norma.

Isso porque, também como consequência do Absolutismo, prezou-se pelo formalismo como requisito de validade, bastava que a lei cumprisse o procedimento pré-estabelecido para que entrasse em vigor, não havia preocupação com seu conteúdo material, e ao juiz não cabia questionar se uma lei era justa ou não e sim aplicá-la. O Liberalismo pregava que todos os indivíduos eram iguais, por isso a lei era genérica e qualquer julgamento além do que ela exprimisse corromperia a imparcialidade do juiz.

Entretanto, a experiência mostrou que essa igualdade não era real, e em nome dessa igualdade a lei acabava por beneficiar a elite dominante em detrimento dos indivíduos que ocupavam uma posição menos favorecida. Concluiu-se, portanto, que, ao contrário da abstenção do Estado preconizada pelo Liberalismo, o Estado deveria sim intervir no sentido de proteger os mais pobres e promover uma igualdade fática.

Durante o Estado do bem-estar social, como resultado dessa nova postura, o Judiciário se agigantou e, após um longo período atuando à sombra dos poderes Legislativo e Executivo, passou a ser entendido como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, da igualdade fática que o Estado do bem-estar social se comprometia a promover.

No entanto, essa nova visão também não se sustentou, pois se constatou que o Estado não era capaz de garantir os direitos sociais com plenitude; seja pela falta de recursos ou pela má administração financeira, tornava-se cada vez mais difícil assegurar a execução das sentenças judiciais que tratassem da providência estatal.

Com a globalização, o Estado de bem-estar social dá lugar a um novo panorama mundial em que se preconiza o livre comércio. Para tanto, volta-se à ideia do Liberalismo, do mínimo de intervenção estatal para promover um mercado livre. O Judiciário é profundamente afetado, pois já não é o Estado a única fonte normativa, há uma multiplicidade de normas, criadas inclusive por entidades privadas, que dificulta a atuação dos juízes na garantia dos direitos fundamentais. Entretanto, nos países de democracia recente, como o Brasil, sem adentrar à discussão se eficaz ou não, o Judiciário continua sendo um dos principais instrumentos a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

4.1.2 História do Brasil

A história do Poder Judiciário no Brasil é tão conturbada quanto a história do país. A cada nova Constituição, a cada nova reforma, novas mudanças e a necessidade de nova adaptação.

Durante o processo de colonização do Brasil formaram-se capitânias hereditárias, onde seus titulares, os chamados “donatários”, “exerciam seu governo com jurisdição cível e criminal, embora o fizessem por ouvidores de sua nomeação e juízes eleitos pelas vilas” (SILVA, 2005, p. 70). Em 1549 tem início a fase dos governadores-gerais que, através de regimentos próprios, definiram uma melhor organização das funções, inclusive a jurisdicional, determinando a obediência às leis e evitando a pura arbitrariedade dos titulares das capitânias. Porém, a unidade estabelecida por esse sistema vai se dissolvendo ao passo que as capitânias vão se tornando autônomas. Dentro delas, formam-se pequenas unidades de governo que, somente em tese, estavam subordinadas ao governador-geral, pois de fato compõem sua própria estrutura política, administrativa e jurídica.

Como já apontado no Capítulo 1, durante o Império, adotou-se o sistema de divisão dos poderes entre Executivo, Legislativo, Judiciário e Poder Moderador. A organização do Poder Judiciário era muito simples se comparada ao complexo sistema atual, “o Poder Judiciário era composto de juízes e jurados, os quais tinham lugar assim no Cível e no Crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinassem” (SILVA, 2011, p. 358). Preconizado como poder neutro, a ingerência do Poder Moderador no Poder Judiciário foi uma constante durante a fase monárquica, “suspendendo juízes, perdoando e moderando as penas impostas aos réus por sentença, concedendo anistia em caso urgente” (SILVA, 2011, p. 359), mesmo assim ainda havia a garantia de vitaliciedade, sendo que os juízes só poderiam perder o cargo se houvesse uma sentença judicial.

Já nessa época, havia a previsão de uma segunda instância em cada província chamada Relação, além de um Supremo Tribunal de Justiça na capital, a origem do Supremo Tribunal Federal que temos hoje.

Após a República, com a adoção do princípio federativo pela Constituição de 1891, muitas mudanças ocorreram na estruturação do Poder Judiciário: passa a existir um Poder Judiciário da União e outro dos Estados.

Em relação ao Poder Judiciário da União, a Constituição de 1891 estabeleceu a criação do Supremo Tribunal Federal, constituído por 15 ministros nomeados pelo Presidente,

mas investidos apenas se aprovados pelo Senado. Além da vitaliciedade, os juízes passam a ter a garantia de irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, tal qual o modelo atual. Os juízes federais eram nomeados pelo Presidente e, como requisito, deveriam “ser habilitados em Direito com prática de quatro anos, pelos menos, de Advocacia ou de exercício da magistratura” (SILVA, 2011, p. 383).

A Constituição de 1934 reduziu para 11 o número de ministros do STF ao qual passou a chamar de Corte Suprema. Portanto, fariam parte da estrutura do Poder Judiciário, além da Corte Suprema “os juízes e tribunais federais, os juízes e tribunais militares e os juízes e tribunais eleitorais” (SILVA, 2011, p. 382), esta última a grande inovação trazida pela Constituição, garantindo maior participação popular nas eleições e assegurando o direito de voto das mulheres, importante medida democrática.

Os juízes federais eram nomeados pelo Presidente após indicação da própria Corte Suprema, para integrarem a lista deveriam ser “brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada que não tivessem menos de 30 anos nem mais de 60” (SILVA, 2011, p. 382). A Constituição estabelecia que para os juízes de primeiro grau, a investidura se daria por concurso, já os de tribunais superiores seriam investidos de acordo com os requisitos de antiguidade e merecimento. Também previa a Constituição de 1934 uma regra que predomina até hoje, de que um quinto dos membros dos Tribunais superiores seria formado por advogados ou integrantes do Ministério Público.

A Constituição de 1937 marca o retrocesso das medidas democráticas que a Constituição de 1934 ainda estava implementando. Ela traz de volta um Poder Executivo fortalecido e com total ingerência no controle de Constitucionalidade, atribuição do Poder Judiciário. Foi responsável por extinguir os juízes federais e a Justiça Eleitoral, restabelecidos pela Constituição seguinte, que reorganizou os três poderes e trouxe um maior equilíbrio entre eles. A grande inovação da Constituição de 1946 foi a criação do Tribunal do Trabalho e o Tribunal Federal de Recursos.

Durante a ditadura militar, após o Ato Institucional n. 5, os juízes deixaram de gozar de qualquer garantia, foi o período mais duro da história do Poder Judiciário, a ponto de três ministros do STF – “Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva” – terem seus cargos cassados por serem “considerados de esquerda” pelo governo³. Essas garantias foram recuperadas pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

³ REGIME militar: os anos difíceis do Supremo. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124565>>. Acesso: em 25 set. 2014.

A Constituição de 1988 marcou um novo processo de redemocratização e reequilíbrio dos poderes. Criou o STJ, ao qual transferiu parte da competência do STF e do Tribunal Federal de Recursos, que passou a não mais existir, e criou cinco Tribunais Regionais Federais. A Emenda Constitucional n. 45 foi responsável por algumas reformas no Poder Judiciário, entre elas a criação do CNJ “como órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (SILVA, 2011, p. 383 e 384).

4.2 Estrutura do Poder Judiciário Atual

Hoje temos uma complexa estrutura judiciária, reflexo do intrincado caminho percorrido pelo Poder Judiciário ao longo da história do país.

Compete ao Poder Judiciário solucionar lides baseado na ordem legal. Essa função, a função jurisdicional, que durante a colonização também pertencia aos donatários das capitâneas e no Império era compartilhada com a Igreja, hoje é exercício exclusivo do Estado através do Poder Judiciário (SILVA, 2005, p. 554).

O Poder Judiciário forma uma unidade nacional e as funções são divididas em dois níveis, que atuam concomitantemente, assim como já previa a Constituição de 1891: a Justiça Federal e a Justiça Estadual.

No âmbito Federal, há a justiça comum e a especializada, esta última incumbida de tratar especificamente de um único ramo de Direito, são elas: a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral. Compõem a Justiça Federal, os juízes federais e os juízes do trabalho, eleitorais e militares, em primeira instância, e Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e Eleitoral, em segunda instância. Também integram a Justiça Federal, os Juizados Especiais Federais e os Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A Justiça Estadual tem competência residual, ou seja, cabe a ela julgar as matérias que a Constituição não atribuiu à Justiça Federal, o que significa a maior parte das lides. A Justiça Estadual é formada pelos juízes de direito e o júri em primeira instância, e os Tribunais de Justiça em segunda instância. Além disso, fazem parte da Justiça Estadual os Juizados Especiais cível e criminal e seus colégios recursais.

