

A legitimidade da jurisdição constitucional

Iuri de Castro Gomes

Advogado da CAIXA na Bahia

Especialista em Direito do Estado

pela Faculdade Baiana

de Direito – Instituto Excelência (Juspodivm)

Mestrando em Direito Público pela

Universidade Federal da Bahia – UFBA

RESUMO

O presente artigo busca aferir se o Poder Judiciário, ao defender a supremacia da Constituição por meio da declaração de inconstitucionalidade, encontra-se devidamente legitimado. Trata-se de trabalho teórico que se debruça sobre a definição de legitimidade, as espécies de legitimação, a supremacia constitucional e a jurisdição constitucional, a fim de resolver a questão proposta. A tese é que, não obstante os diversos critérios de legitimação aplicáveis à jurisdição constitucional, no atual momento histórico, a legitimação do Judiciário como órgão de defesa da Constituição advém de sua neutralidade e de sua isenção político-partidária.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Legitimidade. Constituição. Jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This article aims to assess whether the judiciary, to uphold the supremacy of the Constitution through a declaration of unconstitutionality, is duly legitimized. This is theoretical work which focuses on the definition of legitimacy, the species of legitimacy, constitutional supremacy and the constitutional jurisdiction in order to resolve the question posed. The thesis is that, despite the various legitimacy criteria for the constitutional jurisdiction, in the current historical moment, the legitimacy of the judiciary as the Constitution of the defense organization comes from its neutrality and its political party exemption.

Keywords: Judiciary. Legitimacy. Constitution. Constitutional Jurisdiction.

Introdução

Em tempos de crise do modelo de representação democrática, a questão da legitimidade das funções estatais ganha relevo. Se Executivo e Legislativo, mesmo na condição de representantes populares, encontram-se desgastados pelo jogo político, a pergunta que se faz em relação ao Judiciário é a seguinte: de onde vem sua legitimação, sobretudo para defender a Constituição por meio da declaração de inconstitucionalidade?

Aí está a situação-problema do presente ensaio. No entanto, algumas premissas são indispensáveis à obtenção da solução. Portanto, ao longo do texto serão analisadas a noção de legitimidade, as espécies de legitimação, a supremacia constitucional e a jurisdição constitucional.

Tudo isso para testar a tese de que, não obstante os diversos critérios de legitimação aplicáveis à jurisdição constitucional, no atual momento histórico, a legitimação do Judiciário como órgão de defesa da Constituição advém de sua neutralidade e de sua isenção político-partidária.

1 Legitimidade

Legitimidade e legalidade não se confundem. Mesmo radical linguístico, mas significados distintos. Com efeito, legítimo não é aquilo que está conforme a lei. Conquanto possa haver legitimação pelo direito, legitimidade é conceito muito mais amplo.

A ideia de legitimidade remonta à Idade Média. Durante tal período, tinha-se por legitimidade o critério superior de moralidade acima da realidade factual dos governos e suas leis positivas utilizado em contraposição ao conceito de tirania; no entanto, a partir do século XIX, com o surgimento das teorias do reconhecimento, ocorreu um afastamento da legitimidade ao sentido moral e uma conseqüente aproximação a aspectos empíricos – como sustentação popular, democracia, procedimentos –, de modo que legítimo passou a ser a lei, o ordenamento ou a decisão na medida em que são aceitos (FERRAZ JR.; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989).

No mesmo sentido, Luhmann (1980, p. 29-30) entende “legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”. Mais uma vez está presente a ideia de legitimidade como aceitação. Dita aceitação, como bem expõe Weber (2002, p. 170-173), refere-se a uma relação de dominação, que será, a depender do fundamento, legítima ou não.

Portanto, para os fins deste trabalho, legitimidade é a qualidade do ato aceito em razão de sua compatibilidade com as aspirações do substrato empírico/fático – social, econômico, político, cultural –, bem como em função de sua conformidade com as aspirações da ordem ética/moral. Legítima é a submissão aceita em razão da crença de que ali se encontra o fundamento.

Traçados os contornos do que seja legitimidade, impende salientar que, a rigor, é a questão do seu fundamento – isto é, dos critérios retirados do substrato empírico e da ordem moral para aferir a legitimidade – que provoca intensos debates. Sem a pretensão de esgotar os tipos de fundamentos, a seguir estão alguns deles.

Para Weber (2002, p. 170-180), existem três tipos de dominação legítima, de modo a existirem, por conseguinte, três fundamentos à legitimidade: o racional, o tradicional e o carismático.

A legitimidade racional baseia-se na crença da legalidade de ordens estatuídas e no poder de mando daqueles indicados pelos ordenamentos a exercerem a autoridade legal, obedecendo-se, pois, a ordens legais impessoais e objetivas emanadas pelo sujeito com competência formal.

A legitimidade tradicional tem esteio na cotidiana repetição de antigas tradições e na obediência àquele apontado costumeiramente a exercer a autoridade, em respeito às competências consuetudinárias.

