



GUILHERME PUPE DA NÓBREGA

# **A FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho

BRASÍLIA

2010

## RESUMO

O presente trabalho trata da função política exercida pela jurisdição constitucional no interesse do próprio Estado. Serão analisadas três formas principais de manifestação política: interpretação e efetividade constitucional, controle e juízo de conformação com a Constituição e judicialização da política. Serão desenvolvidos conceitos que auxiliem num estudo mais aprofundado dos referidos institutos.

Palavras-chave: jurisdição constitucional. Política. Direito. Controle de constitucionalidade. Ativismo judicial. Hermenêutica constitucional.

## ABSTRACT

*This work examines the political function exercised by the constitutional jurisdiction on behalf of State's own interest. The three main forms of that manifest are studied: interpretation and constitutional effectivity, control of constitutionality and judicialization of politic issues. These concepts are developed to help a further exam of themselves.*

*Keywords: constitutional jurisdiction. Politics. Law. Constitutionality control. Judicial activism. Constitutional hermeneutic.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>4</b>
<b>1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES — SITUANDO O TEMA.....</b>	<b>7</b>
<b>2 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES .....</b>	<b>15</b>
<b>3 DIREITO E POLÍTICA .....</b>	<b>20</b>
<b>4 A FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>28</b>
<b>4.1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E ABSTRAÇÃO DOS OBJETIVOS DO ESTADO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....</b>	<b>29</b>
<b>4.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>33</b>
<b>4.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....</b>	<b>37</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>41</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>44</b>

## INTRODUÇÃO

Esta modesta contribuição tem o condão de analisar a dimensão política da função atualmente desempenhada, em sede de jurisdição constitucional, por juízes e tribunais junto ao modelo de Estado que é hodiernamente adotado pelo Brasil.

Para tanto, serão examinados alguns conceitos e nuances atinentes àquela função que conduzirão a uma melhor compreensão, por parte do leitor, de fenômenos atuais em franca evidência, como o chamado ativismo judicial — aqui enfatizado através da criação judicial do Direito através da hermenêutica —, o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos e normativos e a judicialização da política.

O foco da pesquisa, pois, será precisamente este: examinar o aspecto político — e não (somente) jurídico — das decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional no Brasil, por meio das quais efetivamente se estabelecem diretrizes e rumos que nortearão o Estado e a sociedade segundo uma leitura ampla dos valores, princípios e intenções consagrados pelo Constituinte Originário e dos respectivos meios para alcançá-los a contento.

Importante dizer que, ao longo de seu desenvolvimento, a investigação em comento trará à balha alguns importantes questionamentos.

À guisa de exemplo, de pronto, podem ser destacadas as seguintes perguntas a que se intenta responder: a jurisdição constitucional brasileira, a exemplo de outros modelos, exerce, além de uma função eminentemente jurídica, um papel político no bojo do Estado democrático de Direito? No plano hipotético, acaso seja afirmativa a resposta anterior, por que isso aconteceria? De que formas essa função política poderia ser mais bem delineada/externada para que se possa,

efetivamente, analisá-la? Esse exercício da função política pela jurisdição constitucional é legítimo? Qual o fundamento para ele?

Ao buscar responder a essas indagações — e outras que eventualmente surgirem no decorrer da empreitada —, este trabalho pretenderá, também, indo além, traçar e apontar modalidades por meio da qual se evidencia a natureza política da atuação da jurisdição constitucional no bojo do Estado democrático de Direito.

Para tanto, proceder-se-á a um minucioso exame da vasta doutrina existente acerca da questão. Devidamente realizado o cotejo entre as posições divergentes existentes, as conclusões do estudo serão lançadas ao seu final.

É cediço que muito se tem questionado sobre a legitimidade do exercício de um papel político pela jurisdição constitucional, sendo variados os argumentos no sentido de que os juízes constitucionais, por não serem eleitos, relativizariam a decisão majoritária — traduzida pela lei como vontade geral — ao exercerem o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos emanados de autoridades eleitas e, portanto, legitimadas democraticamente.

Noutra senda, muitos questionam a vulneração à separação de poderes, com uma ingerência do Judiciário em questões atinentes a outros poderes. Indo além, há, ainda, correntes que advogam no sentido de uma inevitável politização e contaminação daquele Poder e num arbitrário “governo dos juízes”<sup>1</sup> que não são eleitos diretamente pelo povo.

Esta empreitada ambiciona responder a essas críticas, delimitando e embasando a função política da jurisdição constitucional, fortalecida nas últimas décadas como meio de resposta às mudanças e demandas sociais.

---

<sup>1</sup> Há posições, também, no sentido de um retorno à Constituição Mista, ocupando o Judiciário a posição da aristocracia. Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES — SITUANDO O TEMA

Chega a ser curiosa a grande polêmica gerada quando autores buscam tratar da dimensão política do exercício da jurisdição constitucional junto ao Estado. É que, aos olhos de muitos, direito e política seriam como água e óleo a nunca se misturarem.

Como argumento, alega-se que, ao atuar politicamente, juízes e tribunais constitucionais estariam, na verdade, legislando, num desenfreado “ativismo judicial”, ou invadindo seara reservada ao Executivo, o que acarretaria uma judicialização da política que conduziria, por sua vez, inevitavelmente a uma politização da justiça. E essa é apenas uma das muitas críticas que são tecidas contra uma atuação política por parte da jurisdição constitucional.

A verdade, contudo, é que essa função política, exercida por juízes e tribunais, não só efetivamente existe como, atualmente, tem se demonstrado premente e necessária à sociedade e de interesse do próprio Estado.

Se é fato que cabe ao tribunal constitucional a proteção e a interpretação da Constituição enquanto documento consagrador dos valores de uma sociedade gerida por um Estado, é indiscutível — sendo também fato — que aquele mesmo tribunal possuirá, por delegação do Constituinte, a relevante responsabilidade social e política de arbitrar conflitos concretos e *in abstracto* à luz daqueles mesmos valores, por delegação expressa e direta do próprio Constituinte Originário, ou seja, legitimamente.

Nesse ponto, faz-se forçoso concluir que, com a consagração do modelo de Estado democrático de Direito, os valores constitucionais ganharam amplitude na mesma medida em que a jurisdição constitucional ganhou importância.

Oscar Vilhena Vieira traz interessantes considerações respeito

dessa importância política e social da jurisdição constitucional no Estado brasileiro:

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.<sup>2</sup>

E essa ascensão da jurisdição constitucional ao centro do cenário político e social — que não é uma exclusividade brasileira — se deveu a diversos motivos — que serão melhor analisados abaixo.

É que os juízes e os tribunais constitucionais viram-se cada vez mais forçados a saírem da anterior condição de poder “invisível e nulo”<sup>3</sup>, mera *vox legis*, para se tornarem pensantes, extraindo e implementando, de modo ativo, os objetivos do Estado segundo a Constituição, sem ficarem restritos “à frieza da lei, mas à sua correta aplicação”<sup>4</sup>, criando o Direito, ampliando conceitos normativos e conferindo eficácia à Constituição a partir da sua efetiva aplicação.

