

AS DOUTRINAS LEGITIMADORAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: O QUE ELAS DIZEM E NÃO DIZEM

THE LEGITIMATING DOCTRINES OF JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL: WHAT THEY SAY AND DO NOT SAY

Rafael Mario Iorio Filho¹

Berky Pimentel da Silva²

RESUMO

O presente texto é fruto de algumas conclusões parciais de pesquisa ainda em andamento que possui como principal objeto de investigação a tentativa de compreender quais são e como se articulam os elementos formadores das decisões judiciais, principalmente aquelas que se fundam em temas constitucionais e, em especial, em compreender como se articulam as representações e as justificações do campo jurídico brasileiro no atuar do Supremo Tribunal Federal. Trabalhamos a partir de uma idéia política de jurisdição constitucional, que concebe ser ela o campo de disputas da força legitimadora das instituições e dos direitos de cidadania. Sendo assim, nos apropriamos da metodologia de Análise Semiolinguística do Discurso Político de matriz francesa a fim de nos ajudar a explicitar a seguinte problemática: qual seria o papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição e, em específico, que teses justificadoras são articuladas pelas doutrinas brasileiras na representação de legitimidade da Corte?

PALAVRAS-CHAVES: doutrinas legitimadoras; jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This text is the result of some partial conclusions of research still in progress and has the principal object of research trying to understand what and how to articulate the formative elements of judicial decisions, especially those that are based on constitutional issues and in particular in understanding how articulate representations and justifications of the Brazilian legal field acting on the Supreme Court. We work from a political view of judicial review, which conceives it to be the battleground of

¹ Professor Permanente do PPGD UNESA. Doutor em Direito Público. Doutor em Letras. Bolsista de Pós – Doutorado Júnior em Ciência Política CEDEC/CNPq. Pesquisador no INCT-INEAC.

² Professor de Ciência Política e Direito Constitucional da UNESA. Doutorando do PPGD UNESA. Pesquisador do INCT-INEAC.

the legitimating force of the institutions and citizenship rights. Thus, if we appropriate the methodology of Political Semilinguistic Discourse Analysis of French pattern in order to help us clarify the following issues: what is the role of the Supreme Court in safeguarding the Constitution and, in particular, that theses are articulated by Brazilian doctrines of legitimacy in representing the Court?

KEYWORDS: Legitimizing doctrines; judicial review; Brazilian Supreme Court.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente texto é fruto de algumas conclusões parciais de pesquisa ainda em andamento que possui como principal objeto de investigação a tentativa de compreender quais são e como se articulam os elementos formadores das decisões judiciais, principalmente aquelas que se fundam em temas constitucionais e, em especial, em compreender como se articulam as representações e as justificações do campo jurídico brasileiro no atuar do Supremo Tribunal Federal.

Trabalhamos a partir de uma idéia política de jurisdição constitucional, que concebe ser ela o campo³ de disputas da força legitimadora das instituições e dos direitos de cidadania. Sendo assim, nos apropriamos da metodologia de Análise Semiolinguística do Discurso Político de matriz francesa a fim de nos ajudar a explicitar a seguinte problemática: qual seria o papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição e, em específico, que teses justificadoras são articuladas pelas doutrinas brasileiras na representação de legitimidade da Corte?

As instituições judiciárias exercem funções importantes nas sociedades complexas, tal como oferecer prestação jurisdicional aos cidadãos e administrar os conflitos que ocorrem na sociedade. Debilidades em suas funções permanentes podem contribuir para que os conflitos se transformem em violências explícitas e, muitas vezes, não administráveis pelo direito e pelos tribunais. Somente essa circunstância já indica a necessidade de investigações sobre as funções sociais do judiciário, sobretudo as que se referem ao papel do Judiciário nas sociedades democráticas e como esse poder constrói a legitimidade de suas decisões.

³ Para este trabalho estamos usando o termo “campo”, no sentido da concepção de Pierre Bourdieu (1992, p. 206-207), que toma os campos da vida social como campos magnéticos onde os agentes se aproximam e se afastam em função de luta política. Num campo há ainda uma estabilidade semântica, de práticas e de visões de mundo, o que, segundo o autor, “permite a todos os detentores do mesmo código associar o mesmo sentido às mesmas palavras, aos mesmos comportamentos e às mesmas obras e, de maneira recíproca, de exprimir a mesma intenção significativa por intermédio das mesmas palavras, dos mesmos comportamentos e das mesmas obras”.

