

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A CONSTITUIÇÃO E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

UN COUR CONSTITUTIONNELLE DE LA LÉGITIMISTE DÉMOCRATIQUE LA CONSTITUTION ET LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Regis André¹

Resumo

Apenas a Jurisdição Constitucional, exercida por uma Corte Constitucional estatuída pela própria Constituição, independente e harmônica aos Três Poderes, mas deles apartado porque em nível superior, teria o condão de vencer o déficit hoje existente a respeito da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional responsável pela interpretação político-jurídica do texto constitucional, já que poderia atuar não só como legislador negativo, mas, sobretudo, positivo. Neste passo, a Jurisdição Constitucional retira a sua legitimidade democrática de uma Hermenêutica Constitucional livre de amarras, exercitada pelo discurso argumentativo processualizado, que é travado pelas partes do processo contextualizado através do Devido Processo Constitucional, tarefa não confusa com o exercício judicante do Estado-Juiz sábio, onipresente e onipotente à imagem e semelhança do “Juiz-Hércules” de DWORKIN², mas afeita a uma Corte Constitucional constitucionalmente estabelecida, responsável pela defesa jurídica e, principalmente, política de seu instituidor.

Palavras-chave: Legitimidade; Constituição; Tribunal; Democracia; Direito.

1. REFLEXÕES SOBRE O TEMA

Em várias reportagens realizadas pelo Jornal Estado de Minas, nos meses de agosto e setembro do ano de 2004, o Presidente do Supremo Tribunal Federal para o biênio 2004/2005, Ministro Nelson Jobim, declarou que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no processo³ das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nºs 3105 e 3128 foi “jurídica e política”.

Neste sentido foi que no voto vencedor, da lavra do Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal se incumbiu de rever o teto estabelecido na Emenda Constitucional nº 41, que era – atualizado à época – de R\$1.254,36 (hum mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e

1 Professor do Curso de Direito da Fundação Pedro Leopoldo, Advogado, Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC, Doutorando em Direito pela PUC Minas, Membro da CEJ/OAB-MG, Membro do IAMG.

2 DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

3 Sobre a distinção entre procedimento e processo vide: LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 5. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Thomson-IOB/Síntese, 2004. p. 91-93; GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 59-69, 102-132.

trinta e seis centavos), para o montante de R\$2.508,72 (dois mil, quinhentos e oito reais e setenta e dois centavos).

Ocorre que, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, em face do vigente princípio da reserva de lei.

Segundo o Ministro Celso de Mello,

“A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”.⁴

Mas na atividade interpretativa do Direito posto na Constituição, a Jurisdição Constitucional promove, muita vez, inovações na ordem jurídica constitucional vigente, e estas mudanças surgem quando determinados dispositivos constitucionais passam a ter um sentido vez por outra dispare do antes enfrentado, daí a doutrinariamente denominada “mutação constitucional”.

A “mutação constitucional”, nos esclarece Barroso, representa uma interpretação constitucional evolutiva da Constituição, sem que ocorra a ruptura da ordem estabelecida. Processo informal de reforma constitucional, “Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes”.⁵

Para Barroso, ainda,

“Essa interpretação evolutiva se concretiza, muitas vezes, através de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados, como os de autonomia, função social da propriedade, redução das desigualdades etc., que podem assumir significados variados ao longo do tempo. Por vezes, uma emenda constitucional, introduzindo modificação em algum subsistema constitucional, pode alterar a compreensão de conceitos e institutos já existentes”.⁶

4 Ementa do RE 322348 AgR / SC - SANTA CATARINA.

5 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146.

6 Loc. Cit.

Desta feita, se a “mutação constitucional” altera – não formal – substancialmente a norma constitucional, estamos diante de uma nova norma constitucional materialmente promotora de imperatividade, e esta obrigatoriedade surge de uma dada legislação não negativa, mas de feição positiva na linha da técnica legislativa.

Então, pergunta-se: na “mutação constitucional”, não estaria o Supremo Tribunal Federal fazendo às vezes de legislador positivo, ainda que por ele mesmo não desejável? A resposta é desenganadamente positiva, razão porque a defesa e a efetividade da Constituição reclamam o estabelecimento de uma Corte Constitucional no país, em detrimento da Corte Suprema existente, senão vejamos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu, em seu art. 1º, a roupagem do Estado Brasileiro, que se faz valer pela Democracia e pelo Direito, daí a denominação de nossa República Federativa em Estado Democrático de Direito, do que entendemos ser o Direito a estrutura do Estado, já que “... todo Estado, seja ele autocrático ou não, poderá ser um Estado de Direito...”,⁷ e Democrático a qualidade ou mérito do Direito, na medida em que “... democrático é o Direito e não o Estado”.⁸