Ao analisar detidamente a questão em tela, Francisco Segado nos traz importantes ensinamentos no sentido de que:

*En este nuevo contexto se entiende que aunque, por razones en alguna medida de orden práctico, en la línea kelseniana, el control de constitucionalidad se siga acomodando a una estructura concentrada en un órgano, el Tribunal Constitucional, que tendrá la última palabra en lo que al mismo se refiere, ya no se considere necesaria la conversión del Tribunal en un “legislador negativo”; como modo de articular su colaboración con el “legislador positivo”; y todo ello frente al poder judicial. La praxis de los Tribunales Constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección, certificando la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.*<sup>5</sup>

<sup>2</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: Revista Direito GV, ano 4, vol. 2, jul./dez. 2008, p. 442.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 167.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 46-50.

<sup>5</sup> SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. In: Direito Público, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez. 2003, p. 82.

Tendo em mente esses ensinamentos, é conveniente que, aqui, se faça um esboço — bastante breve e propositadamente simplista — que enumere os mais importantes eventos que deram origem ao mencionado panorama.

No século XIX, o Direito era exclusivamente positivista e a lei era vista como expressão superior da razão. O sistema jurídico era tido como completo e o seu processo de aplicação era de mera subsunção dos fatos às normas existentes. Os juízes e tribunais eram inertes. Só atuavam provocados e balizados por limites. Havia uma enorme desconfiança influenciada pela Revolução Francesa.<sup>6</sup>

Posteriormente, vêm a lume as duas Grandes Guerras e, após, a ascensão de regimes totalitários que assolaram a América Latina. O “fetichismo da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados.” O positivismo entra em franca decadência.<sup>7</sup>

Em resposta, na segunda metade do século XX, as Constituições surgem como instrumentos de salvaguarda de direitos fundamentais e de limitação de poderes num contexto pós-positivista — ou, como também se denomina, neoconstitucionalista. Como resultado, o Direito se reaproxima da ética. A mera subsunção de fatos às normas dá lugar à hermenêutica. As regras, fechadas e restritas, são substituídas por princípios, amplos e gerais. O Legislativo e o Executivo perdem espaço político para uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional.<sup>8</sup>

O constitucionalismo e a jurisdição constitucional nesse contexto, portanto, experimentam um “momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política.”<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 25-27.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 25-27.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 27.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 4.



Há o entendimento de que a causa para essa mudança de paradigmas seria a expansão do sistema de mercado em âmbito global. Segundo sustentam, a jurisdição constitucional, exercida por juízes e tribunais, seria um valoroso instrumento para conferir segurança jurídica e estabilidade institucional ao Estado, imunizando-o contra pleitos populistas. Outra corrente, por sua vez, vislumbra na retração do sistema representativo a origem do ativismo judicial. Há, ainda, quem aponte como raízes históricas remotas para a ocorrência do indigitado fenômeno o avanço das Constituições rígidas e do modelo de controle de constitucionalidade consagrado pelos Estados Unidos.<sup>10</sup>

A bem da verdade, é certo que na atual conjuntura, à sociedade não bastam simples promessas. A Constituição não pode ser encarada como 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”. Em outras palavras, a Carta não deve (nem pode) ser encarada como simples “estatuto jurídico do político, mas um plano global normativo da sociedade” e do próprio Estado brasileiro.<sup>11</sup> Normas e princípios cuja pretensão de eficácia seja suprida.

Faz-se imperiosa, assim, a implementação e efetivação dos princípios fundamentais incrustados na Carta Magna. Face à inércia dos poderes legislativo e executivo, a jurisdição constitucional tem ganhado força como meio eficaz de consecução dos fins almejados pelo Constituinte Originário.

No exercício dessa função, a jurisdição constitucional tem interpretado dispositivos traduzindo intenções, pensando até o fim o que havia sido inicialmente pensado pelo legislador<sup>12</sup>, desempenhando função política.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: Revista Direito GV, ano 4, vol. 2, jul./dez. 2008, p. 443.

<sup>11</sup> GRAU, Eros. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto M. Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91.

<sup>12</sup> Gustav Radbruch “apud” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

<sup>13</sup> A esse respeito: “Não é nenhuma questão teórico-jurídica, mas de utilidade prático-política o quanto se quer incumbir instâncias existentes ou a serem instituídas o estabelecimento normativo do conteúdo de leis constitucionais obscuras e indeterminadas e, através disto, transformar essas instâncias em um contrapeso para a corporação legisladora.” SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 54.

Sobre esse papel desempenhado pelos juízes e tribunais constitucionais, relevante o magistério de Hans Kelsen:

E é só aparentemente que não é assim quando, como às vezes acontece, a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso. Se essas fórmulas não encerram nada mais que a ideologia política corrente e que toda ordem jurídica se esforça por se paramentar, a delegação da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc. significa unicamente, na falta de uma precisão desses valores, que tanto o legislador como os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto conforme o ponto de vista dos interessados, que se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis. (...) No entanto o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis que encontramos nas Declarações de direitos individuais se apagará facilmente, e, portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve, por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei.<sup>14</sup>

Veja-se um dos exemplos (ainda a serem enfrentados) em que intervenção por parte da jurisdição constitucional: Ferreira Filho leciona que a amplitude de determinados princípios constitucionais por vezes dá causa a “desdobramentos discricionários, senão arbitrários,” por parte do Estado. No exame da correta interpretação daqueles dispositivos, a jurisdição constitucional poderá “amoldar o próprio mérito dos atos administrativos e, conseqüentemente, impor à ação governamental rumos que podem não ser os preferidos pelas autoridades, ou seja, assumir um papel político”<sup>15</sup>, não só rejeitando a equivocada leitura do Texto Constitucional, mas propondo a leitura (mais) correta:

(...) a jurisdição constitucional parece se constituir em um caso especial (...) ela se encontra muito mais perto da política que os demais. Em virtude de sua alta necessidade de consenso e sua difícil alterabilidade, as normas constitucionais são muito mais lacunares do que o direito escrito. Mas como

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 168-169.

<sup>15</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

fundamento da restante ordem jurídica, elas têm um caráter de princípio mais forte e são, por isso, mais indefinidas do que o direito escrito. Isso abre margens maiores de interpretação e exige processos de concretização mais abertos. Todavia, a diferença decisiva reside em que o objeto de regulamentação da Constituição e, assim, o objeto de controle do tribunal constitucional consiste na própria política, incluindo a legislação. Por conseguinte, ao contrário da jurisdição simples, a jurisdição constitucional não pode ser reprogramada por emendas de lei, apenas por emendas constitucionais que, entretanto, só, muito raramente, ocorrem em questões políticas altamente discutíveis.<sup>16</sup>

Note-se que a Constituição deixou a condição exclusiva de mero reflexo da correlação de forças políticas, ou fatores reais de poder,<sup>17</sup> para, com força normativa própria, “imprimir ordem e conformação à realidade política e social,”<sup>18</sup> devendo surgir quem arbitre os inevitáveis conflitos à luz da própria Constituição, implementando-a para conferir-lhe efetividade.

Esse controle foi atribuído pelo Constituinte Originário à jurisdição constitucional, que, julgando embates políticos, conflitos federativos e realizando o juízo de conformação das espécies normativas, tudo segundo a Constituição, desempenha função política, de interesse do próprio Estado enquanto necessidade de autopreservação.