A doutrina no direito brasileiro pretende ocupar um papel de sugerir interpretações pertinentes aos operadores do direito. Tais sugestões serão utilizadas ou não dependendo do argumento defendido em juízo e do livre convencimento do juiz (TEIXEIRA MENDES, 2008). Seria responsável pela socialização dos integrantes do campo jurídico (advogados, magistrados, membros do Ministério Público, estudantes e acadêmicos do Curso de Direito) nos símbolos e nas representações articuladas do sistema de pensamento ou da atividade discursiva próprias do direito.

Neste sentido é elucidativa a reflexão de Teixeira Mendes (2008, p. 40):

A dogmática jurídica, também chamada de doutrina, é uma forma de construção do saber própria do campo jurídico que consiste em reunir e organizar de forma sistemática e racional comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor forma de interpretá-la. A dogmática é um saber que produz as doutrinas jurídicas, através das quais o direito se reproduz. Tais doutrinas constituem o pensamento de pessoas autorizadas a trabalhar academicamente determinados assuntos, interpretar os textos legais e emitir pareceres a respeito da forma mais adequada de interpretá-los e de aplicá-los. O saber jurídico não é científico, é dogmático (GEERTZ, 1998, p. 249). O saber jurídico construído pela doutrina é considerado pelo campo como puramente teórico, mas seria mais bem definido, a meu ver, como um saber abstrato e normativo, que tem a função de ensinar de forma normalizada e formalizada as regras que estão em vigor. Vale esclarecer que a visão da doutrina não é uma teoria a qual estão subordinadas as práticas judiciárias. A doutrina jurídica é um discurso autorizado sobre a lei e suas possíveis interpretações e aplicações jurisprudenciais. É um discurso normativo, ideal-típico, uma vez que está dizendo como a realidade deve ser e não como a realidade é. É saber que não se debruça sobre a realidade empírica, com a finalidade de explicá-la ou compreendê-la, como faz o saber científico. Antes, tem a finalidade de interpretar a lei, recomendando a melhor forma de aplicação. A doutrina e a legislação estão dirigidas ao mundo do dever-ser: o mundo empírico está num outro plano e não lhes interessa. Na produção de doutrina jurídica, a observação empírica está descartada. Por ser um saber normativo e existir com a finalidade de dizer como a realidade deve ser, não tem base empírica e é comum que os juristas concluam, diante da realidade distinta da norma, que a realidade está errada, pois ela não deveria ser assim. Um conflito juridicamente traduzido sofre uma espécie de pasteurização e é adaptado à linguagem jurídica de tal maneira que o campo jurídico possa decodificá-lo e aplicar a ele as regras jurídicas pertinentes. Evidentemente, as regras jurídicas, como quaisquer regras definidas socialmente, dizem respeito a um determinado tempo e a um determinado lugar. No entanto, o campo jurídico tende a tomar as regras jurídicas vigentes num determinado momento histórico e numa determinada época como regras universais (no sentido cósmico), absolutas e atemporais.

Ora, se os Ministros do Supremo Tribunal Federal são integrantes do mundo jurídico brasileiro, não haverá como se entender as decisões, os elementos nelas articulados e pensados, o que está sendo discutido e suas nuances, sem se entender o que a doutrina fala sobre o assunto, tendo em vista ser o arcabouço doutrinário o fundo comum de formação do pensamento jurídico brasileiro, ainda que este pensamento seja marcado por opiniões antagônicas e muitas vezes paradoxais, uma vez que o nosso sistema jurídico-processual não leva à formação de consenso. Daí a hipertrofia do papel da interpretação da lei na

sensibilidade jurídica⁴ brasileira: temos um sistema que valoriza pouco o que está escrito na lei. A interpretação literal é vista pelos juristas brasileiros como simplória e pouco sofisticada. Neste ponto vale lembrar a afirmação de Geertz (1998, p. 249-356):

[...] o saber jurídico, em qualquer lugar do mundo, e em qualquer época, é apenas parte de uma forma específica de imaginar a realidade. Essas formas têm de ser confrontadas para que se obtenha consciência ampla de outras maneiras de sensibilidade jurídica, buscando-se a relativização de suas manifestações.

Por isso, neste trabalho, gostaríamos de pôr em descrição as representações e categorias discursivas articuladas pela doutrina constitucional brasileira que permitem perceber como o campo jurídico brasileiro e os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal buscam legitimar o exercício da jurisdição constitucional no Brasil.

