

LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES SOBRE O CASO BRASILEIRO(1)

Prof. Dr. Antonio G. Moreira Maués
Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará

Visando conter a prolação e a eficácia de decisões judiciais contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a evolução recente do controle de constitucionalidade no Brasil caracteriza-se pelo reforço da modalidade concentrada, por meio de institutos como a ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia vinculante e a argüição de descumprimento de preceito fundamental. No entanto, ao buscar a uniformização da jurisprudência constitucional pelos meios da coerção, e não do consenso, esses institutos acabam atestando a existência de problemas de legitimidade da justiça constitucional em nosso país,(2) particularmente no que se refere ao papel do próprio STF.

Apesar desses indícios, deve-se justificar a problematização da legitimidade da justiça constitucional, tendo em vista o amplo prestígio que a cerca. Ainda que sua expansão tenha ocorrido somente na segunda metade do século XX, já no final da década de 70 um importante jurista francês podia apresentar como um dos problemas resolvidos da justiça constitucional a tomada de consciência de sua necessidade, que decorreria de dois fatores: a experiência de violação dos direitos humanos na II Guerra Mundial, e a transformação da lei de expressão da vontade geral em expressão da vontade governamental, tornando necessário proteger a liberdade não apenas "pela lei", mas também "contra a lei" (Rivero,1984:666).

O segundo fator merece destaque, pois permite relativizar o argumento que, em razão de sua índole democrática, é o mais recorrente contra a justiça constitucional: por não serem eleitos pelo povo, os juízes carecem de legitimidade para fiscalizar as leis emanadas dos representantes do povo. De acordo com essa idéia, o controle de constitucionalidade representaria não apenas uma forma de violação da separação de poderes, mas também um desrespeito à regra da maioria que caracteriza os regimes democráticos.

Assim, a justiça constitucional só se tornou possível quando a soberania do legislador deu lugar à supremacia da Constituição, significando que "a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei fundamental" (Moreira,1995:179). Com a ampliação da regulação constitucional que ocorreu no século XX, esse contraste acentuou-se, tendo em vista que a lei foi subordinada a um conjunto crescente de exigências formais e materiais que limitaram cada vez mais a liberdade de conformação do legislador.

Nas relações entre executivo e legislativo, verificou-se outra mudança relevante no século passado. Dispondo de maioria parlamentar, o executivo passou a determinar o conteúdo das leis, diminuindo a possibilidade de controle de seus atos pelo legislativo. Desse modo, passou a ser necessário ampliar e defender as garantias da oposição, a fim de que ela dispusesse de meios para fiscalizar o governo.

Esse conjunto de observações nos permite concluir que regra da maioria não é um critério suficiente para identificar a democracia, a qual também requer que determinados valores e interesses sejam preservados das decisões majoritárias. Assim, compreendida a Constituição como um instrumento que limita o poder da maioria a fim de proteger a própria democracia, o controle judicial de constitucionalidade pode ser justificado democraticamente.

Essas conclusões não permitem, no entanto, dar o problema por resolvido. Expressando o pluralismo das sociedades modernas (Maués, 1999), as Constituições contemporâneas resultam de múltiplos acordos entre as forças sociais presentes no momento constituinte. Isso gera textos constitucionais com alto grau de indeterminação, verificada não apenas na vagueza de seus termos, mas também na utilização de conceitos essencialmente controvertidos, que freqüentemente colidem entre si (Comella, 1997:19-36). Tendo em vista as incertezas que cercam as intenções do legislador constituinte (Dworkin, 1982:34-57), a idéia de que a justiça constitucional deve proteger a vontade constituinte da vontade da maioria parece insuficiente para legitimá-la.

Hamilton (1982:395), por exemplo, ao defender o judicial review no Federalista nº 78, não reconhecia nenhum problema específico na aplicação das normas constitucionais, considerando que os juízes interpretariam a Constituição do mesmo modo que as demais leis. Mais de um século depois, Kelsen (1995:33-37) já não podia desconhecer a presença nos textos constitucionais de fórmulas como equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., as quais ele considerava extremamente perigosas caso fossem utilizadas pela justiça constitucional como fundamento para a anulação das leis. Para Kelsen, isso tornaria insuportável o poder do Tribunal Constitucional, o que o levava a recomendar que a Constituição evitasse essa fraseologia ou, pelo menos, formulasse do modo mais preciso possível os princípios relativos ao conteúdo das leis.