Acima da Justiça Federal e Estadual comum, está o Superior Tribunal de Justiça. O STJ foi criado pela Constituição de 1988 com o principal propósito de reduzir a sobrecarga de processos do STF, o qual se desincumbiria das causas infraconstitucionais se atendo apenas aos assuntos afetos à Constituição. Podemos sintetizar da seguinte forma, cabe “ao STF a tarefa de defesa da Constituição, e ao STJ a defesa da unidade do Direito federal” (TAVARES, 2012, p. 148). No mesmo patamar, estão os Tribunais Superiores da Justiça especializada, os Tribunais Superiores do Trabalho, Eleitoral e Militar.

No ápice de toda essa estrutura, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, está o Supremo Tribunal Federal, última instância de causas que debatam matéria constitucional e ao qual foi conferida nada menos que a guarda da Constituição.

4.3 Formas de Investidura

O Brasil adota um sistema misto de investidura baseado em concursos, nos critérios de merecimento e antiguidade, bem como por indicação e eleição interna.

Os juízes de primeiro grau, tanto da Justiça Estadual quanto da Justiça Federal, ingressam na magistratura através de “concurso público de provas e títulos”, como prevê o artigo 93, inciso I da Constituição Federal, tomando como base um critério puramente técnico, que se volta a avaliar o conhecimento legal.

Nos Tribunais da Justiça Comum, de acordo com artigo 93, inciso II, a investidura do magistrado deve levar em consideração os critérios de antiguidade e merecimento alternadamente. No entanto, para estes Tribunais há outro critério a ser adotado, o do quinto (1/5) constitucional. Segundo o artigo 94 da Constituição Federal:

Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Os Tribunais Regionais do Trabalho também adotam os critérios de antiguidade e merecimento e do quinto constitucional entre advogados e membros do Ministério Público do Trabalho. Os Tribunais Regionais Eleitorais são compostos de dois desembargadores do TJ e dois juízes de direito escolhidos por meio de eleição interna; e um

juiz do TRF ou juiz federal e dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral (TAVARES, 2012, p. 152).

Segundo o artigo 104 da Constituição Federal, o STJ é formado por, no mínimo, trinta e três ministros, sendo que sua composição deve, necessariamente, ser de um terço de juízes dos Tribunais Regionais Federais; um terço de desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e um terço dividido igualmente entre advogados e membros do Ministério Público. No caso da parcela pertencente aos magistrados, o STJ deve elaborar uma “lista tríplice” de nomes que será remetida ao Presidente da República para a escolha de um dos candidatos que será por ele nomeado se aprovado pela maioria absoluta do Senado. À parcela conferida a advogados e membros do Ministério Público, cabe às suas devidas instituições elaborarem uma lista contendo seis nomes, remetida ao STJ que escolherá três e enviará ao Presidente da República. O Presidente, então, indicará um dos nomes que será submetido à votação no Senado e, caso seja aprovado por maioria absoluta, será nomeado ministro (TAVARES, 2012, p. 151 e 152).

Nos Tribunais Superiores do Trabalho e Militar os Ministros também são nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado. O Tribunal Superior do Trabalho adota o quinto constitucional nos moldes do artigo 94, enquanto os demais membros são indicados pelo próprio Tribunal entre os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho. O Tribunal Superior Eleitoral é composto por três ministros do STF e dois ministros do STJ, escolhidos através de eleição interna; e dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo STF e nomeados pelo Presidente da República.

O STF é composto por onze Ministros, indicados pelo Presidente da República e nomeados após aprovação por maioria absoluta do Senado, como disposto no artigo 101 da Constituição Federal.

4.4 Autonomias, Garantias e Vedações da Magistratura

Como já explicitado acima, ao juiz compete a composição de conflitos de interesse, inclusive contra o Estado. Mesmo que a demanda esteja vinculada aos interesses das partes, os reflexos de uma sentença vão muito além das partes em litígio, principalmente quando uma dessas partes é o Estado ou quando a demanda trata de direitos fundamentais. No

Brasil, o Judiciário é o principal guardião dos direitos fundamentais, caso não esteja imune a intervenções internas e externas, a própria estrutura que assegura o Estado Democrático de Direito estaria comprometida, nesse sentido é o que preconiza Eduardo Cambi (2011, p. 201):

Não se pode abrir mão de um Judiciário independente, pois não há como concretizar os direitos fundamentais sem desvincular-se das pressões da maioria, dos detentores do poder, daqueles que financiam a imprensa ou e quem quer que seja. Afinal, sem um judiciário independente não há como se promover a democracia.

Tendo em conta a amplitude desta prestação é que a Constituição estabeleceu autonomias, garantias e vedações que assegurem a independência e imparcialidade dos magistrados para que possam proferir julgamentos justos.

4.4.1 Autonomias

Com o propósito de distanciar o Poder Judiciário de qualquer subordinação aos outros Poderes, a Constituição o munuiu de autonomia administrativa e financeira.

Administrativa, uma vez que cabe aos Tribunais elaborarem seu próprio Regimento Interno bem como se autogovernar, ou seja, “eleger seus próprios órgãos diretivos, organizar sua estrutura administrativa interna, [...] e deliberar sobre assuntos próprios como a realização de concursos, criação de varas judiciárias, concessão de benefícios e licenças a seus integrantes” (TAVARES, 2012, p. 212), como previsto pelo artigo 96 da Constituição Federal.

Financeira, porquanto cabe ao próprio Poder Judiciário “elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias” (CF art. 99, §1º). Essa autonomia financeira, no entanto, é criticada por José Afonso da Silva (2005, p. 589 e 590), pois os membros dos Tribunais estariam sujeitos a disputas que acabariam por comprometer sua independência e imparcialidade:

Essa autonomia financeira não é assim tão pronunciada, é, ao contrário, bastante limitada e vai gerar mais problemas do que benefícios. As divergências e disputas entre tribunais, que devem aprovar as propostas, logo demonstrarão ao Poder Judiciário que assuntos de administração devem competir mesmo aos administradores e nunca aos julgadores, que precisam ficar imunes a disputas que, no fundo, envolvem decisões políticas. A ideia de um órgão de controle externo da administração da Justiça que tivesse, entre suas incumbências, o planejamento e a preparação da proposta orçamentária do Poder Judiciário foi cogitada; mas o

Conselho Nacional de Justiça que, em seu lugar, foi criado pela EC-45/2004 não recebeu essa atribuição, só cumprindo a ele, nesse particular, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

Portanto, na visão de José Afonso da Silva, apenas a autonomia administrativa teria o condão de garantir a imparcialidade e independência dos magistrados, já que a autonomia financeira envolve interesses diversos e conseqüentemente conflitos que acabam por envolvê-los em questões políticas das quais deveriam se isentar.

4.4.2 Garantias

As garantias estão previstas no artigo 95 da Constituição Federal, são elas: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Vitaliciedade não significa um Judiciário isento de responsabilidade ou penalidade, e sim uma forma de protegê-lo contra destituições arbitrárias. Essa garantia é adquirida após dois anos de exercício e assegura que o magistrado somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado após deliberação do Tribunal a que o juiz estiver vinculado (CF, art. 95, I). Apesar de ser uma prerrogativa pessoal e institucional, é uma garantia que também se converte à sociedade, “a garantia de que seus direitos, se e quando violados ou ameaçados, serão prontamente restabelecidos ou protegidos por um juiz sem temores quanto à permanência em seu cargo após a decisão tomada” (TAVARES, 2012, p. 242).

A inamovibilidade é a segurança de que o magistrado não será removido do cargo a não ser por interesse público (CF, art. 95 II), caso contrário, o juiz estaria sujeito a intervenções oportunistas que viessem a removê-lo apenas por conveniência própria como para que determinado juiz “fosse afastado da apreciação de um dado caso ou de determinado processo”, por exemplo (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1072).

Por último, a garantia de irredutibilidade de subsídios, que se estende a todos os funcionários públicos, não diferente das outras, também se vincula à separação dos Poderes, para que o Poder Judiciário não esteja subordinado aos mandos do Executivo e Legislativo que poderiam se valer da remuneração dos magistrados como forma enfraquecê-lo. Ademais, caso fossem sujeitos à redução, estes subsídios poderiam ser utilizados como

instrumento de represália aos magistrados por suas decisões, comprometendo a segurança de seus julgamentos.

4.4.3 Vedações

As vedações estão impressas no parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal.