A legitimidade carismática tem por fulcro a entrega excepcional à santidade, ao heroísmo ou à exemplaridade de uma pessoa e às normas por ela criadas ou reveladas, atendendo-se, portanto, a razões de confiança pessoal.

Há também a legitimação democrática, na qual a representação pelo voto é o fundamento da legitimidade. A lógica é simples. Dada a dificuldade de o povo decidir todas as questões relativas à ordem social, elegem-se indivíduos incumbidos de representar essa vontade popular. De tal forma, as medidas tomadas pelos representantes, até mesmo quando limitadoras da liberdade particular, em última instância, foram tomadas pelo próprio povo, o que significa uma autoimputação legítima.

Luhmann (1980, p. 29-35) traz a noção de legitimação pelo procedimento. Não a legitimação tão somente pela obediência ao regramento processual, mas pelo processo institucionalizado de aprendizado, de transformação estrutural permanente de expectativas que acompanham o procedimento de decisão. Nas palavras do referido autor:

A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos

legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, de transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa (LUHMANN, 1980, p. 35).

Da obra de Häberle (1997), é possível inferir a legitimidade pela participação. Segundo o autor, quanto maior a participação da sociedade no procedimento que precede o ato final, maior a legitimidade do ato. Deveras, a possibilidade de qualquer pessoa ou ente participar e, assim, interferir e influenciar o conteúdo do ato final torna o procedimento aberto e democrático. Enfim, realiza-se o ideal democrático pela participação.

Tem-se, por fim, a legitimação argumentativa, propugnada na obra de Alexy (2012). De acordo com o doutrinador alemão, a legitimação de uma decisão está em seu próprio conteúdo, e não naquilo que autoriza o julgamento. Dessa feita, para que um ato seja tido por legítimo, é preciso que ele seja fundamentado racional e argumentativamente.

Bem entendido o que significa legitimidade, passa-se agora ao estudo da Constituição e de sua supremacia, premissas necessárias para averiguar o cerne deste ensaio: a legitimidade da jurisdição constitucional.

2 Constituição

Só se compreende o conceito Constituição pela depuração de seus elementos constitutivos: o sociológico e o jurídico. Cuida-se da distinção entre Constituição como essência e como aprovação legislativa do que a pode representar em uma determinada sociedade (BRITO, 1993, p. 34).

Daí se entende Constituição sociológica como a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação e Constituição jurídica como expressão escrita e positivada desses fatores reais de poder.

Invariavelmente, os elementos jurídico e sociológico são abordados nas obras de renomados constitucionalistas. Por exemplo, de acordo com Lassalle (2008), uma Constituição será apenas uma folha de papel caso não justificada pelos fatores reais e efetivos do poder. Em outras palavras, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem, de tal sorte que as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.

Hesse (1991), de seu turno, a fim de demonstrar que a Constituição jurídica, independente dos fatores reais de poder porventura existentes, nunca será uma mera folha de papel, haja vista a eficácia de suas disposições, propugna uma influência recíproca entre a realidade político-social e a normatividade da Constituição. Para o autor, o grau de eficácia da Constituição jurídica, que se presume sempre eficaz, será maior ou menor a depender das limitações impostas pela realidade.

Disso se depreende a inevitável associação de ambos os elementos, de modo que a Teoria da Constituição deve tratá-los conjuntamente, sem perder de vista ambos os aspectos.

Mais importante é a relação existente entre os dois elementos. Bem observa Brito (1993) que o elemento sociológico exprime as tais forças reais de poder, expressão da variedade de segmentos de poder que compõem a sociedade civil para dar legitimidade ao poder político e, por conseguinte, à Constituição jurídica; afinal, o elemento jurídico é a linguagem composta por prescrições que formalizam a vontade das forças reais de poder, mediante a edição de um sistema de normas que se encontram no ápice do ordenamento jurídico, em relação de supremacia com as demais normas.

3 Legitimidade da constituição jurídica

Em relação à legitimidade da Constituição jurídica, habitual local de consagração da jurisdição constitucional, além da noção quase intuitiva de que as Constituições escritas encontram legitimidade racional, porquanto são verdadeiras ordens estatuídas, bem como procedimental, haja vista sua elaboração ser acompanhada da transformação estrutural permanente de expectativas, alguns signos encontrados nas Constituições jurídicas também lhe conferem legitimidade.

Por óbvio, não é a norma hipotética fundamental pensada por Kelsen (1939), fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, que resolve a questão da legitimidade de uma Constituição. Na realidade, serve a norma hipotética fundamental para solver a questão do fundamento último de validade do ordenamento jurídico, que consistiria no comando genérico e naturalmente aceito de obediência a tudo quanto está determinado na Constituição.

Assim, mesmo com a norma hipotética fundamental, a indagação sobre a legitimidade da Constituição, ou seja, das razões pelas quais a Constituição é aceita, continua em aberto. Nessa senda, Ferraz Jr., Diniz e Georgakilas (1989) aduzem que a Cons-

tuição é legítima em função da operacionalização de três princípios legitimadores: princípio da fixação de valores; princípio da programação; e princípio da consecução.