O legislador constituinte do segundo pós-guerra, no entanto, não seguiu o conselho de Kelsen. A aplicação direta das normas constitucionais pela justiça constitucional fez com que ela deixasse de exercer apenas uma função de defesa da Constituição e passasse a exercer também uma função criadora, fornecendo, por meio da interpretação constitucional, critérios gerais e guias de atuação dos poderes públicos (Guerra, 1998). Reflexos disso se notam na crescente importância das *ratio decidendi* dos tribunais constitucionais para a identificação dos mandamentos constitucionais, e na forma que assumiram as sentenças no controle de constitucionalidade, como é o caso exemplar da “interpretação conforme a Constituição” (Llorente, 1997).

Esse papel criador da jurisprudência constitucional acentua os problemas gerados pelo caráter controvertido das disposições constitucionais. Assim, as decisões do tribunal constitucional podem ser criticadas por haverem substituído o juízo do legislador pelo seu próprio juízo político, crítica que se torna mais grave quando o tribunal impede a implementação de propostas que contam com a aprovação popular. Tal reação só pode ser contida quando a justiça constitucional conta com uma ampla adesão da opinião pública, que impeça que a discordância com determinadas decisões abale a legitimidade do órgão.

As razões acima expostas justificam a recorrência do tema da legitimidade da justiça constitucional em nossos dias, pois o reconhecimento de sua necessidade não elide a questão dos limites que o regime democrático lhe impõe. No Brasil, a presença do tema

resulta especialmente das críticas ao papel cada vez mais destacado do STF no sistema de controle de constitucionalidade, baseado em mecanismos que lhe permitem impor suas decisões no controle concentrado àquelas proferidas pelos demais órgãos judiciais no controle difuso. Apesar da Constituição de 1988 ter aumentado a importância da modalidade concentrada, ao estender sua legitimidade ativa, seu predomínio sobre a modalidade difusa resultou de um conjunto de inovações legais e jurisprudenciais posteriores à Constituição. Assim, as dúvidas sobre a legitimidade dessa tendência à concentração do controle de constitucionalidade no STF só podem ser respondidas com base no princípio democrático adotado como critério de legitimação pela Constituição brasileira.

Em um trabalho clássico, Cappelletti (1984) sintetizou cinco argumentos a favor da legitimidade democrática da justiça constitucional:

- a) os poderes legislativo e executivo representam de modo deficiente a vontade popular;
- b) a justiça constitucional não carece de representatividade, já que os membros dos tribunais constitucionais são designados por um processo político. Além disso, a sociedade pode controlar os juízes por meio da motivação de suas decisões;
- c) os grupos sociais que não dispõem de recursos políticos para influenciar os poderes legislativo e executivo têm maiores chances de atendimento de suas demandas junto aos tribunais;
- d) a sociedade participa do exercício da justiça constitucional, especialmente no controle difuso e na via incidental do controle concentrado. Nessas modalidades, as questões constitucionais surgem dos litígios que os cidadãos apresentam cotidianamente aos tribunais, o que permite que a elaboração do direito levada a cabo pela justiça constitucional seja imparcial, gradual e responda às necessidades e aspirações da sociedade;
- e) para que a democracia se mantenha é necessário que os cidadãos gozem de direitos e liberdades, os quais devem ser protegidos pela justiça constitucional contra tentativas de violação pela maioria.

Sinteticamente, esses argumentos podem ser divididos em dois campos: argumentos de caráter procedimental e argumentos de caráter substantivo. No primeiro grupo, classificamos aqueles em que a legitimidade da justiça constitucional decorre de seu processo de tomada de decisões, incluindo o modo de designação dos juízes, a exigência de motivação e a forma pela qual as questões constitucionais são conhecidas. No segundo grupo, a justiça constitucional legitima-se pelos resultados de suas decisões: a defesa da democracia e a proteção de grupos desfavorecidos.