Para atingir esta finalidade, qual seja, a solidificação do Estado Democrático de Direito, ou, ainda, a estruturação do que também poderíamos designar de Democrático Estado de Direito, eis que se o Estado é de Direito e se o Direito deve ser Democrático, Democrático seria o próprio Estado, a Constituição designou em seu art. 2º, como poderes estatais independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Esta determinação constitucional seguiu a linha do célebre sistema da Separação dos Poderes proposto inicialmente por Locke⁹, e, posteriormente, melhor estruturado por Montesquieu¹⁰, segundo o qual o Legislativo valeria legislar, “... fazer, preceituar ou decretar Leis”; o Executivo deveria executar, “... realizar as proposições legislativas”; e o Judiciário competiria judiciar, “... decidir judicialmente sobre as Leis”¹¹.

Assim, ao Legislativo, lançando mão do poder que lhe fora outorgado pelo povo¹² - por intermédio do Devido Processo Legislativo^{13, 14} - a Constituição de 1988 reservou a

7 DEL NEGRI, André. Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 23.

8 Loc.cit.

9 LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

10 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Barão de la Brede e de. Do espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

11 DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO. Século XXI. Versão 3.0. Novembro de 1999.

12 LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e Mercado Mundial: a crise jurídica das economias. Leme (SP): Editora de Direito, 1999.

competência para fazer as Leis (Direito), à luz do paradigma (adotamos os estudos de Morin¹⁵ em substituição à escola de Kuhn¹⁶) por ela recepcionado, que é o Estado Democrático de Direito, ou, se nos permitam repetir diante do raciocínio antes formulado, Democrático Estado de Direito.

Por sua vez, ao Executivo, a Constituição de 1988 estabeleceu a competência para executar as Leis (Direito) criadas pelo Legislativo, à exceção das Leis (Direito) criadas através do Executivo via Medidas Provisórias (art. 62).

Lado outro, ao Judiciário a Constituição de 1988 definiu a competência para judiciar as Leis (Direito) criadas pelo Legislativo, e, excepcionalmente, pelo Executivo, tarefa reservada, em se tratando da própria Constituição, à Jurisdição Constitucional.

Ao Judiciário, pois, foi dado apenas judiciar o Direito, e não criá-lo, porque tal incumbência foi estatuída pela Constituição de 1988 ao Legislativo, e, excepcionalmente, ao Executivo, por intermédio das já citadas Medidas Provisórias.

Então, se assim o é, apenas a Jurisdição Constitucional, exercida por uma Corte Constitucional estatuída pela própria Constituição, independente e harmônica aos Três Poderes, mas deles apartado porque em nível superior, teria o condão de vencer o déficit hoje existente a respeito da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional responsável pela interpretação político-jurídica do texto constitucional, já que poderia atuar não só como legislador negativo, mas, sobretudo, positivo, à maneira do realizado, mas não admitido, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nºs 3105 e 3128, no que tange à fixação do teto previdenciário.

Esta afirmação resulta da análise da repercussão da decisão – a palavra está no singular de vez que existia identidade de objeto – adotada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI's acima referidas, e de outras mais, decisão que se tornou questionável jurídica e socialmente, e basta ver as acaloradas discussões acadêmicas, jurídicas e populares ainda existentes sobre a matéria julgada (não obstante inexistir recurso no sistema jurídico pátrio para objurgá-la) para se aperceber que a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional existente no país tem caminhado por caminhos tortuosos e está alicerçada em areias movediças.

13 DEL NEGRI, André. Op. Cit.

14 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

15 MORIN, Edgar. A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. Trad. Eloá Jacobina. – 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

Para se alcançar à exata medida do problema, a não aceitação da decisão do Supremo Tribunal Federal na matéria chegou a tal nível que a Ordem dos Advogados do Brasil levantou proposta, relatada no Jornal Estado de Minas do dia 30 de agosto de 2004, de apresentar denúncia ao Tribunal de Haia (Corte Internacional de Justiça) e à OEA (Organização dos Estados Americanos) objetivando a sua declaração de nulidade ou sua anulabilidade.

Por certo, a razão do levante tanto da comunidade jurídica quanto do povo, especialmente, pode ser explicado porque, sendo o Supremo Tribunal Federal uma Corte Suprema e não uma Corte Constitucional, já que, distintivamente, “A corte suprema conhece de todos os contenciosos (civil, administrativo, penal, comercial ou constitucional), enquanto que a Corte Constitucional é exclusivamente competente para apreciar matéria constitucional”¹⁷, os provimentos jurisdicionais proferidos não resultaram de uma autêntica Jurisdição Constitucional.