A primeira delas se refere à vedação ao magistrado de exercer outro cargo, salvo o magistério. Isso porque, assim como já demonstrado nas garantias, a Constituição visa proteger a remuneração do magistrado de qualquer influência que possa macular sua atividade, situação que também se vincula à vedação ao recebimento de custas ou participação no processo, bem como à vedação imposta pelo inciso IV de recebimento de auxílios e contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, pois é irrefutável que estes fatos gerariam a desconfiança da parte contrária e poderiam violar a imparcialidade do julgador.

Aos juízes é vedado dedicar-se à atividade político-partidária. Ao se utilizar o termo “atividade”, a Constituição dá um sentido amplo à vedação imposta. Portanto, a proibição não se refere apenas à filiação a um partido, e sim a qualquer comprometimento político que o juiz possa ter, como expõe André Ramos Tavares (2012, p. 311):

Os magistrados, de qualquer instância, não podem acompanhar os políticos em suas campanhas eleitorais, não podem, em seus processos, adotar decisões com base em determinada ideologia partidária (ainda que tenham sido designados para compor um Tribunal por ato do Chefe do Executivo, que, necessariamente, pertencerá a algum partido), não podem subsidiar candidatos, não podem apoiar, seja em seu nome, como magistrado, ou em nome do Judiciário, determinado partido ou candidato.

Não se pode confundir, no entanto, essa vedação com a proibição de um direito inerente ao ser humano: a sua liberdade de expressão, que continua amparada pela Constituição aos juízes.

A última vedação fixada aos magistrados é a de exercer a advocacia no juízo ou Tribunal do qual tenha se afastado durante os três anos seguintes. Esse período, também chamado de “quarentena”, visa dirimir qualquer fato que possa gerar a suspeição. A intenção deste dispositivo é que juízes não se valham de algum segredo ou prestígio que tenham dentro

da instituição para o favorecimento pessoal ou de terceiros (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1073).

Entretanto, essa medida tem sido muito criticada pela doutrina, que entende não atingir o fim para o qual foi criada. André Ramos Tavares aponta quatro falhas. A primeira porque os ex-juízes poderão integrar escritórios em que outros sócios atuem sem qualquer restrição. A segunda diz respeito aos laços de amizade e influência que os magistrados possuem e que não deixarão de existir pelo simples decurso do prazo de três anos. Uma outra falha se refere a pressupor que os ex-juízes, que atuaram eticamente durante todo o período de magistratura, passarão a exercer a advocacia de forma desonesta e buscando atender interesses pessoais. A última falha levantada se dá no âmbito das liberdades, já que proibir o exercício da advocacia é restringir liberdades individuais (TAVARES, 2012, p. 80).

4.5 Questão Controversa: o Ativismo Judicial

Como já apontado inúmeras vezes ao longo deste trabalho, o Poder Judiciário deixou de ser mero aplicador da lei para constituir um Poder em igualdade ao Executivo e Legislativo. Hoje, muito mais do que o exercício da jurisdição, ao Judiciário foi outorgada a proteção de uma das principais estruturas do Estado Democrático de direito, os direitos fundamentais.

A ampliação do âmbito de atuação do Judiciário tem levantado inúmeras discussões, sobretudo em relação às questões que envolvam a omissão do Legislativo ou Executivo. Hoje, a abrangência da atividade judiciária é tão ampla que se tem falado, pejorativamente, na formação de um Estado Judicial, que se refere ao fortalecimento do Judiciário frente aos outros poderes em razão, principalmente, do chamado “ativismo judicial”.

Segundo Luís Roberto Barroso “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”⁴.

O ativismo judicial se conecta à fusão de duas ideias: a missão de guardião da Constituição atribuída ao Poder Judiciário e o reconhecimento da força normativa da

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Site Plataforma Democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 26 set 2014.

Constituição. Impresso o caráter de norma jurídica à norma constitucional, estas passam a ser imperativas, de cumprimento obrigatório. Se ao Judiciário cumpre zelar pela Constituição, caso os direitos por ela previstos não sejam efetivados, deve o magistrado atuar no sentido de concretizá-las, como dispõe Luís Roberto Barroso (2011, p. 223):

Todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

A conclusão de que o ativismo judicial se justifica pela proteção aos direitos fundamentais e pela supremacia da Constituição parece, portanto, bastante óbvia. Entretanto, essa postura “ativista” se depara com questões bastante controversas.

Primeiramente, em relação à divisão dos Poderes, pois ao atuar positivamente em esfera alheia à sua, o Poder Judiciário estaria comprometendo o equilíbrio entre os Poderes. Além disso, ao suprir a atividade legislativa, o Judiciário enfrentaria a questão da legitimidade democrática por se tratar de um Poder contramajoritário, não exercido por representantes do povo.

Antes da análise dessas questões, cabe aqui ressaltar que a Constituição do Brasil inclui em seus dispositivos direitos sociais, direitos que “impõem obrigações de fazer ao Estado” (CAMBI, 2011, p. 215). Sendo assim, ao contrário da abstenção estatal preconizada pelo Estado Liberal, hoje do Estado é requisitada uma prestação positiva, que garanta os direitos à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados (CF art. 6º). Caso não haja concretização da previsão constitucional pelo legislador, deve o Judiciário cumprir o seu papel em controlar a conformidade da atividade estatal com a Constituição. Eis o que disserta Eduardo Cambi sobre o tema (2011, p. 202):

As normas constitucionais, que disciplinam os direitos fundamentais, devem ter como primeiro destinatário o legislador. Cabe a ele regulamentar tais direitos para que venham a ser aplicados pelo Executivo, sujeito ao princípio da legalidade, e, havendo conflitos de interesse, pelo Judiciário. Isto, contudo, não significa que os direitos fundamentais sociais não possam ser aplicados imediatamente ou que sempre dependam da atuação legislativa. Caso a aplicação fosse indireta, não haveria como remediar a inércia do legislador.

A implementação judicial dos direitos fundamentais sociais e, para tanto, o controle judicial de políticas públicas deve respeitar o princípio da subsidiariedade. Compete ao Judiciário atuar somente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo,

quando restar caracterizada a atuação ou a omissão inconstitucionais, vale dizer, quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, respondendo às questões suscitadas anteriormente, a atuação do Judiciário frente à inércia do Legislativo ou Executivo na concretização dos direitos fundamentais não compromete a separação dos poderes, o controle de constitucionalidade dessa omissão é função do Judiciário, portanto, não há qualquer invasão de competência. Considera-se superada também a questão da legitimidade democrática dos juízes em exercer esse controle e cobrar do Estado uma prestação, ao passo que a própria Constituição atribuiu essa função a eles.

Ainda em relação a esse debate, é preciso levar em consideração que o Brasil é um país de modernidade tardia e muitos direitos fundamentais ainda não foram concretizados. Essa concretização não depende apenas do Executivo ou Legislativo, e sim da atuação conjunta de todos os Poderes, pois “caso o Judiciário não estivesse vinculado aos direitos fundamentais, chegar-se-ia à situação absurda de que a efetivação da Constituição dependeria exclusivamente do legislador” (CAMBI, 2011, p. 256). Portanto, quando não há uma prestação positiva por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, a intervenção do Judiciário faz parte de sua competência e é mais do que necessária à concretização dos direitos fundamentais.

Logicamente, essa atuação deve ocorrer dentro dos limites impostos ao Poder Judiciário, caso contrário, estaríamos, sob a alegação de se estar zelando pela tutela dos direitos fundamentais, criando um Poder extraordinário, o que configuraria um retrocesso após anos de conquistas democráticas. Nesse sentido, são as lições de Lenio Luiz Streck (2009, p. 137):

Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição.

Isso porque, mesmo possuindo o título de “guardião da Constituição”, o Poder Judiciário continua submisso a ela e aos limites que ela lhe impõe para garantir o equilíbrio entre os poderes.

5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional é o controle exercido sobre a atividade estatal tendo a Constituição como critério de regularidade. Mecanismo de proteção e defesa da Constituição, a jurisdição constitucional nasce como consequência do reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força normativa.

Como já mencionado em outros capítulos, esse novo paradigma constitucional eclode durante o período pós Segunda Guerra Mundial como parâmetro limitativo do poder estatal em razão das atrocidades cometidas pelo Estado Absolutista, já que no Estado Liberal “a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos” (BARROSO, 2011, p. 262). A Constituição passa, então, a ter caráter normativo e para garantir sua efetividade, fez-se necessário o desenvolvimento de um procedimento de fiscalização e controle: a jurisdição constitucional.

A relevância do instituto não está somente em proteger o texto constitucional, mas nos desdobramentos lógicos do seu exercício: ao proteger a Constituição, a jurisdição constitucional garante a sua efetividade e, portanto, o próprio Estado Democrático de Direito, já que a estrutura que o sustenta está ali resguardada. Nesse sentido, dispõe Eduardo Cambi (2011, p. 209):

A jurisdição Constitucional é elemento indispensável da definição do Estado de Direito Democrático. Nenhum órgão público ou privado está acima da Constituição. Ninguém está imune ao império da lei e à força hierárquico-normativa da Constituição. Nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para violar direitos públicos ou privados dos cidadãos. Todos os desvios jurídico-constitucionais, mesmo quando surgem no contexto de processos políticos, não ficam isentos da fiscalização judicial.