Dentre todos esses argumentos, Cappelletti considera que a melhor garantia da legitimidade democrática da justiça constitucional reside na sua vinculação aos casos concretos, que, como vimos, aplica-se com dificuldade ao controle concentrado. Assim, podemos concluir que resta a essa forma de controle legitimar-se com base no modo de designação dos membros do tribunal constitucional ou nos resultados de suas decisões.

A preocupação com os argumentos de caráter substantivo tem ocupado boa parte da teoria constitucional mais recente. Assim, Moreira (1995:185-187) sugere que o sentido

da jurisdição constitucional deveria ser ampliado para a garantia dos direitos constitucionais da oposição contra os abusos da maioria; para a defesa das posições constitucionais de regiões e municípios, bem como de todas as instituições que gozem de garantia institucional; para a defesa dos direitos das minorias étnicas, culturais e lingüísticas; para a defesa da pluralidade e da heterogeneidade social e cultural.

No constitucionalismo norte-americano, encontramos em Sunstein (1994:142-143) uma firme defesa de um papel ativo da justiça constitucional em duas situações:

- a) quando estão em risco direitos essenciais ao processo democrático, como o direito de sufrágio, a liberdade de expressão e a igualdade de oportunidades educacionais;
- b) quando as decisões legislativas envolvem grupos ou interesses que enfrentam dificuldades para influenciar o processo político, decorrentes dos preconceitos sociais que os atingem e dos obstáculos que se impõem a sua organização.

O tempo de que dispomos não nos permite aprofundar a análise dos critérios substantivos de legitimação, obrigando-nos a nos concentrar nos aspectos referentes à designação dos membros dos tribunais constitucionais. Antes de adentrar nesse tema, no entanto, gostaríamos de fazer um par de observações sobre a jurisprudência do STF do ponto de vista da proteção da democracia.

A primeira observação diz respeito às ações diretas de inconstitucionalidade apresentadas pelos partidos políticos, as quais podem manifestar a tentativa da minoria política defender-se de decisões inconstitucionais da maioria. Em estudo que realizamos sobre 29 dessas ADIns,⁽³⁾ cujos acórdãos foram publicados na Revista Trimestral de Jurisprudência entre outubro de 1988 e junho de 2001, verificamos que 7 ações não foram conhecidas, 14 tiveram a medida cautelar indeferida e 1 foi julgada improcedente, enquanto 7 ações tiveram a cautelar deferida total ou parcialmente.

À primeira vista, esses dados demonstram que os partidos políticos estariam utilizando o controle de constitucionalidade para tentar anular decisões legitimamente tomadas pela maioria, o que significaria uma forma de violação dos princípios democráticos. No entanto, o dado mais relevante é que, dentre as 15 ADIns que foram indeferidas, somente em 7 delas nenhum dos membros do Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela inconstitucionalidade da norma ou, pelo menos, reconheceu a presença do *fumus boni juris* na ação. Ao contrário, em todas as cautelares deferidas a decisão foi tomada por unanimidade.

Isso leva à conclusão de que, nessas ações, havia plausibilidade na alegação de que a Constituição fora violada. No entanto, a maioria delas não teve ainda julgamento definitivo e três ações foram julgadas prejudicadas, seja em razão do exaurimento da eficácia da norma impugnada, seja em razão de sua revogação. Isso significa que o tempo decorrido entre o julgamento da cautelar e o julgamento do mérito pode fazer com que determinadas violações da Constituição acabem não sendo reprimidas pelo controle concentrado.

O segundo comentário diz respeito a dois casos paradigmáticos na jurisprudência do STF sobre os conflitos entre maioria e minoria políticas, os mandados de segurança nos.

22.183 e 22.503. No primeiro deles, não conhecido, o partido demandava a tutela judicial para garantir seu direito de indicar um segundo candidato para concorrer à Mesa da Câmara dos Deputados; no segundo, conhecido em parte e indeferido, os autores requeriam o controle do STF sobre a observância das regras do processo legislativo referentes à emenda constitucional, que teriam sido violadas na tramitação da reforma da previdência.

Nas decisões pelo não conhecimento dos pedidos de segurança, o principal argumento do STF foi de que os atos questionados estavam excluídos do controle judicial, tendo em vista que se baseavam em interpretações do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, constituindo atos interna corporis. Considerando que, em ambos os casos, identificamos temas sensíveis para a proteção da democracia, como a proporcionalidade na composição dos órgãos do poder legislativo e a garantia de participação da oposição no processo legislativo, a jurisprudência do STF na matéria não indica uma posição firme em defesa da democracia.