Assim, a Teoria Democrática, balizadora do Estado de Direito Democrático (ou Democrático Estado de Direito), exige que se faça uma revisão, pela comunidade científica brasileira e pelo povo, da construção de uma nova Teoria sobre a Jurisdição, agora invariavelmente centrada na constitucionalidade e exercida por uma Corte Constitucional.

Inicialmente – e aqui não teceremos maiores e aprofundados comentários, e nem faremos articulações ou comparativos com as teorias anteriores que trataram do mesmo tema, teorias estas baseadas nas escolas Bülowviana, Goldschmidtiana e Guaspiana –, a Jurisdição fora trabalhada, por Liebman, como componente da soberania do Estado aplicável às causas relacionadas ao seu território e aos seus cidadãos.¹⁸

Nesta premissa, “... a jurisdição se apresenta como atividade estatal ‘secundária’, ‘instrumental’, ‘declarativa ou executiva’, ‘desinteressada’ e ‘provocada’”,¹⁹ do que conclui o professor José Adércio Leite Sampaio ser a jurisdição “... uma das maiores manifestações da soberania de um Estado”,²⁰ podendo ser dividida em duas esferas, uma comum ou dita ordinária e outra especial ou de codinome constitucional, esta última classificada como

16 KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

17 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional en Brasil. In: La jurisdicción constitucional en Iberoamerica. BELAUNDE, Domingos Garcia, SEGADO, Francisco Fernández (Coords.). Madrid: Dykinson S.L., 1997, p. 437-467. p. 440/441.

18 LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. Ed. 2001. p. 11.

19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 40. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32.

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.

Jurisdição Constitucional, já que estaria “cuidando dos conflitos de natureza constitucional”.

21.

Assim, a Jurisdição Constitucional poderia ser identificada, *in verbis*:

“... como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da ‘atividade do poder do ponto de vista da Constituição’, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais”.²²

Não há dúvidas de que a Jurisdição Constitucional representa, para o Estado de Direito Democrático (ou Democrático Estado de Direito), a atividade institucional do Poder Judiciário, e encontra o seu fundamento legal na Constituição Federal do Estado que representa, fonte de legitimidade de sua atuação na aplicabilidade dos direitos-garantias constitucionais estabelecidos pelo povo via discurso argumentativo processualizado.

Entretanto, a Jurisdição Constitucional não se resume apenas neste fator, mas busca a sua sustentabilidade legal na procedimentalidade processual, nos estreitos ditames do Devido Processo Constitucional, já que “A jurisdição estatal é que é *meio* de obediência ao *processo* e não o processo um meio de obediência (serventia) à jurisdição.”²³

Acontece que – e acreditamos ser este o entrave da legitimidade democrática dos provimentos constitucionais brasileiros proferidos pela Corte Suprema – no Brasil a Jurisdição Constitucional não se restringe exclusivamente ao controle judicial da Constituição pelo órgão máximo do Poder Judiciário (controle da constitucionalidade das leis pelo sistema concentrado), mas se espalha aos Tribunais de menor estatura (controle da constitucionalidade pelo sistema concentrado e difuso), e, ainda, pelos Juízos monocráticos (controle da constitucionalidade pelo sistema difuso), já que o exercício judicante de todos os membros do Poder Judiciário, no que toca à Jurisdição Constitucional, fora elencado na Constituição em seus arts. 92 e 102, III, “a”, “b” e “c”.

Neste sentido,

“No Brasil, se todo o órgão do poder Judiciário não só pode, mas deve como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar alegações que explicitamente se referem à Constituição, podemos dizer que todo o Judiciário brasileiro é competente para exercer jurisdição em matéria constitucional, toda a

21 Ibid., p. 22.

22 Ibid., p. 23.

23 LEAL, Rosemíro Pereira. Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil. In: Disponível em . Acesso em 24/05/04.

jurisdição é jurisdição constitucional, conforme os processos constitucional e legalmente previstos.”²⁴.

Mas a Jurisdição Constitucional, que antes era trabalhada e se confundia – segundo os discípulos das escolas Bülowviana, Goldschmidtiana e Guaspiana – como a atuação sublime, especial e inquestionável do Estado-Juiz, em um Estado Democrático de Direito (ou Democrático Estado de Direito), em que deve prevalecer o discurso argumentativo amplamente aberto pela Teoria Democrática, bem como a legalidade construída a partir da aplicabilidade da Teoria do Processo Constitucional, não pode possuir tal viés.