2. A EXPOSIÇÃO CONCEITUAL DA PERSPECTIVA TEÓRICA E DA ANÁLISE SEMIOLINGUÍSTICA DO DISCURSO POLÍTICO

A opção pela teoria defendida por Patrick Charaudeau nos serve para que possamos pensar e problematizar o nosso objeto, que possui um desenho essencialmente político e compreender em que bases ou lugares significativos se organizam qualquer discurso de natureza política. Entendendo-se, para fins desse projeto, como natureza política, discursos que objetivam construir uma adesão legítima de um auditório, com fins de levar este público a apoiar, reconhecer e reproduzir estruturas de poder estabelecidas, nesse caso pela cultura jurídica brasileira de construção das representações e das justificações do campo jurídico brasileiro no atuar da jurisdição constitucional pelo STF.

O discurso é um ato/fato de palavra e o termo discurso contém em si a idéia de movimento que pressupõe a mediação entre a linguagem, o homem e as práticas naturais e culturais que fazem parte de uma determinada sociedade. Ou seja, todo discurso significa uma ação.

A Análise do Discurso é uma disciplina que nasce da convergência das correntes linguísticas e os estudos sobre a retórica greco-romana. A definição de Análise do Discurso chama as noções da Linguística textual na qual os elementos da frase podem ser relacionados a múltiplos sentidos linguísticos, extra-linguísticos e sociais. A Análise do Discurso constitui-se das seguintes correntes: a etnografia da comunicação, a escola francesa, o pragmatismo, a

⁴ Sensibilidade jurídica é um conceito construído por Geertz para designar a noção de justiça em uma cultura. Assim, segundo o autor, toda e qualquer cultura tem uma sensibilidade jurídica que pode ou não se aproximar da nossa, que não é única nem absoluta. Sensibilidade jurídica é o complexo de operações utilizado por uma sociedade para relacionar princípios abstratos desse direito (GEERTZ, 1998, p. 249).

teoria da enunciação, a linguística textual, a nova retórica, a história das idéias de Foucault (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2004, p. 43-46).

A Análise do Discurso apresenta dois grandes filões: o primeiro é daquelas tendências de análises mais amplas, que segundo Patrick Charaudeau são caracterizadas pelo estudo do mosaico que o termo suscita. CHARAUDEAU (2006, p. 43) afirma que o “sentido amplo é apreendido quando esta disciplina tem como equivalente o estudo do discurso”.

O segundo filão apresenta os sentidos restritivos da Análise do Discurso que nasceu com o intento de ter uma autonomia científica própria e de estudar o discurso como o centro de todas as suas possibilidades de manifestações, distinguindo-o, assim, de todas as outras ciências que estudam os fenômenos sociais, históricos, políticos, filosóficos etc.

CHARAUDEAU (2006) nos informa que as tendências da Análise do Discurso no mundo são expressadas da seguinte maneira: a análise do discurso como estudo do discurso – é uma análise real da linguagem em um uso contextual e expressivo dos agentes comunicativos. Nesta situação, podemos inserir diversas correntes: a análise da comunicação, a sociolinguística e a etnografia da comunicação; a análise do discurso como estudo da conversação – é uma análise, ou melhor, uma corrente de estudo anglo-americana que analisa o discurso em bases da atividade de interação; a análise do discurso como visão do mesmo discurso – é segundo Maingueneau uma análise que não tem por objeto nem a organização textual nem também a situação de comunicação, mas deve pensar o dispositivo da enunciação que associa organização textual e um lugar social determinado.

O nosso texto adota como pressupostos teóricos aqueles da Escola Francesa de Análise do Discurso, que permite designar a corrente da análise do discurso dominante na França nos anos 60 e 70, fruto das pesquisas do discurso político conduzido por linguistas e historiadores com uma metodologia que associava a linguística estrutural a uma ‘teoria da ideologia’, simultaneamente inspirada na releitura da obra de Marx pelo filósofo Althusser e na psicanálise de Lacan. E se propõe a estudar particularmente as relações entre a força persuasiva das palavras e os seus usos na constituição da legitimidade do discurso político.

A análise do Discurso consiste no fato de que os discursos tornam-se possíveis tanto na emergência de uma racionalidade política quanto na regulação dos fatos políticos.

Neste sentido, podemos elencar três lugares em que se realizam a produção dos sentidos do discurso. Assim, o objeto de desenvolvimento de nossa pesquisa se baseia sobre estes três lugares de representação de sentidos trabalhados acima: a doutrina política, a retórica e os elementos de legitimação.

É importante, ainda, para a compreensão dos símbolos culturais viabilizadas pela retórica das decisões judiciais em seus discursos, e vislumbrarmos suas estratégias políticas, desenvolvermos os conceitos de gêneros situacionais e visadas discursivas propostos por Patrick Charaudeau.