O cerne da questão que ora se aborda pode ser ainda melhor sintetizado pelas palavras de Leonardo Paixão:

(...) o Supremo Tribunal Federal está no pleno exercício de uma de suas atribuições: contribuir para a definição das políticas públicas do Estado brasileiro. Sua decisão estimula certas atitudes e tira o incentivo para a prática de outras. Ao decidir, o Supremo Tribunal Federal colabora para estabelecer quais são os indivíduos ou grupos que merecem a proteção estatal, e envia um sinal claro para o futuro. Sua opinião, somada à opinião de outros agentes, vai balizar a atuação da sociedade, isto é, vai ser levada em conta pelos atores sociais quando forem planejar e realizar suas próximas atividades. (...) essa função política, exercida por todas as cortes constitucionais do mundo, faz parte da essência, da natureza desses órgãos de soberania. O exercício de função política pelas cortes constitucionais não tem nada de excepcional. É sua atividade rotineira, é integrante de suas atribuições. Por isso, não é de se estranhar que a função política venha sendo exercida continuamente pela corte constitucional brasileira —

---

<sup>16</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

<sup>17</sup> LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

o Supremo Tribunal Federal — desde o início de seu funcionamento, em 1891.<sup>19</sup>

Este é precisamente o nó górdio sobre o qual se debruça esta investigação: analisar o viés político das decisões tomadas e a sede de jurisdição constitucional que intentam corrigir leituras e apontar os rumos (mais) corretos a partir da interpretação da Constituição para, de modo ativo, e por delegação do Constituinte Originário, atender aos interesses da sociedade como um todo e, diante de uma eventual omissão por parte dos poderes executivo e legislativo, do próprio Estado.

É com esse desiderato que, ao longo dessa empreitada, serão minuciosamente analisados exemplos que evidenciem a natureza política da jurisdição constitucional no exercício de função, para além de indisputável e de suma importância para o Estado e para a sociedade, atualmente quase que insuscetível de ser dissociada do conceito de jurisdição constitucional.

Ou seja, quando é — e como é possível — que juízes e tribunais constitucionais transcendem/transcendam uma função de natureza eminentemente jurídica para adotar, também, uma ótica política que sopesse qual dentre as soluções acolhidas pela Constituição mostra-se mais consentânea com o atendimento de seus objetivos.

Com base nessas considerações, poderão ser melhor analisados os contornos políticos das decisões tomadas por juízes e tribunais em sede de jurisdição constitucional. Decisões, essas, calcadas num dito ativismo judicial que se faz possível através da ponderação de princípios, da hermenêutica e da interpretação de preceitos constitucionais amplos e gerais, seja quando for exercido o controle de constitucionalidade, seja quando for para se realizar um juízo de conformação de atos normativos ou administrativos com a Carta Magna — essa

---

<sup>19</sup> PAIXÃO, Leonardo André. A função política do Supremo Tribunal Federal. Tese (doutorado) - São Paulo, 2007. Disponível em [http://dalet2.cjf.jus.br/netacgi/nph-brs.exe?SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFT&SECT4=e&SECT5=BIBL01&SECT6=HITOFF&d=BIBL&f=G&l=20&p=1&r=2&s1=&s2=&s3=&s4=&s5=Tese&u=/netahtml/bibl/pesquisa\\_facil.htm](http://dalet2.cjf.jus.br/netacgi/nph-brs.exe?SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFT&SECT4=e&SECT5=BIBL01&SECT6=HITOFF&d=BIBL&f=G&l=20&p=1&r=2&s1=&s2=&s3=&s4=&s5=Tese&u=/netahtml/bibl/pesquisa_facil.htm). Acesso em 13.11.2009.

última modalidade é que vem sendo tratada pela grande maioria da doutrina como “judicialização da política.”

## 2 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A doutrina da separação dos poderes — que apesar de exaustivamente tratada em outros trabalhos funciona, aqui, como premissa metodológica necessária — encontra fundamento na limitação do poder político de uma função estatal pela outra.

Num escorço desta doutrina, tão breve quanto singelo e despretensioso, por não se tratar do foco principal do presente trabalho, podemos resumi-la como tendo sua origem em Aristóteles — grande parcela da doutrina<sup>20</sup> atribui a esse filósofo as raízes remotas de uma separação social calcada na Constituição mista,<sup>21</sup> apesar de haver autores que advogam em sentido diverso.<sup>22</sup>

Posteriormente, remonta-se a John Locke uma evolução daquela mesma teoria. Para esse autor, diversamente de autores que lhe antecederam, o poder político do Estado tem sua origem numa convenção (contrato social) que conta com a adesão maciça da sociedade, e não mais num fato natural (descendência ou representatividade divina do monarca).<sup>23</sup>

De igual sorte, é em Locke que são desenvolvidas as noções de supremacia da lei (*rule of law*) e a separação dos poderes legislativo e executivo de modo a que sejam evitadas arbitrariedades oriundas da condição em que o feitor da lei também possua a competência para aplicá-la. Indo além, importante mencionar

---

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 217-218.

<sup>21</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 32-33.

<sup>22</sup> Leonardo Paixão, por sua vez, em sua tese por meio da qual obteve o grau de doutor pela Universidade de São Paulo, atribui a Políbio a autoria do modelo da Constituição Mista. Cfr.: PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125> Acesso em 21.5.2010.

<sup>23</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA – Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S.A., 1963, p. 60; 84; 91-94.

que o teórico discorre, ainda, em sua obra, sobre os poderes federativo — decorrentes da ideia de princípio soberano — e de prerrogativa.<sup>24</sup>

Já em Montesquieu, a ênfase reside na moderação do poder pelo poder, na neutralização do poder de julgar — resquício, esse, que foi deixado como herança pela Revolução Francesa — e em alguns outros institutos que, hodiernamente, são adotados pelo constitucionalismo brasileiro (*e.g.* impeachment, o júri popular, o bicameralismo e o veto) e pelo norte-americano (vedação à iniciativa de leis pelo Chefe do Executivo).

Na obra de Montesquieu é frisada, ademais, uma leitura no sentido de que os poderes executivo e legislativo não se limitam por serem separados, mas por comungarem de correlatas faculdade de estatuir e de impedir um e/ao outro.<sup>25</sup>

Resumindo, o cerne da doutrina de Montesquieu é a separação entre o legislador e o executor da lei, ficando a função de julgar relegada a segundo plano, exercendo um papel secundário, restrito ao ditame legal. Surge, de forma mais evidente, a separação consagrada pelo Estado liberal.<sup>26</sup>

No Estado moderno, “a teoria da separação dos poderes passou a se identificar com uma teoria da diferenciação dogmática” das funções estatais, mais de acordo com os critérios jurídicos (Alemanha), em contraposição a um sentido político da doutrina (nos Estados Unidos, com John Adams, em 1775, e com Hamilton, em *O Federalista*<sup>27</sup>).

Bem a propósito, na Alemanha, a cada poder corresponde, com a exclusão de qualquer outro, uma função estatal materialmente definida (no que tange à função jurisdicional: conservar e tutelar o ordenamento jurídico mediante o

---

<sup>24</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA – Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S.A., 1963, p. 60; 84; 91-94.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, Livro XI, VI, p. 165-175.

<sup>26</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, Livro XI, VI, p. 165-175.

<sup>27</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984 (Coleção Pensamento Político).

“proferimento de decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais, declarando a conformidade ou a não conformidade dos fatos com estas e determinando as eventuais consequências jurídicas”).<sup>28</sup>

Hoje, inclusive, a separação de poderes é condicionante necessária à caracterização e ao enquadramento de uma Constituição como tal.<sup>29</sup>

Na maioria dos países, porém — dentre os quais o Brasil —, com a complexidade das sociedades e dos modelos de Estado, a separação de poderes tem sido, cada vez mais flexibilizada.