O princípio da fixação de valores, como se infere do próprio nome, estabelece um sistema constante de valores. São os traços constantes da Constituição, baseados em opções de conteúdo ideológico.

Pelo princípio da programação, o sistema constitucional é projetado temporalmente num fluxo de adaptações. Tais regras asseguram, concomitantemente, a permanência da Constituição e sua adaptabilidade às mudanças. Deveras, uma Constituição só é legítima se passível de acompanhar as alterações da realidade. Do princípio da programação extraem-se três regras: a de intangibilidade, a de alterabilidade e a de projeção.

A regra de intangibilidade determina que certos valores são imutáveis, conferindo uma legitimação no sentido de que certas expectativas não sejam objurgadas pelo tempo. Pela intangibilidade, os efeitos deletérios do tempo não atingem os valores básicos. A regra de alterabilidade, em sentido contrário, estabelece que a própria Constituição seja capaz de conter uma norma sobre sua própria alteração e que essa norma pertença ao cerne fixo da Constituição. Dessa feita, a alteração contrária às normas de alteração constitucional é ilegítima. A regra de projeção, enfim, determina que os valores básicos sejam projetados no presente e no futuro, a fim de se obter uma pretensão de permanência da Constituição.

O princípio da consecução atualiza o sistema, garantido legitimidade na própria incidência constitucional. Desse princípio depreendem-se as regras da onipotencialidade, da onicompreensividade e da eficácia equitativa. A onipotencialidade dita a imperatividade plena e irrestrita dos valores máximos da Constituição. A onicompreensividade dispõe que esses valores máximos da Constituição incidem sobre todo e qualquer comportamento. A eficácia equitativa flexibiliza a incidência normativa para se garantir justiça no caso concreto, evitando que a consequencialidade formal das normas constitucionais conduza a um resultado injusto.

De todo o exposto, conclui-se que os princípios expostos não são normas jurídicas do sistema, mas princípios operacionais e estruturais desse sistema. Embora não constituam um todo coerente e acabado, servem à configuração da Constituição como um conjunto coeso que funciona conforme um padrão de legitimidade.

Em suma: são esses princípios e regras os responsáveis pela legitimação da Constituição jurídica.

4 Supremacia constitucional

Sieyès (2001) inaugurou a ideia de supremacia da Constituição ao prever a submissão da competência à outorga que lhe foi conferida pela potência, afinal, a autoridade derivada e condicionada não poderia ir de encontro à autoridade originária/fundamental ilimitada. Nesse sentido, Bittencourt (2008, p. 64) explana:

O Parlamento ou o Congresso é, no regime constitucional, mero e simples mandatário, cujos poderes se encontram no instrumento formal do mandato, que é a Constituição. Não lhe é possível, pois, juridicamente, praticar atos em contradição com os dispositivos constitucionais, porque assim agindo estaria excedendo os limites de sua competência.

Bem pensadas as coisas, a pirâmide normativa de Kelsen (1939) explica perfeitamente a supremacia da Constituição. Colocada no vértice do ordenamento jurídico, constituindo o topo da hierarquia normativa, todos os atos normativos infraconstitucionais retiram, diretamente ou indiretamente, seu fundamento de validade da Constituição. Dessarte, caso não possuam conformidade com a Constituição, as normas infraconstitucionais devem ser extirpadas do ordenamento jurídico, a fim de se manter a sobredita supremacia. Nesse sentido, é parte do voto do Ministro Paulo Brossard na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 02 (grifos do autor):

A lei que o Poder Legislativo haja elaborado além desses limites, gizados pela Constituição, será ilegal; por ser ilegal, de lei tem apenas a aparência, pois lei não é, e não o é exatamente porque o Legislativo para fazê-la transpôs as fronteiras de sua competência constitucional, e abusivamente fez o que lhe não era permitido fazer. [...]

Ao ultrapassar os limites fixados pela Constituição, o Poder Legislativo passa a exercer poderes que não tem, invade uma competência que lhe não pertence e o que fizer terá a marca desse vício fatal, *nullus est major defectus quam defectus potestatis*.

Compõe-se a supremacia constitucional de três elementos básicos: o institucional, o processo legislativo e a defesa.

O elemento institucional firma o pressuposto de que a supremacia da Constituição não nasceu do gênio ou da razão. À evidência, nasce a supremacia da repetição de uma conduta em sociedade, de uma prática reiterada realizadora de uma essência indubitável. Com efeito, a noção de supremacia constituio-

nal, como meio de limitar o poder e, assim, garantir os direitos fundamentais, veio ao longo dos séculos se repetindo. Cuida-se de uma tradição jurídica.

O segundo elemento provém do primeiro. De fato, há um processo legislativo exclusivo em que a nação convoca a si mesma para a elaboração da norma jurídica que figurará no ápice do ordenamento jurídico.