Ora, considerando que se o próprio Direito reclama construção científica pautada no discurso argumentativo processualizado, possibilitada pela sistemática do Devido Processo Legislativo, também o provimento final (decisão procedimental terminativa com ou sem julgamento de mérito) assim o exige, sobretudo para que se possa alcançar a sua efetiva legitimidade à luz da Constituição.

Portanto, a Jurisdição Constitucional, em um Estado de Direito Democrático (ou Democrático Estado de Direito), em face do seu conteúdo político, e de sua natureza especial na direção de ser legislador negativo ou mesmo positivo, não deve mais ser vista como instrumento atuante do Poder Judiciário – servidora do processo – responsável por proferir o provimento final (decisão procedimental terminativa com ou sem julgamento de mérito).

A Jurisdição Constitucional, porque responsável direta pela “... concretização das normas constitucionais...”²⁵, em um Estado de Direito Democrático (ou Democrático Estado de Direito), se legítima democraticamente quando exercida por uma Corte Constitucional, estabelecida pela Constituição como sendo a responsável – escudeira – exclusiva de sua defesa.

É a Corte Constitucional, por sua própria natureza, consoante o modelo Europeu (Austriaco e Alemão) de Jurisdição Constitucional, quem tem demonstrado ser atuante, firme e respeitada na defesa da Constituição, promovendo a sua efetividade na linha da Teoria Democrática e não limitação do poder Estatal.

Por certo, “Nos regimes democráticos, garantir a Constituição representa a estabilidade das regras de convivência política, limitando o poder.”²⁶ Assim, apenas uma Corte Constitucional seria capaz de defender a Constituição, limitando o poder Estatal, já que

24 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 206/207.

25 JAYME, Fernando Gonzaga. Tribunal constitucional: exigência democrática. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999. p. 139.

26 JAYME, Fernando Gonzaga. Op. Cit. p. 69.

fora do sistema clássico da Separação dos Poderes, livre, portanto, da ingerência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como no Brasil não existe uma Corte Constitucional, mais sim uma Corte Suprema responsável pelo controle de constitucionalidade das leis pelo sistema concentrado e difuso, Corte Suprema que vive constante pressão tanto do Legislativo quanto, e principalmente, do Executivo, não sabendo ela mesma ao certo o grau do conteúdo político de suas decisões, que se perdem e esbarram, muitas vezes, na sistemática jurídica de sua função como Corte Suprema, tem-se, diuturnamente, sérios questionamentos sobre a legitimidade democrática dos seus provimentos constitucionais.

Esse fator, naturalmente, poderia ter sido trabalhado na ainda recente e um pouco pobre Reforma do Judiciário – com poucos resultados – e na qual o Estado foi incapaz de absorver e discutir a necessidade do estabelecimento de uma Corte Constitucional no país, apta e forte o suficiente para exercer a Jurisdição Constitucional e garantir a efetividade da Constituição.

É indubitável que o sistema misto de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, desde muito tempo, tem demonstrado ser incapaz de gerar a tão importante legitimidade democrática das decisões jurisdicionais acerca da defesa e da efetividade da Constituição, e os constantes reclamos do povo a respeito da atuação do Supremo Tribunal Federal dão a nota destes questionamentos.

Junte-se a isso tudo, ainda, a demora no julgamento das ADI's pela Corte Suprema em virtude da sua atuação na magistratura alusiva à jurisdição ordinária ou comum²⁷, o que permite a consolidação da declarada inconstitucionalidade no tempo passado, obrigando a Corte a lançar mão, constantemente, do expediente do art. 27 da Lei nº 9.868/99, qual seja, a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou, ainda, a demarcação de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento qualquer, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

É dizer: uma norma declarada inconstitucional – que pelo sistema jurídico é nula em seu nascedouro – não seria por um determinado espaço de tempo, para vigor no passado, isso por obra da Corte Suprema devido, seja a restrição dos efeitos da decisão, ou a demarcação de sua eficácia. A norma declarada constitucional, então, geraria consequências jurídicas durante determinado tempo passado, perdendo a sua validade em período posterior. Cumpre gizar, por

27 PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2. v., 1984. Trad. Lezioni di diritto costituzionale. p. 83/97.

oportuno, que não estamos tratando da hipótese da Declaração de Nulidade Parcial Sem Redução de Texto, em que a norma se torna geradora de efeitos jurídicos no futuro.