Especificamente no que tange ao Estado pátrio, por exemplo, o executivo legisla através de medidas provisórias e julga processos administrativos disciplinares de sua competência; o legislativo administra serviços *interna-corporis* e julga crimes de responsabilidade praticados por determinadas autoridades; e o judiciário possui a iniciativa legislativa para algumas matérias (isso sem adentrar a seara de súmulas vinculantes) e também gere questões internas relativas ao próprio poder (ressalva seja feita, também, ao Conselho Nacional de Justiça que, apesar de não integrar formalmente o Judiciário, é chefiado pelo chefe daquele poder).

Emergem, por conseguinte, dois problemas que dificultam a separação radical de poderes: exceções, previstas pela própria Constituição, que autorizam um poder a exercer função que, *a priori*, estaria reservada à alçada de outro; e matérias que, por sua enorme complexidade, por demandar que sejam feitas opções que encontrem respaldo na Constituição e nos seus objetivos, e por envolver questões suscetíveis de ponderação por outros poderes — é dizer, as questões políticas —, embaçam e tornam complexa a indigitada divisão.

A labuta em comento cuida do segundo ponto acima sumariado, sobre o qual são lapidares as lições de Piçarra, transcritas abaixo:

---

<sup>28</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 247.

<sup>29</sup> É o que traz o artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).



A ideia de uma actividade ou função estadual não redutível ao Direito, de natureza essencialmente política, não deixou de ser fazer sentir paulatinamente ao longo do século XIX, mesmo quando a expressão por excelência do poder do Estado era realmente a lei.<sup>30</sup>

No que importa ao judiciário — especificamente à jurisdição constitucional —, são muitas, e de toda ordem, as matérias que são levadas ao seu exame e que exigem uma escolha, dentre as alternativas possíveis, da interpretação mais adequada aos fins pretendidos pela Constituição.

Em outras palavras, pelo fato de a jurisdição constitucional guardar a Constituição Federal, por óbvio, por vezes deparará com problemas eminentemente políticos — oriundos de opções políticas eleitas pelo Constituinte Originário —, o que, a todas as luzes, tem lhe elevado a um patamar superior e estratégico no modelo de Estado brasileiro contemporâneo.

No panorama contemporâneo, o “Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado I, cuja concretização passou a ser uma tarefa permanente.”<sup>31</sup>

Antes, juízes e tribunais atuavam somente quando provocados e estritamente restritos à frieza da lei. Agora, no cenário ora divisado, protagonizam uma implementação ativa dos objetivos constitucionais, defendendo os valores fundamentais do Estado e exercendo, com enorme peso, a função política que move a sociedade. A impactante mudança colocou-os no centro do jogo de poderes estatal.

Após essa breve reflexão, é possível extrair da evolução da doutrina da separação de poderes que, após uma hegemonia do executivo na pessoa do monarca absolutista, passou-se à supremacia do Parlamento<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 250.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 60.

<sup>32</sup> Na Inglaterra essa alteração é nítida na mudança político-institucional que se evidencia pela substituição do caráter de solicitação da “Petition of rights” (1628) pelo declarativo da “Bill of rights” (1689).

Contudo, atualmente, com o atrofiamento e inércia dos demais poderes, consoante se analisará a seguir, tem sido o judiciário a instituição onerada com a tarefa de promover os ditames constitucionais.

Em assim sendo, inevitável que o Judiciário assuma, mormente em sede de jurisdição constitucional, uma posição mais em voga, o que faz com que muitos autores digam, em tom profético, que se estaria adentrando uma “era do judiciário”.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Há posições, também, no sentido de um retorno à Constituição Mista, ocupando o judiciário a posição da aristocracia. Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

### 3 DIREITO E POLÍTICA

Rios de tinta já foram gastos na busca para que se tentasse caracterizar a origem do poder do Estado, se de natureza política ou se oriundo de um valor jurídico. Kelsen defendia essa última corrente, dizendo que o Estado era uma “realidade normativa”, nascida do Direito e exercida por império para consecução dos fins jurídicos.<sup>34</sup>

Com o passar dos anos, evoluiu-se nesta investigação para se concluir que na grande maioria dos Estados há matérias que transcendem valores jurídicos, havendo uma função estatal “irreduzivelmente política e não apreensível normativamente.”<sup>35</sup>

Atualmente, porém, a doutrina majoritária entende que há questões que versam sobre questões políticas mas são suscetíveis de serem ponderadas juridicamente, consagrando o entendimento de que alguns dos aspectos jurídicos e políticos do Estado são indissociáveis, sendo possível dizer que a “política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e precisam andar juntas”.<sup>36</sup>

Nesse mesmo diapasão, Canotilho leciona que “a política e o direito são apenas duas das múltiplas dimensões das mesmas estruturas globais da sociedade e do mesmo processo global (...) não são, no Estado constitucional, categorias antagônicas.”<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 112.

<sup>35</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 250.

<sup>36</sup> OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. *Política do Direito e juridicização da política*. Artigo publicado no site <[www.buscalegis.ufsc.br](http://www.buscalegis.ufsc.br)>. p. 3. Aces em 07/04/2009.

<sup>37</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Lisboa, 1982, p. 44.

É possível, assim, fixar como correta a conclusão que aponta para um limite bastante tênue entre o que seria matéria exclusivamente de direito — jurídica — e questões que cuidariam apenas e tão-somente de opções políticas. Demais disso, em certos casos, seria admissível enfrentar controvérsias na confluência dos dois campos.

Dito isso, cabível afirmar que o Estado vincula-se a necessidades e objetivos, “em função dos quais se estabelecem os meios”. É exatamente na persecução desses objetivos que o Estado age politicamente, sempre buscando o máximo de juridicidade de modo a atuar legitimamente para manter a estabilidade da ordem jurídica.<sup>38</sup>

Sobre a função política do Estado, pode-se melhor explicitá-la segundo as lições de Nuno Piçarra:

Entende-se que dela faz parte a orientação e direcção da sociedade política em geral, a determinação do interesse público, a interpretação dos fins do Estado, a fixação das suas tarefas e a escolha dos meios materiais, técnicos e organizatórios adequados para as realizar e, ainda, a manutenção e o desenvolvimento da ordem jurídica estadual.<sup>39</sup>

Inicialmente, essa função política é de titularidade do governo — em regra transitório e eleito democraticamente para consecução daquela tarefa —, sendo atribuída a um órgão superior do Estado cujos titulares, em regra, são os delegatários dos poderes executivo e legislativo<sup>40</sup>, devendo, esses, se sobrepor ao judiciário na decisão de políticas públicas, porque legitimados democráticos para tanto.<sup>41</sup>

No que diz respeito a essa atuação política do Estado, um dos principais instrumentos de que esse se utiliza para gerir a sociedade é,

---

<sup>38</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 127-128.

<sup>39</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 252.

<sup>40</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 251.

<sup>41</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 43.

indiscutivelmente, a lei, ato formal que funciona como ato típico da decisão política<sup>42</sup>, materializando-a, seja para legitimar ações governamentais, conferindo-lhes juridicidade, seja para autorizar medidas, respaldando-as e chancelando-as segundo a lei. Seria possível dizer, aqui, que há uma “instrumentalização do jurídico pelo político.”<sup>43</sup>

No entanto, seria absolutamente impossível que se estabelecessem regras e normas para todo e qualquer objetivo estatal, prevendo-o e embasando-o juridicamente.

A efetiva implementação dos objetivos políticos do Estado seria deveras morosa se dependesse, em cada medida, de específico suporte legal. Jellinek afirma que “um governo que agisse apenas segundo leis prévias seria um absurdo político.”<sup>44</sup>

O legislativo não pode, em absoluto, estabelecer regras ignorando o que foi ou o que está sendo realizado pelo executivo, desconhecendo os seus meios de atuação.