Por fim, está o elemento que assegura a própria existência da supremacia constitucional: a defesa. De nada adiantaria a previsão da supremacia constitucional caso não houvesse um meio hábil de se garantir a observância da Constituição. Esse instrumento é a declaração de constitucionalidade, cuja competência foi reservada exclusivamente ao Poder Judiciário, dando origem, pois, à jurisdição constitucional.

5 Jurisdição constitucional

Os doutrinadores do processo civil enxergam o Poder Judiciário de maneira bastante peculiar. Para eles, as necessidades do homem são infinitas, enquanto os recursos são escassos. Assim, é natural a existência de conflitos pela titularidade dos bens da vida. No entanto, com a evolução da civilização humana, a autodefesa, ou seja, a imposição da vontade do mais forte, passou a ser considerada a negação do direito, uma vez que consagra a vitória da prepotência sobre a justiça, não pacificando o conflito.

Tendo em vista a necessidade de pacificação social, o Estado vedou a autodefesa de modo quase absoluto. A solução do conflito agora competia ao Estado por meio de um terceiro imparcial que aplicaria o direito ao caso concreto. Daí a jurisdição como dizer o direito. Exemplo clássico dessa forma de pensar é encontrado na obra de Passos (1957, p. 14):

Finalmente é o Estado, mediante seus órgãos próprios, quem assume o papel de terceiro imparcial, atribuindo-se, com exclusividade, o poder de administrar justiça, integrando, preservando ou restabelecendo a ordem jurídica.

Essa função de que o Estado se fêz [sic] monopolizador é a jurisdição – realização autoritativa [sic] do direito.

Decerto, a jurisdição diz o direito para resolver conflitos. Tal direito pode ser infraconstitucional ou constitucional. Se o direito interpretado e dito for constitucional, cuida-se de um conflito constitucionalmente qualificado, cuja responsabilidade pela resolução é atribuída somente ao Poder Judiciário. É o que se

chama de jurisdição constitucional: a atividade exercida pelo Poder Judiciário voltada à defesa da supremacia da Constituição por meio da declaração de inconstitucionalidade.

Historicamente, o marco da jurisdição constitucional centra-se na decisão do Juiz Marshall no caso *Marbury x Madison*. Embora não tenha sido a primeira vez em que o Judiciário declarou a inconstitucionalidade de uma lei para garantir a supremacia da Constituição, haja vista notícias da ocorrência de jurisdição constitucional anteriormente, por exemplo, em Portugal, foi a partir do julgado de Marshall que a ideia de jurisdição constitucional se difundiu, o que muito se deve à retórica e à lógica implacáveis do mencionado magistrado (BUZAID, 1958).

Em seu julgado, Marshall (1903), não obstante a inexistência de preceito na Constituição americana prevendo a competência dos magistrados para declarar a inconstitucionalidade de leis em desconformidade com as normas constitucionais, seguiu um iter lógico para chegar a essa conclusão.

Assentou, de pòrtico, a supremacia das normas constitucionais em relação às normas infraconstitucionais; em seguida afirmou que a lei em contrariedade com a Constituição é nula; por fim, exortou que é função conatural do Judiciário verificar se a lei infraconstitucional está em conformidade com a Constituição, afinal, se os juízes dizem o direito, devem dizer sobretudo o direito constitucional. Confira-se o trecho da decisão em que está consignado o caminho lógico percorrido por Marshall (1903, p. 25-27):

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo organizado por uma constituição escrita deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível.

[...]

Se nula é a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos? [...]

Enfaticamente é a província e o dever do Judiciário dizer o que é lei. [...]

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qual-

quer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. [...]

Pois bem. Dito o que se considera por jurisdição constitucional e analisado o seu contexto histórico, restam dois questionamentos. Por que só a declaração de inconstitucionalidade tem o condão de garantir a supremacia da Constituição? E por que a jurisdição constitucional foi entregue ao Poder Judiciário e/ou ao Tribunal Constitucional?

A primeira questão foi bem analisada por Kelsen (2007). Em seus estudos sobre a jurisdição constitucional, ele elenca alguns meios de se garantir a supremacia da Constituição, alguns pessoais e outros objetivos.

Entre as garantias pessoais encontra-se a necessidade de o órgão que declara a inconstitucionalidade ser independente, ou seja, o órgão que declara a inconstitucionalidade não pode estar sujeito a ingerências de qualquer outra autoridade. Nessa categoria também está a responsabilização constitucional e civil daqueles que venham a produzir atos em desacordo com a Constituição, verdadeiro método de coerção.

Ditas garantias pessoais buscam, através de prerrogativas, estímulos e sanções, coagir as autoridades à prática apenas de atos constitucionais. No entanto, como o direito é dever-ser, nada impede que continuem sendo praticados atos inconstitucionais, não obstante os estímulos, prerrogativas e sanções que conduzem a condutas constitucionais.