O manto da jurisdição constitucional vincula toda atividade estatal. Isso porque, como supracitado, a Constituição não é mais mero documento institucional, ela é dotada de caráter jurídico e, portanto, suas normas são imperativas e não mais simples objeto da discricionariedade dos Poderes estatais. A Constituição como centro do ordenamento jurídico, muda toda sua perspectiva. Luís Roberto Barroso (2011, p. 198) elenca as consequências de se reconhecer a força normativa do texto constitucional:

[...]

a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos

fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;

b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais;

c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida [...].

Portanto, dentro de sua tese, a jurisdição constitucional se manifesta em dois momentos: da aplicação direta da Constituição, e na aplicação indireta da Constituição “quando utilizada como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição)”⁵.

A aplicação direta da Constituição ocorre “quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional”⁶, ou seja, a demanda não se utiliza da norma constitucional como base de interpretação, a razão da demanda é a norma constitucional.

A aplicação indireta, como já explicitado, manifesta-se de duas formas. Cumpre agora analisarmos cada uma delas.

5.1 Controle de Constitucionalidade

O objetivo deste item é somente expor a abrangência da atividade judiciária. Portanto, serão levantados apenas os principais aspectos do controle de constitucionalidade que possam ter influência no presente trabalho.

Através da simbiose de diferentes formas de controle, o Brasil formou um dos sistemas mais completos de controle de constitucionalidade. Passemos ao estudo das formas de controle de constitucionalidade para melhor entender o sistema brasileiro.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política. Site Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Site Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>>. Acesso em: 23 set. 2014.

O controle pode ser político ou jurisdicional. Político quando não é exercido pelo Poder Jurídico, mas pelo Executivo ou Legislativo. Exemplos deste controle é o veto do Poder Executivo ou o parecer das Comissões de Constituição e Justiça com base na inconstitucionalidade do projeto de lei proposto pelo Legislativo. Jurisdicional, quando o controle é exercido pelo Poder Judiciário. Entretanto, o parecer não obriga o Legislativo e o veto pode ser derrubado pela maioria absoluta das Casas Legislativas. Daí entender-se que o sistema brasileiro adotou basicamente o controle jurisdicional.

O controle pode ser preventivo ou repressivo. Preventivo quando incide sobre o projeto de lei e o Repressivo após a sua promulgação. Em regra, o controle preventivo muito se associa ao controle político e o controle repressivo ao jurisdicional, porém há uma previsão de controle repressivo jurisdicional. Esse controle decorre do disposto no artigo 60 §4º da Constituição Federal que prevê que as cláusulas pétreas não podem sequer ser objeto de deliberação que intente sua abolição. Portanto, quando essa discussão é travada em projeto de emenda constitucional, em razão “de um “direito-função” do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2011, p. 59), poderá ele impetrar um mandado de segurança para que este não mais tramite.

O controle pode ser incidental ou principal. Incidental quando a inconstitucionalidade é matéria incidental em uma ação judicial. Principal, quando a inconstitucionalidade é a matéria exclusiva da ação judicial.

O Controle pode ser concentrado ou difuso. Concentrado quando o controle de constitucionalidade é outorgado a um órgão superior ou exclusivo, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Difuso, quando esse controle é exercido por qualquer órgão jurisdicional. O Brasil adota um modelo misto de controle de constitucionalidade, já que cabe a todo Poder Judiciário, desde os juízes de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal exercê-lo. No sistema brasileiro o controle difuso se associa ao incidental enquanto o concentrado ao principal, isso porque no controle difuso, a matéria de inconstitucionalidade pode surgir em qualquer ação e o juiz de qualquer instância poderá deixar de aplicar a norma se entender em desacordo com a Constituição; ao passo que no controle concentrado a matéria de inconstitucionalidade ou constitucionalidade será tratada através de ações específicas.

Quanto aos tipos de inconstitucionalidade, eles podem ser formais ou materiais, e por ação ou omissão.

Configura-se inconstitucionalidade formal quando a lei não atendeu aos requisitos procedimentais para sua formação, como não ser respeitado o quórum de votação, ou a lei ser proposta por alguém que não tenha competência, por exemplo. Já a

inconstitucionalidade material é o desacordo entre o conteúdo da lei e o da Constituição. A inconstitucionalidade por ação se caracteriza pela não conformidade de algum ato legislativo ou administrativo com a Constituição. A inconstitucionalidade por omissão é relativamente nova no ordenamento jurídico, passou a fazer parte do sistema de controle de constitucionalidade apenas quando se reconheceu que a Constituição impõe certos deveres ao legislador e que o descumprimento destes configura inconstitucionalidade. Esse dever “resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1185).

5.1.1 Controle difuso

O controle difuso de constitucionalidade é conquista da primeira Constituição Republicana.

Este controle parte de uma ação concreta em que não se discute a inconstitucionalidade como matéria principal, mas como matéria de defesa ou exceção, que deverá ser solucionada pelo juiz já que dela depende a procedência ou improcedência da ação.

Por ser uma questão incidental, a inconstitucionalidade, ao contrário do controle concentrado, poderá ser debatida em qualquer ação por qualquer juiz.

Nos Tribunais, entretanto, o procedimento é diferenciado. A deliberação sobre a questão incidental de inconstitucionalidade deverá observar a Reserva de Plenário, ou seja, não poderá ser discutida pelo órgão fracionário, este deve remetê-la ao Plenário ou, em Tribunais com mais de 25 membros, ao órgão especial, sendo que, a lei ou ato normativo do Poder Público somente serão declarados inconstitucionais pelo voto da maioria absoluta de seus membros (CF, art. 97). Atualmente, em razão da celeridade e economia processual, esse procedimento tem sido dispensado quando a inconstitucionalidade suscitada já houver sido objeto de decisão do próprio Tribunal ou do STF⁷.

Por se tratar de questão incidental de inconstitucionalidade em caso concreto, a decisão terá efeito apenas *inter partes*. Entretanto, caso o litígio sobre a inconstitucionalidade da norma chegue a ser debatido pelo STF por meio de recurso extraordinário interposto pelas partes ou quando tratar-se de sua competência originária, a decisão sobre a

⁷ STF. Glossário Jurídico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=471>>. Acesso em: 23 set. 2014

inconstitucionalidade da norma poderá ter efeito *erga omnes*. Para tanto, deverá o STF remeter sua decisão ao Senado para que este decida se suspende a norma inconstitucional ou não (CF, art. 52, X). O próprio STF pode fazer com que sua decisão se irradie por todo o Poder Judiciário por meio da edição de Súmula Vinculante.

5.1.2 Controle concentrado

Como supramencionado, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. A inconstitucionalidade não surge do decurso de uma ação comum como questão incidental, a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade na ação declaratória de constitucionalidade) é o próprio objeto de uma ação específica, são elas: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Passemos à análise de cada uma delas.

5.1.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade

Diferente do controle difuso, em que a inconstitucionalidade da norma pode ser arguida por qualquer pessoa, o rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade é taxativamente previsto pelo artigo 103 da Constituição Federal. São eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Este rol foi ampliado significativamente pela Constituição de 1988 já que até então apenas o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para propor a ação. Essa mudança deixou evidente a intenção do legislador em mudar o modelo de controle até então vigente, em que se prosperava o controle difuso.

Por ser o objeto da ação a própria norma inconstitucional, a tutela que se deseja ver atendida não está vinculada a interesses individuais, mas a um coletivo, qual seja, a proteção da Constituição. Por isso, a ação direta de inconstitucionalidade se baseia no Princípio da indisponibilidade, uma vez proposta, não podem os legitimados desistir da ação.

O objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, portanto, não é atender os direitos subjetivos das partes, mas garantir a conformidade das leis e atos normativos federais e estaduais com a Constituição. Caso violem a norma constitucional, serão declarados nulos.

Ao contrário do controle difuso, na ação direta de inconstitucionalidade o efeito da declaração de nulidade não vincula apenas as partes, ele vincula também todos “os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2011, p. 80). Além disso, terá efeito *erga omnes* e, em regra, efeito *ex tunc*, podendo, com a aprovação de 2/3 dos Ministros, ter efeito *ex nunc* ou a partir do momento que determinarem, ou seja, o Supremo pode modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de acordo com os reflexos que possa ter.