Tampouco há que se falar na capacidade de o executivo aguardar um “lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.”<sup>45</sup>

Há ainda nessa questão outro ponto a merecer enfoque. A heterogeneidade do sistema representativo no legislativo acaba favorecendo a edição de leis amplas, com conceitos abertos, oriundas de processos tecnicamente imperfeitos, pois, do contrário, nem sequer seriam aprovadas, dado o jogo de

---

<sup>42</sup> MIRANDA, Jorge. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984, p. 69-70.

<sup>43</sup> NEVES, A. Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 587.

<sup>44</sup> JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*. 3ª edição, trad. Italiana, Milão, 1949, p. 177.

<sup>45</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 222.

poderes existente num parlamento com conflitos frequentes e profundos.<sup>46</sup> Isso sem falar na suscetibilidade de ingerência por parte do executivo com vistas a fazer passar seus projetos.

Nesse ponto específico, apenas para ilustrar, já no século XVIII, vivia-se no parlamento inglês a influência política do Gabinete, representando o Rei, que buscava a aprovação de suas medidas através de corrupção e influência dos membros da Câmara Baixa “mediante a atribuição de cargos públicos, pensões e subsídios.”<sup>47</sup>

Atualmente, tendo por algumas das causas os pontos expostos acima, vive-se uma crise da lei que “vem ligada à ‘falência’ dos Parlamentos como legisladores.” É de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a análise, com a propriedade que lhe é peculiar:

É notório que os Parlamentos não dão conta das ‘necessidades dos Estados contemporâneos; (...) As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados. (...) O modo de escolha de seus membros torna-os pouco freqüentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis a demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldades em encontrar porta-vozes eloqüentes, o bem comum nem sempre os acha. (...) Ora, a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação.”<sup>48</sup>

Esses pontos à parte, a lei, em regra, será mesmo geral e abstrata<sup>49</sup> de modo a perpetuar-se no tempo e normatizar o máximo de situações concretas, fazendo valer sua eficácia.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 304.

<sup>47</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 85.

<sup>48</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14-15.

<sup>49</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 156-157.

<sup>50</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 304.

Essa extração dos objetivos e intenções da norma cada vez mais vem sendo revista, ou mesmo realizada, pelo judiciário, que o faz em processos de hermenêutica que levam em conta não só a intenção do legislador, mas uma ampliação dos conceitos normativos em conformidade com a Constituição, esta com enunciados ainda mais abertos,<sup>51</sup> fazendo valer, preponderantemente, a primazia dos direitos fundamentais.

Ainda que as causas da amplitude e abstração normativa mencionada acima sejam a má escolha dos representantes pelo povo, incapaz de “compreender os problemas do Estado e escolher bons governantes,”<sup>52</sup> ou mesmo a tradicional tensão entre os poderes, o que importa é que a questão existe, embaralhando ainda mais direito e política.

Tanto não se pode excluir o povo do processo, por medida antidemocrática, como não se vislumbrou, até o momento, sistema a substituir tripartição de poderes, devendo surgir quem solucione, de modo institucional, as questões postas a análise, decidindo por último.

“No âmbito da sociedade política, se ninguém pode dizer o que é *justo*, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é *jurídico*, (...) o importante, sim, é que alguém decida por último e que essa decisão seja acatada por todos.”<sup>53</sup> No modelo de Estado atualmente adotado no Brasil, esse papel coube à jurisdição constitucional.

Vê-se que essas questões, somadas a outras, deságuam no judiciário, que acaba por dar a palavra final, exercendo poderosa função política, mormente na jurisdição constitucional. Há, pois, uma inversão da lição anteriormente mencionada de Castanheira Neves — passamos a assistir uma instrumentalização do político pela jurisdição.

---

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

<sup>52</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 303.

<sup>53</sup> Gustav Radbruch “apud” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 156-157.

No que diz respeito à própria aplicação da lei, é certo que afloram contornos políticos. O direito positivado caracteriza-se por uma legislação humana, enquanto sua validade se determina por sua aplicação.

Apesar de a política ter seu principal reflexo na legislação, face à “concorrência de diferentes concepções de justiça, a pergunta sobre qual delas deva ser normativa é objeto, por sua vez, de decisões políticas.”<sup>54</sup> Abaixo, discorrer-se-á de modo mais aprofundado sobre essa investigação que dá ensejo à atuação política por parte da jurisdição constitucional.

Portanto, feitas essas considerações, pode-se dizer que a jurisdição constitucional depara com diversos desafios que passam, necessariamente, pela discussão do tênue limite, se é que não haveria também pontos coincidentes, entre direito e política.

Como se verá, a jurisdição constitucional moderna vem exercendo inequívoca função política, tanto quando realiza o controle de constitucionalidade de normas e atos normativos e administrativos, mesmo por omissão, quanto quando procede a uma revisão judicial de questões políticas — *e.g.* conflitos federativos ou exame da legalidade de políticas públicas implementadas pela Administração — levadas ao seu exame.<sup>55</sup>

Concluindo esse pensamento, se antes a função política era considerada como uma atividade absolutamente estranha ao trinômio executivo, legislativo e judiciário<sup>56</sup>, atualmente vem sendo exercida por estes três poderes.

Faz-se importante lembrar — uma vez mais — que o presente estudo ater-se-á a algumas das formas com que a função política é levada a cabo pelo judiciário, com foco na jurisdição constitucional. Especificamente, serão

---

<sup>54</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

<sup>55</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

<sup>56</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 253.



investigadas as nuances políticas do controle de constitucionalidade, da interpretação de dispositivos em sede de hermenêutica do controle judicial de políticas públicas e de atos administrativos em geral.

#### 4 A FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Cediço que o tribunal constitucional realiza o juízo de conformação de leis e embates levados ao seu exame de acordo com a Constituição.<sup>57</sup>

Nesse juízo, porém, o exercício da jurisdição constitucional deverá levar em consideração que “questões constitucionais não são originariamente questões jurídicas, mas, sim, questões políticas.”<sup>58</sup>

Vale dizer — fazendo-se referência à breve digressão realizada mais acima — que a Constituição do Estado, após períodos de autoritarismo e concentração de poderes, apareceu como instrumento hábil para uma “pretendida limitação da disposição política sobre o direito.”<sup>59</sup> Ficando a cargo da jurisdição constitucional a palavra final sobre os “dizeres” da Constituição, clara se verifica sua função política.

Nesse passo, a jurisdição constitucional tem, gradativamente, saído da inércia e de um “‘judicial self restraint’ quanto aos juízos de natureza política contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar”<sup>60</sup> e desempenhado um papel mais ativo na implementação da função política do Direito, atuando como verdadeiro concretizador das funções políticas do Estado.

No Estado de Direito contemporâneo, a questão essencial que se coloca é a de saber se a necessária vinculação da função política deve se processar

---

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

<sup>58</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

<sup>59</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

<sup>60</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

numa relação de mera compatibilidade com a constituição ou numa relação de conformidade com ela.<sup>61</sup>

Nessa complexa análise, intervém a jurisdição constitucional, que, no resguardo da Constituição do Estado, em sede de controle de constitucionalidade ou julgando embates de cunho político segundo a Lei Fundamental, realiza função política de interesse estatal. A seguir, tecer-se-ão considerações sobre modos de exteriorização do exercício da função política pela jurisdição constitucional.