Por isso é que a verdadeira garantia da supremacia da Constituição repousa em um critério objetivo, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade com a consequente nulidade do ato constitucional propagadora de efeitos retroativos. Aqui o caráter da garantia, além de ser objetivo e repressivo, independe do da vontade da autoridade da qual emana o ato, bem como da característica deontológica do direito. É que, toda vez em que o ato for incompatível com a Constituição, sua inconstitucionalidade será declarada e a nulidade será produzida com efeitos *ex tunc*, a fim de que se mantenha a supremacia da Constituição.

A segunda questão também remonta a Kelsen (2007). Segundo o jurista austríaco, a atribuição de dizer o direito constitucional deve se reservada a um órgão independente e distinto de qualquer outra autoridade estatal que se encarregue da anulação dos atos inconstitucionais: a jurisdição ou o Tribunal Constitucional.

Ao Executivo não caberia a declaração de inconstitucionalidade, uma vez que sua função típica é de administrar a coisa pú-

blica, concretizando os mandamentos legais, sempre na persecução do interesse público. Confiar a declaração de inconstitucionalidade ao Executivo é autorizar a criação de um Estado totalitarista, porquanto a administração poderia negar aplicação à lei, bem como negar aplicação à Constituição, bastando para isso interpretá-la do modo que melhor lhe conviesse.

Ao Parlamento não caberia igualmente tal função porque seria ingenuidade acreditar que o ente cujos poderes estão limitados pela Constituição garantiria a supremacia constitucional contra os seus próprios atos. Se assim o fosse, o Legislativo terminaria sendo juiz em causa própria. Confirmam-se as palavras de Kelsen (2007, p. 150):

Não há hipótese de garantia da regularidade em que possa ser maior a tentação de confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu do que a da garantia da Constituição. E, em nenhum caso, esse procedimento seria, precisamente, mais contra-indicado. Com efeito, a única forma em que se poderia vislumbrar, em certa medida, uma garantia eficaz da constitucionalidade (declaração de irregularidade por um terceiro órgão e obrigação do órgão autor do ato irregular de anulá-lo) é impraticável nesse caso, porque o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de modo eficaz. E seria ingenuidade política contar que ele anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional. O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita.

E nem se diga que a declaração de constitucionalidade dos atos do Parlamento lhe retiraria a soberania. A um, porque soberania é característica do Estado e não de um órgão estatal. A dois, na medida em que a Constituição serve efetivamente para limitar a atuação do Legislativo, tanto que o processo legislativo está nela previsto.

Afora isso, refuta-se também a objeção de que a instituição da jurisdição/tribunal constitucional violaria a separação dos Poderes. Com efeito, a instituição de um órgão independente, cujo desiderato é declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos em desconformidade com a Constituição, em verdade, reafirma a separação de Poderes, não no sentido estanque de repartição de funções, mas no sentido de controle recíproco dos órgãos constitucionais, em prol da manutenção da democracia.

O que se quer demonstrar é que não há uma situação de superioridade do Poder Judiciário em relação aos demais Pode-

res, nem mesmo uma usurpação do poder praticada pela jurisdição constitucional. Isso porque é a própria função de interpretar e aplicar o direito constitucional que confere ao Judiciário essa característica especial. Inexiste conflito entre órgãos quando da atuação da jurisdição constitucional. Está-se apenas diante do exercício da própria função confiada pela Constituição aos órgãos jurisdicionais.

A boa compreensão da exata função da jurisdição constitucional, contudo, perpassa pela distinção teórica entre controle de constitucionalidade e declaração de inconstitucionalidade.

Pelo controle de constitucionalidade, qualquer órgão da estrutura do Estado com poderes decisórios pode apreciar a conformidade de normas válidas e antinômicas com a Constituição, tudo com o fito de se aplicar a norma compatível e se recusar aquela manifestamente ofensiva ao texto constitucional.

Pela declaração de constitucionalidade, por outro lado, afasta-se a norma tida por inconstitucional do ordenamento jurídico. Tal poder, por óbvio, só compete aos órgãos judiciais, uma vez que a eles foi dada a característica de legislador negativo.

A relação existente entre controle de constitucionalidade e declaração de constitucionalidade, pois, é de gênero e espécie. Não obstante em ambos seja apreciada a conformidade de normas com a Constituição, é apenas na declaração que a norma é retirada do sistema.

A diferenciação entre controle de constitucionalidade e declaração de inconstitucionalidade não é um pensamento isolado. Cavalcanti (1966, p. 181) abraça a ideia ao asserir que “o princípio, portanto, é de que a apreciação da constitucionalidade de uma lei não é privilégio do Poder Judiciário, mas cabe a cada poder, no exercício de suas funções”.