5.1.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Enquanto na ação direta de inconstitucionalidade o objeto é uma lei ou ato normativo federal ou estadual, na ADI por omissão é a falta da norma que deflagra o direito à ação. Portanto, o controle exercido nesse caso recai sobre a “inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1351).

Configura-se omissão quando o legislador não atende ao imperativo constitucional de dar efetividade a uma norma. Essa omissão pode ser total, porque o legislador deixou de criar a norma que regulamenta a norma constitucional limitada; ou parcial, quando apesar de cumprir seu papel na atividade legiferante, o faz de forma insatisfatória de forma que a norma constitucional continue sem efetividade. A omissão também pode advir da Administração pública quando esta deixa de implementar medidas que assegurem a eficácia do pressuposto constitucional.

O rol de legitimados é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade, o que é criticado por José Afonso da Silva, porque não inclui o principal afetado, o cidadão (SILVA, 2005, p. 48).

Quando declarada a inconstitucionalidade por omissão, de acordo com o artigo 103 §2º da Constituição Federal, ao órgão administrativo será dado o prazo de 30 dias para tomar as providências necessárias. Esse prazo, no entanto, não se coaduna à realidade, pois na maioria das vezes as “providências” demandam um período muito maior.

Em caso de omissão legislativa, a este somente será dada ciência da omissão, mas não há qualquer sanção, já que o Judiciário não poderia interferir no poder discricionário do Legislativo, pois estaria infringindo o princípio da Separação dos Poderes e a harmonia entre eles.

5.1.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A ação de inconstitucionalidade interventiva ou a representação interventiva tem como objeto atos normativos estaduais que violem os chamados princípios sensíveis, impressos no artigo 34, VII da Constituição Federal.

A competência para propor a ação é do Procurador-Geral da República, que representará os interesses da União diante do Supremo Tribunal Federal. O STF apreciará a matéria, declarando constitucional ou inconstitucional a norma em questão.

Se entender pela inconstitucionalidade, o STF “requisita ao Presidente da República a intervenção no Estado-membro” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2011, p. 83).

A intervenção, no entanto, é exceção, já que a própria Constituição garante aos Estados independência (CF, art. 34). Portanto, se a simples suspensão da norma já for suficiente para restabelecer a normalidade, a intervenção não será necessária (CF, art. 36 §3º).

5.2 Ação declaratória de constitucionalidade

Embora os atos normativos estatais se presumam constitucionais, o objetivo dessa ação é a declaração da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal que seja objeto de controvérsia jurisprudencial.

Verifica-se essa controvérsia quando “há pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição” (MENDES,

COELHO, BRANCO, 2010, p. 1295). Essa controvérsia é um dos requisitos da ação e deve ser apta a demonstrar a insegurança jurídica causada pela incerteza de sua correta aplicação; caso não comprovada, o STF não conhecerá da ação.

São legitimados para propor essa ação, todos elencados no artigo 103 da Constituição Federal, os mesmos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

Muitas vezes, a ADECON é proposta juntamente com a ADI, caso esta última seja julgada improcedente, automaticamente reconhece-se a procedência daquela.

O pronunciamento do STF visa dirimir a situação de incerteza instaurada sobre a norma, declarando de forma definitiva sua constitucionalidade. O efeito de sua decisão é *erga omnes*.

5.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Como já exposto acima, a ampliação do rol de legitimados a propor as ações de controle de concentrado mudou o paradigma que até então havia em sede de controle de constitucionalidade, deixou o controle difuso de ser a regra, dando lugar ao controle exercido nas ações diretas. Entretanto, ainda restava um campo que o controle concentrado não abarcava, sendo para esta lacuna criada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, Lei 9.882/99.

Enquanto nas outras formas de controle de constitucionalidade tem-se como critério a norma constitucional, na ADPF adota-se como parâmetro o “preceito fundamental”. Como se vê, trata-se de conceito bastante abrangente, visto que não vem expressamente elencado pela Constituição, ensejando profundos debates a respeito do que é ou não é considerado preceito fundamental, como dispõe Gilmar Mendes (2010, p. 1311):

Assim, até que o STF se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão *preceitos fundamentais*, ter-se-á de assistir ao debate entre defensores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura restritiva e fechada do texto constitucional.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 87) chegaram à conclusão de que já é possível determinar como preceito fundamental, “[...] ideia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles

preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais [...]”.

Tal qual na ação declaratória de constitucionalidade, para a ADPF também é exigido que se prove a controvérsia judicial a respeito da efetividade do ato do poder público.

A ADPF se regula pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, esta ação só é cabível quando para o caso não seja admitida qualquer outra ação, que como se apontou acima, foi o fundamento de sua criação. A ADPF tem como objeto “controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (Lei 9.882/99, art. 1º parágrafo único). Portanto, ao admitir o controle concentrado de lei ou ato normativo municipal, bem como os anteriores à Constituição, a lei cumpriu um importante papel na completude do sistema de controle de constitucionalidade.

A decisão proferida terá efeito *erga omnes* e em regra *ex tunc*, podendo, assim como na ADI, por 2/3 dos votos, ter efeito *ex nunc* ou a partir do momento definido pelo STF.

5.4 Interpretação Conforme a Constituição

Diante das diferentes técnicas de interpretação das normas jurídicas, uma lei pode gerar dúvidas quanto a sua constitucionalidade. Por isso, no sentido de preservar essa lei da declaração de inconstitucionalidade, o Supremo afirma a constitucionalidade da norma por estabelecer uma interpretação compatível com a Constituição.

Para Luís Roberto Barroso, entende que o princípio da interpretação conforme a Constituição “abriga simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade”. Como técnica de interpretação, o princípio se revela na escolha daquela que mais se aproxima da vontade da Constituição. Como controle de constitucionalidade, quando o STF declara uma interpretação inconstitucional e impõe uma outra, que conforma a norma com a Constituição (BARROSO, 2011, p. 302).

Luiz Guilherme Marinoni acrescenta que “na interpretação conforme, o Judiciário e a Administração ficam impedidos de realizar outra interpretação que não aquela que foi declarada como a única constitucional pelo Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, 2008, p. 62).

Portanto, a interpretação conforme a Constituição possibilita que a lei continue a ter eficácia excluindo qualquer interpretação diversa que possa lhe tornar nula e afirma sua constitucionalidade atribuindo-lhe a interpretação que lhe aproxima da Constituição.

6 CONTRAMAJORITARISMO

O Judiciário é o único dos poderes que não é exercido por representantes do povo, representantes eleitos pela maioria. É daí que provém a clássica definição de que o Judiciário é um Poder contramajoritário.

Como já dito no capítulo 3, a função do Poder Judiciário é o exercício da jurisdição, ou seja, a solução dos conflitos de interesse. Contudo, sua missão mais elevada está no exercício na jurisdição constitucional a fim de ser instrumento de defesa de nossa Lei Fundamental.

Ao exercer a jurisdição constitucional, o Judiciário, segundo Alexander Bickel (1986, P. 17), “exercises control not in behalf of the prevailing majority, but against it”⁸, ou seja, ao exercer o controle da atividade estatal, tanto do Executivo como do Legislativo, há uma força contramajoritária – *a counter-majoritarian force* – que controla a majoritária. Esta afirmação naturalmente nos conduz a uma ilação bastante lógica de que, em um Estado que adota a democracia representativa, o Poder Judiciário é um poder não democrático. Sendo assim, levanta-se a questão sobre a legitimidade da atividade judiciária, mormente quanto à jurisdição constitucional, frente à Democracia, o que Alexander Bickel (1986, p. 16) chamou de *The Counter-Majoritarian Difficulty*.

6.1 Contramajoritarismo x Democracia: a Legitimidade dos Juízes

O conflito entre democracia e o contramajoritarismo da atividade judiciária, apesar de evidente, é somente aparente. Isso porque ele apenas existe se levarmos em conta meramente a concepção bastante rasa de que democracia é a vontade da maioria. Eduardo Cambi (2011, p. 200) exemplifica brilhantemente o porquê é tão equivocada essa afirmação:

A democracia não se resume à vontade da maioria. Se fosse realizada consulta popular para se saber se o povo estaria disposto a não mais pagar impostos ou, especialmente em períodos posteriores a crimes de grande comoção social, se é a favor da pena de morte, certamente a maioria diria que “sim”, embora tais propostas firam diretamente a Constituição e as leis vigentes no país.

⁸ Tradução: exerce o controle não em favor da maioria predominante, mas contra ela.

Extrai-se do exemplo que, muitas vezes, a maioria é tomada por uma vontade emergencial, que busca providência imediata, mas que pode estar em completa dissonância com as normas constitucionais. Portanto, se a democracia se assentasse somente na vontade da maioria, os direitos fundamentais estariam sempre vulneráveis a qualquer mudança, mesmo que esta mudança significasse um retrocesso.