#### **4.1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E APREENSÃO DOS OBJETIVOS DO ESTADO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Como dito acima, quando da feitura de normas amplas e abstratas, o legislativo acaba por deixar a cargo dos tribunais a tomada de medidas de fundamental alcance sócio-político ou de amplas repercussões a este nível.<sup>62</sup> Observa-se um crescente “deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo (...) em direção ao Poder Judiciário.”<sup>63</sup>

No tocante à jurisdição constitucional, essa atuação se dá de forma evidente, através de processos decisórios com base numa hermenêutica bastante própria.

Aqui, vale ressaltar que “interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize.” Afinal, o sentido de algo geral “só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela.”<sup>64</sup>

Depara-se com o fenómeno, até há pouco impensável, da criação judicial do Direito.

---

<sup>61</sup> Nesse ponto, Nuno Piçarra menciona Burdeau e Miranda. ARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 253.

<sup>62</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 256.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

<sup>64</sup> Hans-Georg Gadamer “apud” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125.

É que no exercício da interpretação e do controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional vem desempenhando um papel cada vez mais ativo e criativo.

Inocência Mártires Coelho nos traz que:

No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, em rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições.<sup>65</sup>

O judiciário, provocado, sai da anterior condição de poder “invisível e nulo”<sup>66</sup>, mera *vox legis*, para se tornar pensante, abstraindo e implementando, de modo ativo, os objetivos do Estado segundo a Constituição, sem ficar restrito “à frieza da lei, mas à sua correta aplicação”<sup>67</sup>, agindo de modo semelhante a um legislador, criando o Direito, ampliando os conceitos normativos e conferindo eficácia à Constituição no caso concreto.

Conveniente citar, aqui, os ensinamentos de Carl Schmitt:

Não é nenhuma questão teórico-jurídica, mas de utilidade prático-política o quanto se quer incumbir instâncias existentes ou a ser instituídas com o estabelecimento normativo do conteúdo de leis constitucionais obscuras e indeterminadas e, através disto, transformar essas instâncias em um contrapeso para a corporação legisladora.<sup>68</sup>

Tendo-se o Estado como expoente do poder político, e a Constituição como sua norma fundamental, “então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá de arbitrar os inevitáveis conflitos entre os *fatores reais de poder*.”

---

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

<sup>66</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 167.

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 46-50.

<sup>68</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 54.

Esse controle foi atribuído à jurisdição constitucional que, julgando embates políticos e realizando o juízo de conformação às espécies normativas, tudo segundo a Constituição, desempenha função política, de interesse do próprio Estado enquanto necessidade de auto-preservação. Nesta análise, interpretando a Constituição, esta com enunciados abertos e termos amplos, o tribunal constitucional acaba legislando.<sup>69</sup> Soma-se a estes pensamentos o de Segado:

*En este ámbito de pensamiento, el Estado de Derecho puede concebirse como Estado sujeto al Derecho, que no a la Ley, circunstancia a la que se anudaba, como inexcusable consecuencia, la sustitución del principio de legalidad (Gesetzsmässigkeit) por el de juridicidad (Rechtmässigkeit). El principio positivista de que el Derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba así absolutamente degradado y relativizado.<sup>70</sup>*

Sintetizando essa digressão, tem-se que o remédio que vem sendo utilizado contra as omissões estatais e contra normas amplas e gerais editadas por um legislativo em crise, ou mesmo mal elaboradas, tem sido cada vez mais o chamado ativismo judicial.

Se a força normativa da Constituição reside em sua pretensão de eficácia<sup>71</sup>, que clama pela aplicação plena de seus dispositivos, por vezes amplos, a jurisdição constitucional tem atuado fortemente para extrair os significados daqueles preceitos, resguardando a supremacia constitucional e ordenando os fatores sócio-políticos. E isso não só quanto a normas amplas e gerais, mas, também, em relação aos princípios.

Conveniente a citação, sobre o ponto, das palavras de Robert Alexy:

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das

---

<sup>69</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155-156.

<sup>70</sup> SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez. 2003, p. 61.

<sup>71</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>72</sup> O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>72</sup>

Em outras palavras, por “mandamentos de otimização” entendemos um significado subjetivo que demanda preenchimento pelos juízes e tribunais constitucionais.

É dizer, cabe aos órgãos que desempenham a jurisdição constitucional escolher, dentre os significados possíveis ao respectivo significante, uma definição que, aplicada, resolva uma questão constitucional.

Michel Rosenfeld aduz que:

A tomada de decisão constitucional sempre se dá sob condições que excluem a possibilidade de uma determinação plena, o que torna a construção necessária. De fato, a tomada de decisão constitucional envolve a construção já que as questões constitucionais sempre requerem escolhas entre duas ou mais alternativas plausíveis.<sup>73</sup>

Melhor explicando, à “vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defrontar com antagonismos inevitáveis como os que existem entre liberdade de expressão e o direito de privacidade.”<sup>74</sup>

Em optando pelas soluções possíveis dentre as existentes, os juízes e tribunais constitucionais atuam politicamente, selecionando, ponderando e sopesando aspirações constitucionais para buscar os meios mais eficazes para sua efetivação.

No que toca à hermenêutica utilizada para levar cabo a mencionada escolha dentre as alternativas possíveis, é importante a doutrina de Hesse, para quem:

---

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>73</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 44.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 31.

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição.<sup>75</sup>

No que é arrematado pela síntese brilhante de Ingo Wolfgang Sarlet:

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre J. J. Gomes Canotilho, em autêntica ‘reserva de justiça’, em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal.<sup>76</sup>

Assim, a jurisdição constitucional rompe de vez com a aplicação robótica do Direito, saindo de um balançar de olhos entre a Constituição e o fato concreto para, por vezes criar, ela própria, o Direito.

Se há a crítica de carência de legitimidade para esse exercício, é certo que o tribunal constitucional se torna legítimo “aprovação social” de seu comportamento, sem o qual os textos legais permaneceriam “frios e inacabados.”<sup>77</sup>

Sobre o ativismo judicial, os professores Gilmar Mendes, Paulo Branco e Inocência Mártires Coelho, em obra conjunta, trazem que:

A criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente. A interpretação criadora é uma atividade

<sup>75</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23.

<sup>76</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 61)

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei.<sup>78</sup>

Nesse exercício, a jurisdição constitucional, por óbvio, se torna legiferante devido à “supremacia institucional e textura aberta das normas-princípios com que trabalha - , mas também em razão das próprias *regras hermenêuticas* de que se utiliza, cujos contornos (...) lhe permite manipular a interpretação.”<sup>79</sup>

Em suma, na tradução e interpretação da Constituição e das leis, estas segundo aquela, a jurisdição constitucional ativamente cria o Direito, agindo politicamente na construção do ordenamento jurídico.

Essa criação tem encontrado respaldo na atribuição de eficácia a institutos amplos carentes de força por inaplicáveis, politicamente, no interesse do Estado, como meio para consecução dos fins jurídicos, como visto acima, ainda que pesem críticas quanto à ausência de limites expressos.

Mas não é só a isso que se limita a função política da jurisdição constitucional. Outro ponto é visto a seguir.

#### **4.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

No juízo de conformidade das leis com a Constituição, jurisdição constitucional também age politicamente.

Ainda que a legislação concretize a vontade geral, esta, quando manifestada de modo irregular, deve ser relativizada tanto por contrária à decisão política fundamental, quanto para proteger a primazia direitos fundamentais.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 96-97.