Em relação ao Executivo, o controle de constitucionalidade é feito com mais frequência. Isso porque ao Executivo cabe, além de cumprir a lei, velar pelo cumprimento da Constituição, pela regularidade dos serviços públicos e pela saúde financeira. No entanto, é preciso que apenas os órgãos executivos de alto escalão e com poder decisório procedam ao controle de constitucionalidade. Caso contrário, haveria excessiva insegurança jurídica, na medida em que as mais baixas escalas hierárquicas esquivar-se-iam do cumprimento da lei sob o argumento de exercício de controle de constitucionalidade, bem como dificuldade em se levar a questão constitucional ao Judiciário, já que não se estaria diante de uma decisão, e sim de um ato.

No tocante ao Legislativo, o controle de constitucionalidade, pela própria natureza de sua atividade, é mais restrito. No mais

das vezes, a competência do Legislativo esgota-se com a promulgação da lei, momento a partir do qual passa a atuar o Executivo. Porém, no exercício de funções atípicas, na atuação das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, na sustação de atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar e na rejeição de medidas provisórias estão bons exemplos de controle de constitucionalidade realizado pelo Legislativo.

Para sintetizar, temos o seguinte: aos órgãos jurisdicionais compete exclusivamente a declaração de inconstitucionalidade; e aos demais órgãos, o controle de constitucionalidade, praticado com mais intensidade pelo Executivo e de forma mais tênue pelo Legislativo.

6 Jurisdição constitucional no Brasil

O controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1998 é o difuso, uma vez que todos os órgãos jurisdicionais têm competência para declarar a inconstitucionalidade. São os artigos 97 e 102, III, "a" a "d" que permitem essa conclusão:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

Sucedem que o controle de constitucionalidade, apesar de difuso, concentra o controle abstrato no órgão máximo do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal. Isso porque a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição

de descumprimento de preceito fundamental são todas de competência do Supremo Tribunal Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

[...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

De tal forma, embora o controle de constitucionalidade pátrio seja difuso, a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para o julgamento das diversas espécies de ações em controle abstrato dá toques de controle concentrado ao sistema brasileiro.

Em relação aos legitimados para propor as ações de controle abstrato de constitucionalidade, estão eles elencados no artigo 103 da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É nesse quadro que se insere a jurisdição constitucional brasileira.

7 Legitimidade da jurisdição constitucional

Decerto, os membros do Poder Judiciário não possuem legitimação democrática, porquanto a forma de investidura dos magistrados não se baseia no voto, e sim no mérito, o que se afigura, *a priori*, indispensável à manutenção da própria imparcialidade dos julgadores. Isso não significa, porém, que a atuação da jurisdição constitucional seja ilegítima.

Em primeiro lugar, na medida em que instituído pela Constituição Federal de 1988 para dizer o direito, sobretudo o direito constitucional, o Poder Judiciário está legitimado racionalmente. Foi a ordem estatuída que lhe atribuiu sua função e a necessária autoridade para exercê-la. Quis o poder constituinte confiar ao Poder Judiciário a função de guarda da Constituição.

Em segundo lugar, a dicção do direito entregue pelo poder constituinte ao Judiciário baseia-se em um costume internacional e nacional, o que o lhe confere legitimidade tradicional. A bem da verdade, desde a separação de Poderes pensada por Montesquieu que os Estados modernos passaram a tripartir as funções estatais e a atribuir ao Judiciário a atividade de dizer o direito constitucional.

Em terceiro lugar, o Judiciário legitima-se pelo procedimento. A obediência aos princípios processuais – ampla defesa, contraditório, juiz natural, devido processo legal – inicia a legitimação pelo procedimento, visto que a ordem processual existe justamente com o escopo de criar a condição para que o provimento jurisdicional reflita efetivamente a verdadeira realidade fática e jurídica (CARVALHO, 2010).

Ademais, a transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, oportunizado pelo contraditório e pela formação dialética de tese, antítese e síntese, sobreleva a legitimação procedimental do Judiciário. Por exemplo: as expectativas da parte autora modificam-se após a apresentação da peça defensiva; o processo comunicativo travado do primeiro grau até a última instância altera sobremaneira o modo de se encarar a questão posta em juízo.

Em complemento à legitimação pelo procedimento, vem a ideia de Häberle (1997) de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, cujo intuito é legitimar o Judiciário pela participação democrática. Nesse sentido, quanto mais entes e pessoas participarem e influenciarem na interpretação da Constituição,

maior será a legitimidade da decisão exarada pelo Poder Judiciário.

Meios para essa participação já existem. Basta pensar nas diversas hipóteses de intervenção de terceiros, na figura do *amicus curiae* – entes e indivíduos que, mesmo sem possuir interesse jurídico direto na lei objeto de controle concentrado de constitucionalidade, têm o direito de tecer as considerações fáticas e jurídicas que entenderem pertinentes ao deslinde da causa –, bem como na possibilidade de audiências públicas. Dessa feita, o Judiciário está legitimado pela participação, o que, em última instância, também o torna legitimado democraticamente, embora em menor grau.