Deste modo, como conceber a possibilidade de uma norma inconstitucional ser eficaz? Não estaria a Corte Suprema sustentando ou mesmo criando normas constitucionais inconstitucionais?²⁸ O Supremo Tribunal Federal não responde satisfatoriamente tal questionamento, o que acarreta enorme abalo na legitimidade democrática de suas decisões constitucionais, mesmo porque ela mesma já se encarregou de tratar da impossibilidade da constitucionalização superveniente de norma inconstitucional anterior à Constituição.²⁹

Em conformidade com o Princípio da Supremacia da Constituição, as normas que fazem parte do arcabouço jurídico brasileiro são válidas se, somente se, adequadas à própria Constituição.

Qualquer confronto com a Constituição leva a não aplicabilidade da norma, porque a mesma é nula, não produzindo nenhum efeito, de vez que, desprovida de imperatividade, a norma nula não passa de norma inexistente.

Neste sentido, em tema de validade das normas muitas foram às teorias construídas para esclarecerem a nulidade de uma norma constitucional. Dentre elas, a que entendemos ser melhor explicativa é a retratada pelo Ministro Gilmar Mendes em sua obra intitulada Controle de Constitucionalidade.

Para o Ministro Gilmar Mendes,

“Como o modelo de coalisão, o Rechtsgeltungsmodell pressupõe a unidade do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição. Não obstante, as duas teorias apresentam diversidade de fundamentação. O modelo de validade jurídica considera as normas constitucionais como condições jurídicas de validade (Rechtsgeltungsbedingungen) que devem ser preenchidas para edição do ato normativo. Como decorrência lógica dessa premissa, pode-se afirmar que a lei não chegou sequer a ser editada, se as condições de validade – formais e materiais – não foram satisfeitas. É o que afirma Ipsen, asseverando que, como consequência do Rechtsgeltungsmodell pode surgir apenas norma aparente (Scheinnorm), que eventualmente, emprestará uma duradoura aparência jurídica, não, porém, uma validade originária (originäre Rechtsgeltung).”³⁰.

Mais adiante, o Ministro Gilmar Mendes, colhendo lições de Kelsen, não titubeia em afirmar que “... apreciando a questão relativa à lei promulgada sem observância dos pressupostos constitucionais, asseverava Kelsen, então, que não se cuidava, propriamente, de

28 BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1994.

29 ADI nº 02/DF, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 21.11.1997.

30 MENDES, Gilmar Ferreira. Controle da Constitucionalidade. São Paulo, Saraiva, 1990. p. 17/18.

um injusto (Unrecht), em sentido jurídico, nem de um ato estatal viciado, mas de um nada jurídico (rechtlich überhaupt nichts).”³¹

Na mesma esteira, é a lição do culto doutrinador Celso Ribeiro Bastos, para quem,

“Encarada sob o ângulo dos princípios informativos da criação das normas de direito, só podemos afirmar a existência de leis constitucionais. Isto porque, ou ela foi produzida em conformidade com a Constituição, que é quem diz o que é direito em um determinado sistema, ou ela foi gerada em dissonância com o prescrito pela norma constitucional e neste caso não pode pretender ser lei. A afirmação, segundo sempre do ponto de vista da técnica jurídica, da possibilidade de existência de leis inconstitucionais é contraditória. Ao mesmo tempo em que se admite que só adquire a condição de lei o que for elaborado em conformidade com a norma constitucional, por outro lado, admite-se que algo, embora padecendo do vício gravíssimo de inconstitucionalidade, em razão da infringência do Texto Maior, ainda assim, contudo, esse algo existe. Com vistas unicamente à teoria da criação do direito, ou a lei é constitucional para que possa existir, ou em caso contrário não se reveste nem mesmo da condição de lei, sendo dispiciendo o afirmar-se se é constitucional ou não. Pelo simples fato de ser lei, infere-se que se trata de lei constitucional, a única existente. Em resumo: em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente.”³²

Ora, se a norma inconstitucional é nula de pleno direito, não gera efeito jurídico algum. Se não gera efeito jurídico de nenhuma sorte, não poderia ser aplicada a casos pretéritos. Mas a Corte Suprema, utilizando-se do prescrito no art. 27 da Lei 9.868/99, muita vez impõe a aplicabilidade da norma inconstitucional no passado.

Essa tarefa, que é resultado da incapacidade da Corte Suprema em exercer a Jurisdição Constitucional em sua essência, já que divide o seu tempo no exercício da jurisdição ordinária, tem levado a comunidade jurídica e o povo a questionar à legitimidade democrática de suas decisões constitucionais, o que evidencia a necessidade premente do estabelecimento de uma Corte Constitucional no país.