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 161.

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25-32.



O controle exercido pela jurisdição constitucional aparece como remédio a um interesse genuinamente político. Segundo sen, leis inconstitucionais que permaneçam válidas sem um controle que as anulem “equivale mais ou menos do ponto de vista propriamente jurídico um anseio sem força obrigatória. Ou seja, há inequívoco interesse político em controlar atos contrários à Constituição.”<sup>81</sup>

Indo além, esse juízo exercido pela jurisdição constitucional deve atentar ainda se há regularidade e juridicidade da externalização de um interesse político pelo Estado.

Assim, a lei deverá ser chamada ao controle quando seu aspecto político se sobrepuser ao jurídico. Nuno Piçarra assevera que:

A validade da lei já não está em si própria, mas na sua conformidade ou compatibilidade com os objetivos e os princípios constitucionais. A sua dimensão muitas vezes marcadamente política faz com que a tutela dos princípios constitucionais e dos valores especificamente jurídicos em geral não possa caber, em última instância, ao legislador, mas aos tribunais (nomeadamente ao tribunal constitucional).<sup>82</sup>

Ocorre que cada vez mais esse controle jurídico tem sido, também, político. Na análise da constitucionalidade, por vezes, as opiniões políticas dos magistrados, evidenciadas pela interpretação que fazem, se sobrepõem às da representação popular.

Esse ponto suscita críticas sobre um “governo dos juízes”, se aproximando o judiciário de uma “terceira Câmara”<sup>83</sup> de tramitação de leis. Uma das possíveis causas para esse paradoxo pode ser a “falência dos Parlamentos”, sobre a

---

<sup>81</sup> Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 179.

<sup>82</sup> Piçarra, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

<sup>83</sup> A expressão é de Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

qual se discorreu mais acima, e que abre campo para uma atuação mais ativa dos magistrados e dos tribunais.<sup>84</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho dá como exemplo desse controle, no Brasil, que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, há uma “face política que a tecnicidade de seu exame não logra esconder.” Logo na análise de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal já há campo para exercício do controle pela jurisdição constitucional. Assim, com “pouco, pouquíssimo tempo depois de promulgado o texto, ele pode ser confirmado pelo Supremo Tribunal Federal ou ter suspensão a sua eficácia.”<sup>85</sup>

A despeito do controle legítimo por parte da jurisdição constitucional, nesta análise, vislumbra-se espaço para um jogo de poderes e interesses, pois tanto poderia haver “uma vitória do proponente da lei — no mais das vezes, o executivo — ou da oposição. Por esse viés, a aparência política do fato avulta, por mais que a decisão tenha sido estritamente jurídica.”<sup>86</sup>

Não obstante os argumentos acima, reitera-se que o juízo de conformação, precisamente pelo fato de ganhar viés político, é deveras delicado, porque analisa espécies legislativas enquanto expressões de vontade política dos representantes democráticos do povo.<sup>87</sup>

Ora, se a “Constituição do Estado de Direito contemporâneo se caracteriza como norma de ordenação do processo político e de conformação social”<sup>88</sup>, qualquer controle que se efetue a partir do exame daquela norma possuirá contornos políticos.

---

<sup>84</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 285-287.

<sup>85</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

<sup>86</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

<sup>87</sup> STF –Pleno – ADI 830-7/DF – Rel. Min. Moreira Alves – DJ de 20-04-1993.

<sup>88</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Lisboa, 1982, p. 42.

Mais uma vez valemo-nos das lições de Kelsen, que elucida a função política da jurisdição constitucional no que tange ao controle de constitucionalidade:

Garantindo a elaboração constitucional das leis e em particular sua constitucionalidade material ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. Forma constitucional especial que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de maioria qualificada significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria. A maioria simples não tem pelo menos em certas matérias o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional aprovada por maioria poderia então invadir contra a vontade da minoria a esfera de seus interesses constitucionais garantidos.<sup>89</sup>

Ainda noutro giro, a jurisdição constitucional também atua de maneira política, contribuindo para a estabilidade democrática e institucional, e no interesse do Estado, quando arbitra conflitos políticos como dito mais acima, na função de formar “base de consenso de adversários políticos melhor do que em sistemas nos quais, no caso de conflitos constitucionais a maioria sempre tem razão”.<sup>90</sup>

No rastro do que foi dito, é indispensável ressaltar a importância política do controle de constitucionalidade. Esse juízo, efetuado por um poder judicial de forma independente, supera a importância, “para efeito da moderação e limitação do poder estatal, os conflitos de natureza política entre os órgãos constitucionais de direção política (parlamento e governo), os quais estão unificados pelo partido majoritário.” Em assim sendo, é possível avaliar o judiciário como “contrapoder da função legislativa enquanto instrumento da função política.”<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 181-182.

<sup>90</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

<sup>91</sup> NEVES, A. Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 259

### 4.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Importante, inicialmente, nesse subcapítulo, apontar, na doutrina sobre o tema, as principais características que conduzem para uma evidenciação do que vem a ser a “judicialização da política”.

Nas palavras de Vallinder:

A judicialização da política deve normalmente significar (1) a expansão da área de atuação das cortes judiciais ou dos juízes às expensas dos políticos e/ou administradores, isto é, a transferência de direitos de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública às cortes judiciais, ou, ao menos, (2) a propagação dos métodos judiciais de decisão para fora das cortes de direito propriamente ditas.<sup>92</sup>

Ambas as “modalidades” são enxergadas, atualmente, no modelo de Estado adotado pelo Brasil.

Já foi aqui fixado como em sede de jurisdição constitucional o Judiciário, cada vez mais, tem intercedido para fazer valer os ditames constitucionais.

No exercício dessa função, quando omissos o Estado em implementar meios para consecução dos dizeres da Constituição, tem intervindo o judiciário para assegurar a concretização dos direitos fundamentais.

Ocorre que essa atuação também tem suscitado diversas cas no sentido de uma invasão indevida no mérito administrativo, ingressando o judiciário numa seara que, a princípio, não lhe diria respeito.

Fazendo-se uma breve recapitulação, vale lembrar o fortalecimento do constitucionalismo após 1988, com uma Constituição que buscou canalizar demandas sociais e que culminou numa “Carta-compromisso” de transformação

---

<sup>92</sup> VALLINDER, T. *When the Courts Go Marching In*. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 13.

social do país”. Dessa forma, se acabou por judicializar importantes questões políticas no Brasil.<sup>93</sup>

Esse modelo constitucional acompanhou uma tendência mundial, em que “o modelo principiológico adotado pelo *Welfare State*, aliado ao vultoso número de funções conferidas ao Poder Judiciário, admitiu uma estrutura constitucional onde a decisão judicial passou a ter poderes nunca imaginados.”<sup>94</sup>

Lenio Streck aponta que em:

(...) países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional da busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões.<sup>95</sup>

Nessa linha, o judiciário, como dito, não mais se restringiu aos mecanismos de controle para uma atuação negativa, tendo, os mesmos instrumentos apontados, “servido para que o Judiciário exerça um papel político” e positivo.<sup>96</sup>

“Com efeito, decisões judiciais, por ocasião de sua apreciação, têm imposto correções de rumo ou exigências condicionantes, que significam muitas vezes opções políticas.”<sup>97</sup> Há, pois, uma transcendência do jurídico pela jurisdição constitucional, que, quando da análise de determinados casos, adentra a seara política.