Em quarto lugar, a dicção do direito operada pelo Judiciário possui legitimidade argumentativa. Isso porque, para Alexy (2008), em um Estado em que a Constituição afirma que todo o poder emana do povo e em que os agentes do poder jurisdicional não são nomeados por um processo eleitoral, é preciso que a atuação desses agentes seja legitimada por outra via, que não a da representação política, típica do parlamento.

Essa representação democrática do poder jurisdicional é argumentativa. Vale dizer, a legitimidade, ou não, dos atos jurisdicionais, em uma democracia, depende da aceitação, ou não, de sua fundamentação como correta por aqueles que estejam aptos a aceitar um discurso jurídico racional. Nesse sentido, os dizeres do processualista Francisco Bertino Bezerra de Carvalho:

Desta maneira, as decisões judiciais desempenham um papel integrador entre o monopólio estatal da jurisdição e as garantias processuais, porque o jurisdicional não submete o julgamento de seus interesses à voz singular do judiciário simplesmente porque acredita na validade da solução oferecida em função da observância de regras procedimentais destinadas à obtenção de uma decisão final justa porque, do ponto de vista formal, é regular, mas aceita curvar-se ao sistema como um todo e à decisão específica no particular – sua norma individual – porque, e enquanto, destinatário de um discurso de convencimento lógico, político, social e jurídico (CARVALHO, 2010, p. 254-255).

Aliás, a legitimação não ser democrática é indispensável à própria função de guarda da Constituição. Eleitos pela maioria, os agentes políticos do Executivo e do Legislativo sempre buscarão representar a vontade da maioria que os elegeu. Para evitar arroubos dessa maioria, é que entram em cena os direitos fundamentais – verdadeiros limites à discricionariedade de confor-

mação social da maioria – e a jurisdição constitucional, a responsável pela defesa dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e, portanto, das minorias.

Assim, resta evidente o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, o qual seria frustrado caso a Jurisdição Constitucional tivesse legitimação democrática, pois o Supremo Tribunal apenas reafirmaria o quanto produzido pelo Legislativo e Executivo, ou seja, pela maioria que teoricamente todos representariam.

Por sorte, ou melhor, pelo desenvolvimento teórico da tripartição dos Poderes e das funções estatais, são outras as formas de legitimação da jurisdição constitucional. Com base nessa linha de raciocínio, é lícito afirmar que o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional lhe confere mais uma espécie de legitimação: a legitimação pela defesa dos direitos das minorias.

Nesses termos, retomando o parágrafo inicial, a jurisdição constitucional é democrática não pela nomeação de seus membros mediante voto popular, mas pela defesa dos direitos fundamentais e imutáveis da pessoa humana erigidos em um Estado Democrático de Direito. Confirmam-se as lições de Ferraz Jr., Diniz e Georgakilas (1989, p. 38) que se alinham ao quanto exposto:

Com isso, delinea-se também o sentido legitimante do Poder Judiciário. Numa ordem dominada pela representação partidária e pelo exercício direto do poder, reconhece-se que a política é atividade própria da cidadania, à qual se submete a competência administrativa do executivo. Nesse quadro, o Judiciário, armado de suas garantias e excluído da atividade político-partidária, é o único dos poderes cujo exercício, sendo público, exige, não obstante, um certo alheamento próprio da reflexão e do julgamento. Daí o sentido de sua legitimidade repousar na dignidade da prudência (saber jurídico e reputação ilibada) que lhe confere o prestígio do equilíbrio e a suprema função de guarda da constitucionalidade.

[...]

Não obstante, o poder judiciário tinha sua importância quando se percebe que a função do princípio foi de localizar o exercício da atividade política no Legislativo, parcialmente no Executivo, neutralizando politicamente o Judiciário. A neutralização do Judiciário funcionava assim como pedra angular do preceito, posto que permitia o equilíbrio legitimante entre os outros dois.

Em quinto lugar, a jurisdição constitucional é legítima porque não impede o desenvolvimento dos demais Poderes, mormente o Legislativo. Na tarefa de defender a supremacia da Constituição, a jurisdição constitucional não extirpa do legislador a capacidade de conformação social; não são retirados os espaços constitucionalmente reservados ao legislador para ditar as regras sociais.

Na verdade, a jurisdição constitucional, ao interpretar a Constituição, impede apenas os excessos. Não há, portanto, uma superconstitucionalização nem uma superjurisdição constitucional. É que, embora a ordem jurídica nasça com a Constituição, não está ela toda contida no documento fundamental, o que possibilita certa margem de manobra ao Parlamento.

Esses espaços de conformação, segundo os ensinamentos de Alexy (2003), são estruturais e epistemológicos. Os espaços estruturais são os pontos em que a Constituição nada ordena ou proíbe, permitindo, assim, a escolha de finalidades, a eleição de meios igualmente eficazes e a realização de ponderações quando os princípios jurídicos conflitantes tiverem o mesmo peso. Os espaços epistemológicos, de seu turno, surgem da incerteza, da insegurança sobre a eficácia de um meio escolhido e dos reflexos por ele causados, bem como da extensão das próprias normas constitucionais.