Nessa linha, Alexander Bickel indica que todo governo que esteja sob o domínio de leis deve se basear não somente nas necessidades materiais imediatas de uma sociedade – *immediate material needs*, mas também em valores permanentes – *enduring values*, este último seria o que ele define como *acting on principles*, ou seja, agir de acordo com princípios. Entretanto, na maioria das vezes o legislador escolhe agir apenas de acordo com as necessidades imediatas. Especialmente quando há uma pressão por resultados imediatos, “men will ordinarily prefer to act on expediency rather than take the long view”⁹ (BICKEL, 1986, p. 24 e 25).

Ainda de acordo com a teoria de Alexander Bickel, os princípios são os fins do governo, eles representam um estado ideal que se deseja atingir. Para se adequar às novas circunstâncias, a interpretação destes princípios deve ser constantemente renovada. Para ele, essa nova interpretação deve ser feita por um órgão que não esteja sujeito a interferências externas, “an institution which stands altogether aside from the current clash of interests, and which, insofar as is humanly possible, is concerned only with principle”¹⁰. Como o Legislativo e o Executivo estão sujeitos a agir de acordo com a vontade da maioria em detrimento dos direitos fundamentais, o único órgão que enfeixa essas características é o Judiciário, por isso a ele Alexander Bickel conferiu o título de *pronouncer and guardian* dos valores permanentes – *enduring values* (BICKEL, 1986, p. 24 e 25).

Podemos traduzir esses “valores permanentes” como os direitos fundamentais intangíveis previstos pela Constituição. Esses direitos não devem sequer ser objeto de deliberação, são intocáveis e, portanto, não podem ser suprimidos nem pela vontade da maioria. Esses direitos seriam o que Eduardo Cambi (2011, p. 206) chamou de “trunfos contra a maioria”, ou seja, em um sistema democrático em que a vontade da maioria prevalece, há que se proteger a minoria não representada e a proteção dessa minoria, por sua vez, está na garantia dos direitos fundamentais acima de qualquer vontade temporária que essa maioria possa representar, como bem dispõe Eduardo Cambi (2011, p. 24):

⁹ Tradução: os homens normalmente preferirão agir de acordo com a conveniência a pensar nos efeitos a longo prazo.

¹⁰ Tradução: uma instituição que se mantenha distante de choques de interesse momentâneos, e que, na medida em que seja humanamente possível, se preocupe apenas com os princípios.

O princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo ou do Executivo perante as violações da lei fundamental. É preciso aprender com a história, a qual está repleta de exemplos de maiorias totalitárias (v.g. o nazismo e o fascismo), a exigir a observância de direitos fundamentais de todos, façam eles ou não parte da maioria.

A principal ferramenta de proteção desses direitos é a jurisdição constitucional, é através dela que o Judiciário garante a efetividade da Constituição, pois nada adiantaria o Estado possuir uma norma fundamental se a ela não garantisse proteção. Portanto, ao resguardar a Constituição, resguardam-se os direitos fundamentais e, por conseguinte, a própria democracia. É aí que se conciliam o contramajoritarismo judiciário e a democracia, pois ao resguardar a Constituição, o Judiciário está também resguardando a vontade de uma maioria, mas não uma maioria ocasional, e sim a maioria soberana, a que deu origem à Constituição.

Voltando à teoria de Alexander Bickel, entende-se, portanto, o porquê de se confiar ao Judiciário a guarda da Constituição: somente ele é capaz de se manter distante das pressões populares e garantir a proteção dos direitos fundamentais, justamente porque não está vinculado a satisfazer a vontade da maioria, uma vez que sua função não é representá-la e sim protegê-la.

Sobre essa discussão, cabe trazeremos as lições do Ministro Celso de Mello:

A questão da legitimidade do Poder Judiciário surge sempre que se pergunta sobre o alcance da norma constitucional expressa no enunciado de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único). Se o poder judicial não é exercido pelo povo “diretamente”, nem por meio de “representantes eleitos”, impõe-se investigar o que torna justificável a aceitação das decisões dos juízes por parte da cidadania.

A única possibilidade de conciliar a jurisdição com a democracia consiste em compreendê-la também como representação do povo. Não se trata, obviamente, de um mandato outorgado por meio do sufrágio popular, mas de uma representação ideal que se dá no plano discursivo, é dizer, uma representação “argumentativa”. Essa representação argumentativa é exercida não no campo das escolhas políticas – cujas deliberações versam (predominantemente) sobre o que é bom, conveniente ou oportuno –, mas no campo da aplicação do direito, sob as regras do discurso racional por meio do qual se sustenta e se declara o que é correto, válido ou devido¹¹.

Portanto, embora contramajoritarismo e democracia pareçam conceitos antagônicos, é o contramajoritarismo o princípio legitimador da atividade Judiciária no Estado

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470 Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 17 dez. 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso: em 15 jul. 2014.

Democrático de Direito, pois é ele que garantirá um juiz imparcial, independente, oferecendo subsídios para que possam julgar de forma justa.

6.2 As formas de Mitigação do Contramajoritarismo

Todo o exposto neste capítulo trata de um ideal contramajoritário, em que se engendra um cenário perfeito para que o juiz esteja isento de qualquer influência ou pressão externa.

No entanto, esse ideal se depara com a realidade fática e o contramajoritarismo judiciário, para o bem ou para o mal, acaba por ser mitigado. Aqui, trataremos de duas frentes: a mitigação do contramajoritarismo ante a representatividade real e a mitigação do contramajoritarismo no sistema de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

6.2.1 Contramajoritarismo x Supremo Tribunal Federal

Este tópico centralizará a discussão no Supremo Tribunal Federal. Isso porque, apesar de outros tribunais adotarem a investidura política, somente no STF a indicação é feita diretamente pelo Presidente independentemente de lista prévia de indicados. Ademais, são eles a última instância sobre questões constitucionais, suas decisões se irradiam por todo o Judiciário e se refletem em toda a sociedade. O nosso órgão de cúpula do Poder Judiciário é o principal responsável pelo exercício da jurisdição constitucional e cumpre um papel determinante no equilíbrio dos poderes e na guarda da Constituição.

Assim como já mencionado no capítulo 3, a Constituição estabeleceu que nossa Corte Suprema deverá ser composta de 11 ministros. A indicação será feita pelo Presidente da República, “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (CF, art. 101). O indicado somente será nomeado se aprovado pela maioria absoluta do Senado após ser sabatinado por ele.

Essa forma de investidura foi introduzida no Brasil segundo os moldes americanos da *Supreme Court*. Levando em consideração os aspectos formais, está plenamente em conformidade com o Princípio da Separação dos Poderes e do sistema *checks*

and balances, já que garante a participação do Executivo e do Legislativo no procedimento de escolha e assegura a harmonia entre eles. É um sistema reconhecidamente válido e legítimo, como se demonstra no trecho extraído da entrevista que o advogado alemão Peter Eigen, fundador da Transparência Internacional, concedeu à Revista Veja (2014, p. 17):

Acima de tudo, o mensalão é um exemplo de que as instituições brasileiras estão funcionando bem. A Suprema Corte transmitiu todas as sessões ao vivo pela televisão, uma demonstração de total transparência. O Brasil é um país democrático, com eleições livres e multipartidárias, portanto um caso que envolve tantas figuras do alto escalão do governo naturalmente se torna um fenômeno político. Mas a tentativa de desacreditar os procedimentos do julgamento com a afirmação de que as decisões dos juízes foram motivadas politicamente não é correta. Os promotores do caso e a maioria dos juízes que decidiram sobre o veredicto foram nomeados pelos presidentes Lula e Dilma. É uma prova clara da independência do julgamento e uma forte mensagem aos outros políticos que agem assumindo a impunidade de que as coisas podem estar mudando no Brasil¹².

Sem desmerecer o entendimento do renomado advogado, há que se considerar que a legitimidade deste modelo de investidura se contrasta com a realidade fática do Brasil, o que acaba por desvirtuar a estrutura do sistema.

Primeiramente, devemos confrontar o modelo com os dados estatísticos do Supremo.

Durante toda a história do STF, que tem suas raízes na Constituição de 1891, de todas as indicações feitas pelo Presidente da República, apenas cinco não foram aprovadas pelo Senado, todas durante a ditadura militar, no governo de Floriano Peixoto¹³. Além disso, as sabinas realizadas pelo Senado, que deveriam cumprir seu papel de investigar a fundo os critérios de “notável saber jurídico” e “reputação ilibada”, duram apenas algumas horas. De todos os Ministros que compõem o STF atualmente, a sabinina de maior duração foi a de Dias Toffoli e durou apenas sete horas¹⁴. Não se pode deixar de fazer um comparativo com os dados da história americana, já que, como supracitado, foi o modelo americano que serviu de base ao brasileiro. Pois bem, nos Estados Unidos doze indicações já foram rejeitadas pelo Senado, além do que as sabinas chegam a durar meses.