Voltando ao tema da forma de designação dos juízes constitucionais, Favoreu (1995:230-233) destaca a importância que esse processo possui para sua legitimidade. Os estudos comparados indicam que, tendo em vista a proximidade entre a política e o direito constitucional, os membros dos tribunais constitucionais costumam ser escolhidos por autoridades políticas, a fim de que elas possam aceitar o controle que lhes é imposto.

Nesse processo político de designação, destaca-se o papel do legislativo. Sua competência tanto pode ser exclusiva, como na Alemanha, quanto pode estar repartida com outros órgãos, cabendo ao parlamento escolher a maioria dos juízes, como na Espanha (8 membros em 12), ou uma parcela menor, como na Itália (1/3 dos membros). No entanto, nos casos em que a competência é compartilhada, pode ocorrer que outros órgãos que intervêm no processo de designação também sejam eleitos com a participação do legislativo, como acontece com o Conselho Geral do Poder Judiciário, na Espanha, e o Presidente da República, na Itália, o que amplia a influência do parlamento na escolha dos juízes constitucionais. Além disso, outra constante que pode ser verificada diz respeito à exigência de maioria qualificada para a escolha dos juízes eleitos pelo legislativo.

Mas a legitimidade que o tribunal constitucional deve receber de sua composição não se esgota no processo de designação. Ainda de acordo com Favoreu (1995:236-239), essa composição deve buscar a realização de três objetivos. O primeiro deles é o pluralismo, que impõe ao tribunal constitucional contar em seu interior com diferentes tendências políticas, a fim de evitar que se produza uma homogeneidade entre o governo e o tribunal, tendente a diminuir sua capacidade de controle. Em segundo lugar, muitas vezes os tribunais constitucionais devem buscar também representatividade, sendo formados por representantes das tendências políticas ou de parcelas da população, como minorias lingüísticas, religiosas e étnicas. Por fim, os tribunais constitucionais devem ser compostos com base na complementaridade, selecionando membros oriundos de diferentes atividades, como juízes, advogados, professores, políticos, a fim de contar com distintas experiências e habilidades em seu interior.

Em relação ao pluralismo, Favoreu indica que sua obtenção depende da reunião de duas condições: a renovação regular dos membros da justiça constitucional e um sistema de

designação que o promova. Essa segunda condição pode ser atendida de duas formas: pela repartição proporcional das vagas do tribunal entre os partidos políticos dominantes, de acordo com sua presença no parlamento, e pela constante alternância no governo, que permite a diferentes partidos indicar os juízes constitucionais.

Como é sabido, o modelo brasileiro de escolha dos membros do STF inspira-se na Constituição norte-americana, em que a indicação do Presidente da República deve ser aprovada pelo Senado Federal. Esse processo baseia-se na idéia de freios e contrapesos, obrigando que o poder de nomeação dos juízes pelo executivo seja equilibrado pela participação do legislativo no processo de designação. O modo como esse contrapeso funciona é demonstrado pela própria história norte-americana: em 144 indicações, 30 foram rejeitadas pelo Senado (Abraham, 1999:13).

Já no Brasil, caracterizado pelo predomínio do executivo sobre os demais poderes, disposições constitucionais semelhantes teriam que gerar resultados distintos. Assim, mesmo nos períodos democráticos, a praxe é a aceitação da indicação do Presidente da República pelo Senado, após sessões de caráter mais protocolar do que de análise da capacidade e das idéias do indicado. Por essa razão, somente em momentos de alto grau de conflito entre o Congresso Nacional e a Presidência da República é que se verifica a recusa, como ocorreu com o Governo Floriano Peixoto no começo da República.

O reconhecimento de que, no Brasil, o Senado não delibera, mas apenas ratifica as indicações do Executivo, demonstra que o atual processo de designação dos membros do STF não atende aos objetivos apresentados acima, já que permite o predomínio de uma única tendência política no tribunal. Estando correto o diagnóstico de que essa é uma das razões que levam ao questionamento da legitimidade do STF, cabe buscar alternativas que incidam sobre esse problema.