De fato, a Jurisdição Constitucional existe justamente para realizar legítima e democraticamente a Constituição. Portanto, “A existência de um órgão específico, vocacionado para interpretar a Constituição, é imprescindível para o regime democrático”.³³ A Corte Suprema, por sua generalidade operacional, não detém este perfil, já que revelou-se incapaz de solucionar a tensão existente entre a Política, a Democracia e o Direito, dados os questionamentos sobre a sua autoridade.

Segundo Tavares,

31 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit. p. 19.

32 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 47.

33 JAYME, Fernando Gonzaga. Op. Cit. p. 139.

“A questão política, num Tribunal Constitucional, está intimamente ligada á idéia que se faz da Constituição, geralmente entendida como opção a opção política fundamental de uma sociedade. Dito de outra forma, encontra-se difundido o entendimento de que, se a Constituição consagra opções políticas tomadas pela sociedade (ou seus representantes) num determinado momento histórico, a Corte que tiver de interpretar e aplicar essa Constituição não poderá fugir de uma orientação política, na medida em que esta é à base de sustentação do objeto sobre o qual terá de debruçar-se.”³⁴.

Com efeito, em matéria de legitimidade o desafio é saber como uma ação racional, ao nível dos indivíduos, pode alcançar uma racionalidade coletiva. O problema da política (da ciência política) se revela, se não tratado adequadamente, o problema da democracia. O problema da democracia é o problema do Direito. O problema do Direito se transforma no problema do Estado. O problema do Estado deslegitima democraticamente o exercício da atividade estatal. “Por outras palavras, aquilo que se trata no processo político é a questão da constituição e preservação da autoridade democrática, ou do carácter democrático do exercício da autoridade”.³⁵

Demais disso, em matéria de criação política do Direito pela Jurisdição Constitucional, tem-se que

“O carácter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo carácter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o carácter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa.”³⁶.

Ora, a política é um dos componentes inseparáveis da Jurisdição Constitucional. Se a Jurisdição Constitucional “vive” a política, é a Corte Constitucional e não a Corte Suprema quem possui condições suficientes para vencer a tensão existente entre a Política e o Direito, impedindo que estes mecanismos venham servir para o homem escravizar o seu semelhante e não atingir os desejados fins coletivos.

As dimensões política e jurídica da Constituição restam indissociáveis, não se podendo banalizar ou mesmo negar a interação entre o Direito e a Política. Por essa razão é

34 TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 39.

35 REIS, Fábio Wanderley. Política e racionalidade: problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000. p. 11.

36 KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251.

que o Supremo Tribunal Federal não pode fazer julgamentos com vistas apenas e tão somente sob o enfoque técnico-jurídico, mesmo porque a Política confere “vida” ao Direito.³⁷

Assim, é à Corte Constitucional – e não a Corte Suprema, porque engaiolada pelo arcabouço jurídico-institucional construído pela função Judiciário, usufruindo de parcela do poder Estatal – quem apresenta as melhores condições para promover a defesa da Constituição, já que, consoante ensina Kelsen:

“... há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois princípios detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao Governo”.³⁸

Neste fio condutor não resta dúvidas de que à Corte Suprema brasileira tem faltado legitimidade democrática para exercer a Jurisdição Constitucional, de vez que “... a alta tarefa de preservação da Constituição não se coaduna com a função de um mero tribunal de recursos, nem com o julgamento de tantas outras ações que não se inserem nas atribuições de uma Corte Constitucional”.³⁹

Aliás, para deixar claro que seria uma Corte Constitucional a ideal para defender e conferir efetividade à Constituição Kelsen, analisando a obra de Schmitt com ele se afina quanto à afirmação de que, em verdade,

“... num Estado de direito com poderes separados, não é lógico confiar adicionalmente essa função (a de guardião da Constituição) a um dos poderes existentes, pois em tal caso esse poder ganharia preponderância sobre os outros e poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle, tornando-se assim o senhor da Constituição. É preciso, portanto, introduzir um poder neutro especial ao lado dos outros poderes, combinando-o e equilibrando-o com estes através de atribuições específicas”.⁴⁰

De outro giro, conforme HESSE⁴¹ leciona, a Constituição tanto é determinada pela realidade social quanto ela mesma a determina, daí a articulação entre a denominada “Constituição Real” e a “Constituição Jurídica” como meio propiciador da “força normativa da Constituição”. Assim, toma forte importância a Jurisdição Constitucional como instrumento apto a permitir a unidade – jurídica e política – da Constituição, no dizer de

37 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

38 KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 276.

39 TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 143.

40 KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 285.

41 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HÄBERLE⁴², para quem, ainda, a Jurisdição Constitucional seria responsável pela construção de uma “realidade pluralista” considerada elementar na formação da ideologia constitucional.