---

<sup>93</sup> LOBATO, Anderson Cavalcante. *A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito*. Cadernos de Pesquisa, São Leopoldo, RS, n. 4, 1997, p. 28.

<sup>94</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

<sup>95</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

<sup>96</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político dado ao Supremo pela Constituição. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

<sup>97</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

Assim, é de se admitir a possibilidade de que “um tribunal constitucional ultrapasse o limite legal imposto a ele e, sob o pretexto de aplicação constitucional, pratique, ele mesmo, realização política. A relação de tensão entre direito e política continua assim, a princípio, insuprimível.”<sup>98</sup>

Têm sido reiteradas as decisões impondo à Administração Pública a efetivação de programas ou de objetivos previstos na Constituição ou na legislação infraconstitucional. O pretexto legítimo que tem pautado aquelas decisões tem sido, na grande maioria das vezes, a efetivação de direitos fundamentais, com apoio no artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Magna, que confere àqueles direitos a pretensão de eficácia e aplicabilidade imediatas.

Esse entendimento encontra eco na doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

(...) inúmeras são as decisões que, a fim de concretizar o direito à saúde, têm determinado o fornecimento de medicamentos; para concretizar o direito à educação, impõem a instituição de vagas escolares; afora as que vêm dispor sobre a proteção de minorias, de espécies animais ameaçadas de extinção etc. Isso especialmente por meio de Mandados de Segurança, individuais ou coletivos, ou por meio de Ações Cíveis Públicas. Essas decisões envolvem, muitas vezes, delicados problemas para o Executivo, que está jungido a normas orçamentárias e a limitações de recursos, o que põe o problema da chamada “reserva do possível”. Não os resente, todavia, o Judiciário, pois o cumprimento de suas decisões é encargo alheio.<sup>99</sup>

Nota-se que a enorme complexidade existente no sopesamento princípios e valores constitucionais torna, por vezes, questões, escolhas e opções eminentemente político-administrativas suscetíveis de ponderação judicial.

Nesse ínterim, o fato de a jurisdição constitucional revisitar os meios eleitos pelo governante/administrador, legitimado democrático, instrumentalizados através de uma política pública, a fim de aferir se esses seriam, de fato, as formas

---

<sup>98</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11.

<sup>99</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

mais eficazes para a consecução e efetivação de valores constitucionais, acarreta, inevitavelmente, uma ingerência, por parte daquela, na seara política da questão, revisando opções não só juridicamente, mas politicamente, segundo preceitos consagrados pelo Constituinte Originário.

Há, contudo, que se fazer a seguinte ressalva: essa judicialização da política, atualmente indispensável ao Estado brasileiro e tão em voga atualmente, clama, contudo, pela imposição de parâmetros mínimos às decisões dos juízes e tribunais constitucionais, bem como procedimentos de composição da Corte Constitucional que impeçam uma conseqüente politização da justiça

## CONCLUSÃO

Condensando a argumentação formulada até aqui, podemos concluir que a jurisdição constitucional pátria vem exercendo um fundamental papel político perante a sociedade brasileira contemporânea, atuando, inclusive, no interesse do próprio Estado.

Essa função política se manifesta de diversas formas. No trabalho em comento, buscou-se elencar, com a brevidade que a oportunidade impõe, as mais evidentes atualmente: o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e administrativos; a interpretação cada vez mais ativa dos preceitos abertos da Carta Constitucional segundo uma hermenêutica cada vez mais peculiar; e a correção e o estabelecimento, ativo, de instrumentos e meios efetivos de consecução dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas quando inerte o Estado — judicialização da política.

Como foi dito anteriormente, essas manifestações e modalidades de externalização da função política da jurisdição constitucional têm gerado diversos debates e críticas sobre os limites dessa atuação a pretexto de concretização da Constituição.

Como frear a arbitrariedade e impedir uma eventual contrariedade à vontade geral transformada em diretriz política pela lei, instrumento formal para tanto?<sup>100</sup> No campo do executivo, até que ponto age legitimamente o judiciário ao reconhecer direito de saúde ao enfermo que ingressa em juízo, sendo que outras pessoas à sua frente aguardam idêntico tratamento? Seria o judiciário o poder competente para realizar essa “triagem”? Seria isonômico privilegiar somente

---

<sup>100</sup> Carl Schmitt entende ser um fenômeno típico da vida constitucional que um órgão que “se tome consciente de sua influência política amplie cada vez o âmbito de seus poderes.” SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 54.



aqueles que ingressam em Juízo pleiteando um direito fundamental à saúde e à dignidade da pessoa humana?

Ainda no campo desses complexos questionamentos, muitos autores entendem que politização da justiça é uma condição inerente e indissociável da atuação política por parte da jurisdição constitucional, o que desvirtuaria a imparcialidade dos magistrados e transformaria o Tribunal Constitucional numa arena de conflitos de interesses políticos com os subterfúgios que são próprios a uma disputa que deixa de ser eminentemente jurídica para abarcar *lobby* do governo e de outras entidades com interesses nas demandas.

Mesmo com essas dúvidas inquietantes, entendemos que não se vislumbrou, até o momento, mecanismo de resolução institucional de problemas políticos superior à jurisdição constitucional.

Aos críticos, diríamos, portanto, que uma jurisdição constitucional ativa e ativista é um “mal necessário”.

Demais disso, é certo que a própria jurisdição constitucional, no Brasil, se encontra em franco amadurecimento, com o desenvolvimento de diversos institutos para uma esmerada aplicação da Constituição, havendo ainda muito o que desenvolver na sua atuação em relação aos outros países.

À guisa de conclusão, as decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional são um relevante instrumento de segurança jurídica e proteção democrática. Conferem efetividade à mera pretensão de eficácia de que gozam os dispositivos incrustados na Constituição. Para tanto, são ampliados conceitos normativos e extraídas valorações de seus reais princípios, o que só é possível por uma hermenêutica própria — ainda que, por vezes, balizada por posições pessoais.

A jurisdição constitucional se afigura como o modelo mais técnico possível para enfrentamento da crescente complexidade do desenvolvimento estatal e social. Em tempo, ainda imatura e carente de parâmetros de atuação que a tornem

menos suscetível a ingerências das outras funções estatais e regramento dos poderes dos magistrados que a exercem.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Lisboa, 1982.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?boletim=901> Acesso em 13/04/2009.

GRAU, Eros. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto M. Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984 (Coleção Pensamento Político).

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

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

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LOBATO, Anderson Cavalcante. *A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito*. Cadernos de Pesquisa, São Leopoldo, RS, n. 4, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

NEVES, A. Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

PAIXÃO, Leonardo André. A função política do Supremo Tribunal Federal. Tese (doutorado) - São Paulo, 2007. Disponível em [http://daleth2.cjf.jus.br/netacgi/nph-brs.exe?SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT4=e&SECT5=BIBL01&SECT6=HITOFF&d=BIBL&f=G&l=20&p=1&r=2&s1=&s2=&s3=&s4=&s5=Tese&u=/netahtml/bl/pesquisa\\_facil.htm](http://daleth2.cjf.jus.br/netacgi/nph-brs.exe?SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT4=e&SECT5=BIBL01&SECT6=HITOFF&d=BIBL&f=G&l=20&p=1&r=2&s1=&s2=&s3=&s4=&s5=Tese&u=/netahtml/bl/pesquisa_facil.htm). Acesso em 13.11.2009.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

VALLINDER, T. *When the Courts Go Marching In*. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: *Revista Direito GV*, ano 4, vol. 2, jul./dez. 2008.