¹² ALLEGRETTI, Fernanda. Medidas duras não bastam. **As marcas da mentira**. Revista Veja. Edição 2355, ano 47, n. 2, p. 17-19, 8 jan. 2014.

¹³ MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. Brasília, 2007, p. 17. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfCuriosidadeStf/anexo/NotasInformativasEletronica161007.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

¹⁴ SOARES, Alessandra Guimarães. **A nomeação de ministros do STF, um processo controverso**. 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://ogusmao.com/2014/03/13/a-nomeacao-de-ministros-do-stf-um-processo-controverso/>>. Acesso em: 24 set. 2014.

À vista disso, pode se constatar que o modelo se enquadra apenas tecnicamente nas regras da Separação dos Poderes, pois a bem da verdade, a sabatina no Brasil não cumpre mais do que um papel burocrático. Além disso, na formação atual do Supremo, dos onze ministros, apenas três não foram indicados pelo partido que se encontra no poder atualmente¹⁵, o Partido dos Trabalhadores, fato que não teria qualquer relevância caso a sabatina realizada pelo Senado atingisse sua finalidade. A situação pode ser ainda mais agravada, já que, tendo a Presidente atual sido reeleita, até o final do seu mandato ela poderá indicar mais seis ministros, contabilizando um total de dez indicações¹⁶. Isso significa que, em qualquer votação já haverá maioria para um único partido.

Feitas as considerações estatísticas, passemos à análise dos dados históricos do Brasil.

Assim como exposto no capítulo 1, o Brasil é um país de democracia recente, tendo um histórico de autoritarismo e manipulação de poder. Não faltam exemplos na história do país a corroborar a afirmação, passamos pelo coronelismo, a ditadura Vargas e a ditadura militar. Apesar de tentativas anteriores, o processo de redemocratização começou apenas com a Constituição de 1988 e até hoje muitos dos vetores que nossa Constituição dirigente estabeleceu para o legislador não foram efetivados.

O histórico de autoritarismo se reflete na própria Constituição, prolixa, densa, uma forma de explicitar os direitos que ela pretende assegurar sem deixar margens a qualquer interpretação diversa que possa maculá-la.

O sistema de investidura política adotado para o STF, como demonstrado, está sujeito a falhas. Portanto, sendo o Poder Judiciário órgão fundamental de preservação e manutenção da democracia, qualquer resquício de autoritarismo ou de prevalência de um Poder sobre o outro, mesmo que mínimo, compromete toda a estrutura que envolve o Estado Democrático de Direito.

Diante de todos os fatos acima demonstrados, constata-se que o contramajoritarismo do Poder Judiciário, no Supremo Tribunal Federal é mitigado pelo sistema de investidura adotado, máxime porque sofre total ingerência do Executivo, poder majoritário, no processo de escolha dos ministros. Essa mitigação é deveras prejudicial à sociedade, pois, na medida em que não estão plenamente desvinculados do Poder Executivo,

¹⁵ **PRESIDENTES** da República que nomearam Ministros para o Supremo Tribunal Federal. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>>. Acesso em: 25 set. 2014.

¹⁶ **MOTTA, Severino. Até 2018, PT terá indicado 10 de 11 ministros do STF**. Brasília, 27 out. 2014. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1538839-ate-2018-pt-tera-indicado-10-de-11-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em: 27 out. 2014.

não possuem o isolamento necessário a assegurar sua imparcialidade e independência. Mesmo que indiretamente, os magistrados estão agindo majoritariamente, pois, embora a maioria não tenha influência em suas decisões, tem nas decisões daquele que o nomeou, o Poder Executivo.

Eugênio Zaffaroni define três modelos judiciais, em uma ordem evolutiva, são eles: o modelo empírico primitivo, o modelo tecno-burocrático e o modelo democrático contemporâneo. Para ele o Brasil se enquadra no segundo modelo, o mediano, ou seja, ele ainda não atingiu o ponto mais alto da ordem evolutiva do Judiciário. É assim o modelo definido por Zaffaroni (1995) apud Mendes (2010, p. 1066):

Modelo tecno-burocrático: ao erradicar-se a arbitrariedade seletiva, garante-se o nível técnico da magistratura. Necessariamente a qualidade do serviço é superior ao modelo anterior, embora se mova por trilhos sempre muito formalizados. O perfil do juiz não deixa de ser deteriorado, mas aqui com acentuada tendência à burocratização 'carreirística'. A independência, no melhor dos casos, é apenas externa. Portanto, o controle de constitucionalidade, se existir, terá baixo nível de incidência. Melhorará por certo a condição proporcionada pelo judiciário à segurança do investimento produtivo racional. Embora a cultura jurídica seja superior, não terá estímulo para alçar verdadeiro voo teórico, diante da tendência aos métodos exegéticos e aos argumentos pragmáticos. Poder-se-á afirmar que favorece um Estado de Direito, mas de caráter legal (não constitucional). A característica geral não difere muito da anterior, ainda que corresponda a um contexto mais estável, mas não necessariamente mais democrático e que pode ser, inclusive, abertamente autoritário.

Mesmo que ainda não estejamos inseridos no modelo ideal de Judiciário, não podemos dar um passo à frente sem nem ao menos termos condições de concretizarmos o modelo atual. Antes de qualquer reforma, de qualquer mudança que se possa aventar, é preciso, com os olhos voltados ao passado e à realidade presente, desvencilhar-nos dos resquícios que degradam o sistema deixados pela trajetória de nossa história.

Logicamente que, levando em consideração os dados estatísticos e os aspectos históricos, a análise se dá apenas no campo procedimental, não se questiona aqui as características individuais de cada Ministro. O objetivo é questionar o sistema a fim de que se encontrem meios de assegurá-lo contra quaisquer distorções a que esteja sujeito.

6.2.2 Contramajoritarismo x Representatividade fática

Para discorrer sobre o tema devemos retornar ao Princípio Majoritário tratado no capítulo 2. Em síntese, o princípio majoritário fundamenta o sistema da democracia representativa. A vontade da maioria é que legitima a atividade de seus representantes no Legislativo e Executivo.

Como já ressaltado, a existência de uma maioria pressupõe a existência de uma minoria. Essa minoria deverá ser protegida contra a maioria, e para tanto, o Estado se vale dos direitos fundamentais. Da missão outorgada ao Judiciário de proteger esses direitos, de ser o guardião da Constituição, decorre que também será responsável por proteger as minorias.

Todo o exposto corresponde ao conceito teórico do Princípio Majoritário, pois quando este princípio se confronta com a realidade, vê-se que nem sempre a maioria que elegeu seus representantes será necessariamente representada. Eis o que expõe Kelsen (1993, p. 69) a respeito da matéria:

Na realidade, a maioria numérica nem sempre é decisiva: pode até acontecer – mesmo supondo plenamente reconhecido o princípio majoritário – que a minoria numérica domine a maioria numérica, tanto ocultamente – quando o grupo dominante é majoritário apenas aparentemente, em consequência de artifícios da técnica eleitoral – quando abertamente, isto é, no caso de um assim chamado governo de minoria.

Ainda nesse sentido, com uma posição mais crítica, são as lições de José Afonso da Silva (2005, p. 130):

Maioria não é princípio. É simples técnica de que serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. [...] Uma análise mais acurada, porém, mostra que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas uma minoria dominante. Essa situação fica muito clara no processo de formação das leis, que é aspecto importante do regime político, notadamente nas estruturas sociais divididas em classes de interesses divergentes, onde dificilmente se consegue atinar com o que seja o interesse geral. Aí é que as leis exercem um papel de arbitragem importante, nem sempre mais democrático, porque, no mais das vezes, tem por interesse geral o da classe dominante”.

A maioria popular muitas vezes é utilizada apenas como instrumento para alcançar o poder, pois uma vez dele investido, muitos ditos “representantes do povo” representam apenas os interesses de seu grupo ou das classes dominantes, por meio de lobby, por exemplo. O maior problema que essa questão enseja é que a força dessas classes

dominantes se irradiará por todo o ordenamento, já que estes representantes têm o poder legiferante em mãos, como dispõe José Afonso da Silva (2005, p. 131):

Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo que a maioria do povo aspira, mas ao contrário, em grande parte busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, às vezes, está em contraste com os interesses da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão por que, fazendo a maioria parlamentar, obtêm uma legislação favorável.