Neste viés, a Jurisdição Constitucional, cujo escopo é garantir a defesa da Constituição, marco limitatório do poder delegado pelo povo ao Estado que deve ter feição pluralista, reclama a vinculação a uma Corte Constitucional e não uma Corte Suprema, pois é a Corte Constitucional quem – por sua especificidade – possui a condição de interpretar a Constituição, via Jurisdição Constitucional, com a faculdade de lançar mão de uma hermenêutica constitucional voltada para fazer valer os ditames da Constituição, tanto sobre a sua estrutura jurídica quanto, principalmente, sobre a sua posição política.

Dentre as várias interpretações possíveis de uma norma constitucional, a Jurisdição Constitucional, exclusiva e derradeiramente exercida por uma Corte Constitucional, dita àquela que, à espécie em análise, seja a mais desejável política-juridicamente, desejável e não correta, porque dentre os métodos de interpretação do Direito, KELSEN já nos advertia, “... não há qualquer critério com base no qual umas das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”⁴³.

Nesta linha, é importante ressaltar que a tarefa da Hermenêutica Constitucional, segundo Pereira nos esclarece, não seria outra senão

“... determinar a decisão normativa relativa a um problema concreto, a partir da coerência dos preceitos jurídicos (programas normativos), à luz do conjunto de circunstâncias fáticas (âmbito normativo) e em virtude de um processo argumentativamente justificado que proporcione, ao mesmo tempo, segurança jurídica (controle do arbítrio) e legitimidade do juízo (racionalidade na adequabilidade)”⁴⁴.

Assim, se o intérprete da Constituição deve buscar a sua “força normativa”, consoante leciona HESSE⁴⁵, compete a Jurisdição Constitucional trabalhar abertamente o processo hermenêutico constitucional, acerca da denominada “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” sustentada por HÄBERLE⁴⁶, possibilitando, assim, que não só os encarregados direitos da interpretação da Constituição possam realizar tal tarefa, mas toda a comunidade, e

42 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a integração pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

43 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 391.

44 PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 169/170.

45 HESSE, Konrad. *Op. Cit.*

46 HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*

isso, pela Corte Suprema, dada a sua dispersividade, não se tem mostrado possível, mas seria se tivéssemos uma Corte Constitucional, dada a sua natureza constitucional.

Esse fator, que não restringe a interpretação da Constituição tão somente ao Estado, mas alarga a toda a sociedade, legitima democraticamente a Jurisdição Constitucional exercida pela Corte Constitucional – e não pela Corte Suprema que não se revelou preparada para travar debates públicos, com eixo político, da Constituição – porque se adequa à Teoria Democrática, e, via de consequência, aos ditames da própria Constituição, na medida em que

“... a responsabilidade dos operadores jurídicos traduz-se em um permanente debate público das razões de decidir, em um constante repensar os fundamentos da convivência política, pautada por um ato de respeito às distintas visões de mundo, como marca do caráter inclusivo da cidadania no postulado do Estado Democrático de Direito”⁴⁷.

Não bastasse, a discursividade – alicerçada na Teoria do Discurso de Habermas –, e cuja base assenta-se na apropriação dos melhores elementos das duas visões consagradas de política democrática, a liberal e a republicana, “... integrando-os no conceito de procedimento ideal para deliberação e tomada de decisão”⁴⁸, não se faz presente, como tem ocorrido, na Corte Suprema, diante da falibilidade do teor político de suas decisões, da resistência da Corte em fazer política e do sistema técnico-jurídico que a cerca, muita vez estabelecedor de conflitos entre o processo ordinário e o processo constitucional.

Quanto ao Processo,

“... a Constituição é, ela mesma, um processo, donde Härbele insistir nessa expressão e em outras do mesmo sentido, tais como compreensão pluralística normativo-processual, alternativas, pluralização da legislação constitucional, pluralidade de intérpretes e força normativa da publicidade”⁴⁹.

Ao apresentar a Constituição como um processo, o Devido Processo Constitucional, instituto definido pela principiologia do contraditório, da ampla defesa e da isonomia – direitos-garantias que não podem ser suprimidos e/ou reprimidos pela Jurisdição, considerando que o processo em si mesmo é que é jurisdicional – se apresenta como ponto legitimante democraticamente da Jurisdição Constitucional exercida pela Corte Constitucional, que conhece apenas um processo, o constitucional, em detrimento da Corte Suprema que navega pelo sistema jurídico processual indistintamente (ordinário e constitucional).