Com isso, quando a jurisdição constitucional interpreta a Constituição, ela não sufoca o Legislativo, mas apenas traça os limites necessários à preservação das normas constitucionais. Continua o Parlamento com o poder de conformar a realidade social, contanto que não ultrapasse o limite imposto pela Constituição, na forma interpretada pela jurisdição constitucional. Não se menoscaba a divisão de Poderes. Ao revés, a jurisdição constitucional é condição de sua existência. Logo, legitima-se a jurisdição constitucional por garantir a tripartição dos Poderes e garantir a própria função do Legislativo.

Por fim, não se olvide que a jurisdição constitucional é legítima por garantir a eficácia de todas as regras e princípios legitimadores da Constituição, os quais foram expostos em tópico anterior. Por assim proceder, a jurisdição constitucional acaba por defender os caracteres atributivos de legitimidade à Constituição.

Pois bem. Embora os critérios de legitimação elaborados pelos teóricos anteriormente descritos apliquem-se à jurisdição constitucional, o fato decisivo para a sociedade atual aceitar o Judiciário como órgão de defesa da Constituição está relacionado, a rigor, com a própria ausência de legitimação democrática.

Legitimada pelo mérito em seu acesso, assim como pelo exercício político partidariamente isento de suas funções, a jurisdição constitucional tem atuado no espaço deixado pela crise do modelo de representação democrática. É que, sem tempo e condições técnicas para discutir as questões relevantes, e cada vez mais preocupados com o jogo político, isto é, com a disputa pelo poder em si, os representantes eleitos deixaram de aferir e definir a paleta de valores das sociedades.

Daí por que a sociedade passou a confiar à jurisdição constitucional o atendimento do interesse público primário, de modo a ampliar a noção de justiça. Assim, atribui-se aos membros do Poder Judiciário a tarefa de atender ao interesse direto da sociedade pela promoção da justiça.

Ora, se a legitimação democrática como modelo consistente na eleição direta de representantes de interesses político-partidários encontra-se em crise, é natural que os elementos diametralmente opostos a esse paradigma, ou seja, a neutralidade e a isenção político-partidária, sejam elevados à condição de verdadeira fonte de legitimação da jurisdição constitucional.

Dessa feita, no atual momento histórico, a legitimidade da jurisdição constitucional está calcada em sua neutralidade e em sua isenção político-partidária enquanto atividade cujo desiderato é a busca da justiça.

Conclusão

Jurisdição constitucional é a atividade exercida pelo Poder Judiciário voltada à defesa da supremacia da Constituição por meio da declaração de inconstitucionalidade.

A jurisdição constitucional não possui legitimação democrática, porquanto a forma de investidura dos magistrados não se baseia no voto, e sim no mérito, o que se afigura, *a priori*, indispensável à manutenção da própria imparcialidade dos julgadores. Isso não significa, porém, que a atuação da jurisdição constitucional seja ilegítima.

Com base em teorias de legitimação elaboradas ao longo da história, pode-se afirmar que, apesar de não ter legitimidade democrática, a jurisdição constitucional, ao exercer sua função, está imbuída de legitimação racional, tradicional, procedimental, participativa, argumentativa, pela defesa de minorias, pela garantia da tripartição de Poderes e pela defesa dos princípios e das regras que conferem legitimidade à própria Constituição.

Não obstante os diversos critérios de legitimação aplicáveis à jurisdição constitucional, o fato decisivo para a atual socieda-

de aceitar o Judiciário como órgão de defesa da Constituição está relacionado com a crise do modelo de representação democrática.

Legitimada pelo mérito em seu acesso, assim como pelo exercício político partidariamente isento de suas funções, a jurisdição constitucional tem atuado no espaço deixado pela crise da legitimação democrática, de modo que a sociedade passou a confiar à jurisdição constitucional o atendimento do interesse público primário.

Se a legitimação democrática como modelo consistente na eleição direta de representantes de interesses político-partidários encontra-se em crise, é natural que os elementos diametralmente opostos a esse paradigma, ou seja, a neutralidade e a isenção político-partidária, sejam elevados à condição de verdadeira fonte de legitimação da jurisdição constitucional.

Portanto, no atual momento histórico, a legitimidade da jurisdição constitucional está calcada em sua neutralidade e em sua isenção político-partidária enquanto atividade cujo desiderato é a busca da justiça.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 809, página inicial e final do artigo, 2003.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRITO, Edvaldo Pereira de. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra de. **Jurisdição: legitimação pela ação comunicativa com e para além de Habermas**. 2010. 2 v. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988**: Legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. Tradução de Alexandre Drug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1939.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARSHALL, John. **Decisões constitucionais**. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- PASSOS, J.J. Calmo de. **Da Jurisdição**. Salvador: Publicações da Universidade Federal da Bahia, 1957.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le tiers état? 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.