Observado de modo estrito, o critério da repartição proporcional das vagas exigiria que a escolha dos ministros do STF fosse realizada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Esse critério, no entanto, é mais adequado aos sistemas parlamentaristas, visto que, nos sistemas presidencialistas, a legitimidade democrática é compartilhada pelo legislativo e pelo executivo. Considerando ainda o poder exercido pelo Presidente da República nesse último sistema, não se pode deixar de lhe atribuir um papel significativo na escolha dos membros do tribunal constitucional. Além disso, vale ressaltar que o critério da repartição proporcional é adotado em países que contam com partidos fortes, cuja representatividade se mantém estando eles no governo ou na oposição, como é o caso típico da Alemanha. Em países onde o sistema partidário não possui essas características, tem sido comum contar com a participação de outros órgãos na escolha, como ocorre na Itália e na Espanha.

Quanto ao critério da alternância, é prematuro avaliar sua adequação ao caso brasileiro. As eleições de 2002 provavelmente produziram a primeira alternância política sob a Constituição de 1988 e ainda não é possível prever a freqüência com que ela ocorrerá em nosso sistema. Não obstante, podemos indicar que, caso o sistema político brasileiro evolua nesse sentido, o problema do pluralismo na composição do STF poder-se-ia resolver com a promoção de duas reformas no atual processo de designação.

A primeira delas consiste em exigir maioria qualificada na deliberação do Senado Federal sobre as indicações do Presidente da República. A importância da maioria

qualificada reside em dar poder de veto aos partidos minoritários mais importantes, a fim de impedir que a maioria preencha o tribunal com juízes que tenderão a sustentar as iniciativas do governo. Além disso, essa exigência também produz um incentivo institucional para que maioria e minoria convirjam na seleção de nomes com reputação de imparcialidade e moderação (Ackerman, 2000).

A segunda mudança é o fim da vitaliciedade dos ministros do STF. Apesar do tempo médio de exercício da função dos últimos onze ministros que deixaram o Supremo (13,4 anos) não ser muito superior ao tempo de mandato atribuído aos juízes dos tribunais constitucionais europeus, a vitaliciedade pode incentivar a maioria política a indicar juízes com muitos anos de carreira pela frente, a fim de que eles defendam as posições dessa maioria no longo prazo, limitando a possibilidade de renovação do tribunal constitucional quando ocorre a alternância. Dessa forma, a vitaliciedade pode dificultar a composição plural do tribunal constitucional, prejudicando o exercício de suas funções de controle.

Por fim, vale lembrar que a legitimidade da justiça constitucional é fundamental para a legitimidade da própria Constituição. Em uma democracia pluralista, a Constituição deve incorporar as mudanças sociais e ideológicas que se processam na sociedade, a fim de manter o vigor de seus princípios e regras fundamentais. Um justiça constitucional que favoreça essa adequação também é um importante instrumento de garantia da Constituição.

NOTAS

1. Texto adaptado da palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Aplicado, promovido em setembro de 2002, em Salvador, pela Associação Nacional dos Procuradores da República, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Curso Jus Podivm. Agradeço ao Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho o convite para participar do encontro e o incentivo para a publicação deste trabalho.

2. Seguindo o trabalho de Beetham (1991), definimos o poder legítimo como aquele que se conforma às crenças políticas da coletividade, o que lhe permite contar com o adesão dos cidadãos.

3. ADIns nº 55, 109, 370, 385, 447, 513, 534, 562, 688, 829, 1.062, 1.082, 1.183, 1.312, 1.382, 1.408, 1.459, 1.620, 1.622, 1.627, 1.640, 1.770, 1.813, 1.822, 1.840, 1.878, 1.900, 1.998, 2.047.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Henry J. *Justices, Presidents, and Senators*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.
ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. In: *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000.
BEETHAM, David. *The Legitimation of Power*. Londres: Macmillan, 1991.
CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In:

FAVOREU, Louis et al. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

FAVOREU, Louis. La legitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. In: BRITO, J. Sousa e et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

GUERRA, Luis López. Introducción. In: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado e Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. New York: Bantam Books, 1982.

KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. In: _____. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e Democracia: O Pluralismo Político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MOREIRA, Vital. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. In: BRITO, J. Sousa e et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: FAVOREU, Louis et al. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984

SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.