47 PEREIRA, Rodolfo Viana. Op. Cit. p. 173.

48 HABERMAS, Jürgen. Op. Cit. p. 115.

49 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 30.

Aponta-se, ainda, que para a Teoria Constitucionalista do Processo, “O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional”⁵⁰.

Em virtude desta premissa, não é temeroso concluir que legítima democraticamente se apresenta a Jurisdição Constitucional exercida pela Corte Constitucional porque estruturada pelo Devido Processo Constitucional, na proposta da Constituição e na exata medida da Teoria Democrática adotada como paradigma pelo Estado de Direito Democrático (ou Democrático Estado de Direito).

Ao contrário da Corte Constitucional, não há, portanto, confusão de identidade do sistema processual vigente – constitucional e infraconstitucional – que ora a Corte Suprema aplica no sistema difuso e ora no sistema concentrado de constitucionalidade das leis, tampouco há, na Corte Constitucional, divisão de atenção quanto às matérias de feição constitucional com violação direta e/ou reflexa à Constituição.

Neste passo, em termos de processualidade, a Corte Constitucional estabelece a razão de que “A Jurisdição Constitucional se destina a efetivar o Direito Constitucional, que tem no Processo Constitucional o instrumento de realização dos direitos assegurados constitucionalmente.”⁵¹.

Desta feita, a Jurisdição Constitucional retira a sua legitimidade democrática de uma Hermenêutica Constitucional livre de amarras, exercitada pelo discurso argumentativo processualizado, que é travado pelas partes do processo contextualizado através do Devido Processo Constitucional, tarefa não confusa com o exercício judicante do Estado-Juiz sábio, onipresente e onipotente à imagem e semelhança do “Juiz-Hércules” de Dworkin⁵², mas afeita a uma Corte Constitucional constitucionalmente estabelecida, responsável pela defesa jurídica e, principalmente, política de seu instituidor.

50 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 125/126.

51 JAYME, Fernando Gonzaga. Op. Cit. p. 53.

52 DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

2. CONCLUSÃO

A teoria do Devido Processo Constitucional, ao lado da Teoria Democrática (apoiada pela Teoria do Discurso), foram as teorias adotadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, às únicas que, conjugadas, legitimam democraticamente a Jurisdição Constitucional exercida pela Corte Constitucional, que se vale de uma Hermenêutica Constitucional, de um discurso aberto e irrestrito e da processualidade constitucionalizada.

SOMMAIRE

Que la compétence constitutionnelle exercé par une Cour constitutionnelle statutaires par la Constitution elle-même, indépendant et harmonieux pour les trois puissances, mais à cause d'eux en dehors d'un niveau supérieur, aurait le pouvoir de surmonter le déficit qui existe actuellement sur la légitimité démocratique de la juridiction constitutionnelle chargée d'interpréter la constitution politico-juridique, car elle pourrait agir non seulement comme un législateur négatif, mais essentiellement positive. Cette étape, La compétence constitutionnelle tire sa légitimité démocratique d'un obligations herméneutique constitutionnel libre, exercé par processualizado discours argumentatif, qui est capturé par les parties à travers Le processus dans Le contexte de La tâche Due Process constitutionnel n'est pas confondu avec l'exercice d'arbitrage Du juge de l'État-sage, omniprésents et omnipotent dans l'image et la ressemblance de "juge Hercule" par Dworkin, mais habitué à une Cour constitutionnelle constitutionnellement établi, responsable de la défense juridique, et en particulier sa politique fondateur.

Mots clés: LÉGITIMITÉ; LA CONSTITUTION; LA COUR; DÉMOCRATIE; DROITES.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Processo Constitucional en Brasil**. In: La jurisdicción constitucional en Iberoamerica. BELAUNDE, Domingos Garcia, SEGADO, Francisco Fernández (Coords.). Madrid: Dykinson S.L., 1997, p. 437-467.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Dicionário Aurélio Eletrônico, Século XXI, Versão 3.0 – Novembro de 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a integração pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Caderno da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, n. 3, jan.-jun. 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional. Introdução e revisão técnica** Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial: a crise jurídica das economias**. Leme (SP): Editora de Direito, 1999.

_____. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB/Síntese, 2004.

_____. **Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil**. In: “A priori”, INTERNET. Disponível em . Acesso em 24/05/04.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. Ed. 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2ª. Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Barão de la Brede e de. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Trad. Eloá Jacobina. – 9ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 169/170.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Lecciones de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2. v., 1984. Trad. Lezioni di diritto costituzionale. P. 83/97.

REIS, Fábio Wanderley. **Política e racionalidade: problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.