Portanto, há dois tipos de maioria, a maioria popular e a maioria parlamentar e estas nem sempre se correspondem. Desta forma, não é mais uma minoria que resta sem representação, a situação se inverte em detrimento da maioria. Desse entendimento também decorre a constatação que se ao Judiciário competia a proteção da minoria por esta estar sujeita à opressão de uma maioria, aqui a situação também se inverte, deve ele prestar assistência à maioria porque agora é esta que está sujeita à opressão da minoria. Sendo assim, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma concebida em favor dos interesses dessa minoria, o Judiciário não estará agindo contramajoritariamente, e sim, majoritariamente, pois em favor da maioria popular. Nesse aspecto, a mitigação do contramajoritarismo é necessária e em prol da democracia.

O problema se põe quando o Poder Judiciário atua majoritariamente não em nome da maioria popular, mas da maioria parlamentar. Essa questão foi suscitada por Robert A. Dahl a respeito da Suprema Corte dos Estados Unidos. São essas as conclusões de Dahl (1957) *apud* Horbach (2013):

[...] as visões políticas dominantes na Corte nunca são, por muito tempo, desalinhadas das visões políticas dominantes entre as maiorias legiferantes dos Estados Unidos. Em consequência, seria sumamente irreal supor que a Corte ficaria, por mais do que poucos anos no máximo, contra qualquer uma das grandes opções defendidas pela maioria legiferante. Afinal, os presidentes geralmente indicam, em seus mandatos, alguns dos juízes do Tribunal — e presidentes não são famosos por indicar juízes hostis a suas próprias visões sobre políticas públicas —, além do que seria difícil assegurar a confirmação de um indicado cuja posição em questões essenciais fosse flagrantemente contrária àquela dominante na maioria do Senado.

[...] são as decisões da Corte que podem ser interpretadas a partir do referencial “maioria *versus* minoria”, o que demonstraria que o Tribunal não difere, em regra, das orientações da maioria legiferante. Na verdade, em muitas dessas decisões “polêmicas”, a Suprema Corte atuaria em campos nos quais se verifica uma instabilidade das maiorias legiferantes, mas mesmo nessas situações a legitimidade

de suas posturas somente prevalece quando se conforma e reforça padrões implícitos ou explícitos amplamente aceitos pela liderança política [...] ¹⁷.

Apesar de se tratar da realidade americana, a constatação ora aventada poderia naturalmente ser transposta à realidade brasileira, visto que adotamos um modelo idêntico ao americano e ainda o distorcemos, como demonstrado no item anterior, o que mostra que estamos ainda mais suscetíveis ao desvirtuamento da atividade judiciária apontado por Robert A. Dahl.

¹⁷ HORBACH, Carlos Batisde. **Romper (pre)conceitos sobre jurisdição constitucional**. 22 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-22/analise-constitucional-romper-preconceitos-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

7 CONCLUSÃO

O trabalho se voltou a discutir e procurar respostas três questões: a legitimidade dos juízes e a relativização do contramajoritarismo judiciário em relação à representatividade efetiva e o processo de investidura dos Ministros do STF.

No desenrolar do processo de conquistas ao longo da história, a organização do Estado foi ganhando novas formas. Hoje, a atividade judiciária é muito mais complexa e abrangente e um dos principais instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Ao proteger os direitos fundamentais, o Judiciário está também limitando o Poder Estatal, já que esses direitos são as garantias inerentes ao ser humano que o Estado não pode suprimir. Portanto, ao proteger esses direitos o Judiciário cumpre seu papel de *check*, ou seja, de freio do Poder Estatal. Para que esta função seja exercida satisfatoriamente, não deve haver qualquer ligação entre o Poder Judiciário e os outros Poderes, caso contrário essa função estaria viciada já que não haveria meios de se manter independente e imparcial.

Além desse papel, o Judiciário também protege os direitos fundamentais contra a vontade da maioria, pois muitas vezes a maioria é levada por desejos momentâneos que, se não freados, poderiam corromper suas próprias garantias fundamentais.

Por isso, não haveria outro Poder mais apropriado a assegurar as garantias constitucionais do que o Judiciário, pois ele é a única das funções estatais soberanas que não se vincula à vontade da maioria ou a pressões externas.

A característica contramajoritária do Poder é que assegura ao juiz a garantia de imparcialidade e independência ao proferir suas decisões. É o contramajoritarismo o princípio que legitima a atividade judiciária.

Entretanto, todo o exposto trata do plano ideal, que muito se contrasta com o real. A realidade mitiga esse princípio de duas formas: pela investidura política e pela representatividade real.

A discussão se focou no Supremo Tribunal Federal, já que é ele o órgão mais suscetível à interferência do Executivo.

Restou demonstrado, através de dados estatísticos, que a investidura política dos Ministros do STF, apesar de prever um procedimento legítimo, não é cumprida de forma efetiva no Brasil, resultando no desvirtuamento do equilíbrio entre os Poderes, já que o

Executivo tem total ingerência no processo. Isso porque o Senado não cumpre seu papel em realizar uma sabatina adequada, configurando mera etapa burocrática.

Demonstrou-se que o contramajoritarismo também é mitigado em razão da representação efetiva das maiorias. Ele pode ser mitigado para o bem, em favor de uma maioria popular, já que uma minoria, geralmente as elites econômicas, consegue dominar a maioria parlamentar em detrimento da maioria popular. Mas ele também pode ser mitigado para o mal, em favor da maioria parlamentar, quando a Suprema Corte se mostra tendente a julgar em favor dessa maioria para não haver conflitos de interesse.

O que o trabalho pretendeu questionar foi a efetividade do procedimento, e não sua legitimidade. Isso porque, por termos um histórico de autoritarismo e uma democracia recente, ainda podemos estar sujeitos ao desequilíbrio entre os poderes e a manipulações políticas, portanto, o sistema não pode deixar brechas que possam ser exploradas a fim de satisfazer interesses pessoais ou partidários.

Diante dos fatos, poderíamos até sugerir que o sistema de investidura político fosse substituído pelo administrativo, ou seja, apenas através de concursos, pois desta forma não haveria, ou dificilmente haveria, falhas de efetividade. No entanto, tal sugestão seria um retrocesso, já que estaríamos prezando apenas a qualidade técnica, o que não se pretende.

O objetivo não é que tenhamos juízes despolitizados, até porque os magistrados, principalmente os Ministros do STF, sempre tomam decisões políticas, já que a Constituição traz institutos políticos. O que se quer evitar é que tenhamos juízes partidarizados, que sejam instrumento de interesses de um partido, seja ele representado pelo Executivo ou Legislativo, em detrimento de direitos fundamentais.

Por isso o objetivo do trabalho foi apontar as falhas de efetividade, pois a solução para a mitigação do contramajoritarismo, não pode estar ligada a um retrocesso, temos que caminhar para o progresso, e o progresso é termos a garantia da funcionalidade do sistema, ou seja, neste caso, que o Senado cumpra seu papel.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGRETTI, Fernanda. Medidas duras não bastam. **As marcas da mentira**. Revista Veja. Edição 2355, ano 47, n. 2, p. 17-19, 8 jan. 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 Minas Gerais**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 17 dez. 2012. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso: em 15 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Site Plataforma Democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 26 set. 2014.

_____. **Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política**. Site Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2014

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Site Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>. Acesso em: 23 set. 2014.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. 2. ed. Binghamton: Yale University Press, 1986.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. 1. ed. Ciudad Universitaria: Instituto de Invetigationes Jurídicas, 2003.

HORBACH, Carlos Batisde. **Romper (pre)conceitos sobre jurisdição constitucional**. 22 set. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-22/analise-constitucional-romper-preconceitos-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 26 ago. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo – curso de Processo Civil vol.1**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. Brasília, 2007, p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfCuriosidadeStf/anexo/NotasInformativasEletronica161007.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

MOTTA, Severino. **Até 2018, PT terá indicado 10 de 11 ministros do STF**. Brasília, 27 out. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1538839-ate-2018-pt-tera-indicado-10-de-11-ministros-do-stf.shtml>. Acesso em: 27 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONSTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRESIDENTES da República que nomearam Ministros para o Supremo Tribunal Federal. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>. Acesso em: 25 set. 2014.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de Direito e o Conflito de Ideologias**. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

REGIME militar: os anos difíceis do Supremo. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124565>. Acesso: em 25 set. 2014

RODRIGUES, Melline Solfa. **O controle de constitucionalidade da sentença pela relativização da coisa julgada inconstitucional**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2012.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O princípio contramajoritário como característica do controle de constitucionalidade**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **O Constitucionalismo Brasileiro. (Evolução Institucional)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOARES, Alessandra Guimarães. **A nomeação de ministros do STF, um processo controverso**. 13 mar. 2014. Disponível em: <http://ogusmao.com/2014/03/13/a-nomeacao-de-ministros-do-stf-um-processo-controverso/>. Acesso em: 24 set. 2014.

STF. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=471>. Acesso em: 23 set. 2014

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.