Todo discurso político pressupõe uma prática de linguagem, impondo-se mencionar que o discurso político é polifônico (pois resulta do somatório das vozes e discursos de diversos atores), sendo possível dele se extrair diversas cadeias de discursos, e, contemporaneamente, faz surgir um novo discurso, pelo que também se apreende a faticidade dos conflitos sociais. Nesse sentido, nos chama a atenção a ideologia que permeia esse discurso, revelando-se na representação social que o ator político faz das normas que deve aplicar e do conflito que lhe é submetido.

Entre os diversos estudiosos do tema, Patrick Charaudeau é o que melhor se adéqua a explicitar a ideologia, termo que nesse caso deve ser entendido como “um sistema global de interpretação do mundo social” (ARON, 1968, p. 375), concretizada nos discursos dos juízes.

A metodologia proposta por Charaudeau situa-se na moldura da chamada Teoria Semiolinguística do discurso, pois se alinha a uma tradição de estudo dos gêneros deliberativos e da persuasão codificados pela retórica aristotélica. Parte-se de uma problemática da organização geral dos discursos, fundamentando-se em um projeto de influência do EU sobre o TU em uma situação dada, que para o presente projeto seriam os discursos dos operadores do Direito voltados ao projeto de construção dos precedentes com força vinculativa. E para qual existe um contrato de comunicação implícito de interação social.

Para Charaudeau contrato de comunicação é:

um conceito central, definindo-o como o conjunto das condições nas quais se realiza qualquer ato de comunicação (qualquer que seja a sua forma, oral ou escrita, monolocutiva ou interlocutiva). É o que permite aos parceiros de uma troca linguageira reconhecerem um ao outro com os traços identitários que os definem como sujeitos desse ato (identidade), reconhecerem o objetivo do ato que os sobredetermina (finalidade), entenderem-se sobre o que constitui o objeto temático da troca (propósito) e considerarem a relevância das coerções materiais que determinam esse ato (circunstâncias). (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2004, p. 132).

Os contratos de comunicação, ou as condições presentes para que pudesse haver a interação entre os agentes do campo jurídico e a sociedade seriam por exemplo: a necessidade de redução de julgamentos, a afirmação de autoridade dos Tribunais, uma lógica de

importação de institutos jurídicos estrangeiros como ‘soluções mágicas’ para solução de problemas locais etc.

Ainda na perspectiva dos estudos de Charaudeau, convém esclarecer que o teórico associa os seguintes fatores: a análise da situação, que aborda os gêneros do discurso associados às práticas sociais, consideradas na estrutura das forças simbólicas (*habitus*) estabelecidas e reproduzidas no campo de poder no qual se situa o estatuto de cada autor. O discurso performatizado, onde o discurso e o estatuto do autor são reproduzidos consciente e/ou inconscientemente pelo locutor na enunciação do que é dito. A semiolinguística, na qual observamos se o texto produzido é resultado de processos em que os sujeitos comunicantes se relacionam em ação de influência sobre o TU perpassando diversas finalidades e situações comunicativas⁵.

Assim Patrick Charaudeau explicita a sua proposta:

O sujeito, ser individual, mas também social necessita de referências para se inscrever no mundo dos signos e significar suas intenções. Logo, apóia-se numa memória discursiva, numa memória das situações, que vão normatizar o comportamento das trocas linguageiras, de modo que se entendam e obedeçam aos “enjeux” (expectativas) discursivos, que persistem na sociedade e estão a guiar os comportamentos sociais, de acordo com contratos estabelecidos. Ex. Um discurso político pode se realizar como um debate, um comício, uma entrevista, um texto escrito, um papo amigável do candidato, com direito a tapinhas nas costas etc. Cada realização vai exigir uma forma diferente que está de acordo com a situação. (CHARAUDEAU, 1992, p. 47)

Essa influência do EU sobre o TU, denominado princípio de influência, caracteriza-se como um ato de linguagem da relação que o EU (locutor) objetiva ou visa no TU (receptor) como um efeito, pedido, ordem ou, na perspectiva de nosso objeto, da imposição de uma decisão de autoridade.

O mecanismo aqui descrito denomina-se de visadas, ou seja, finalidades concretizadas no discurso a partir do princípio da autoridade do EU. São elas: a) visada prescrição – EU mandar e o TU deve fazer; b) visada solicitação – EU solicitar e o TU deve atender; c) visada instrução – EU fazer saber fazer e o TU querer saber; d) visada demonstração – EU fazer saber com provas e o TU aceitar prova e fazer.

Enfim, para Charaudeau a situação comunicacional (que se dá pela enunciação) atrela-se ao fenômeno da organização das categorias da língua, ordenando-as através dos

⁵ Para depreender o panorama acerca dos diversos sentidos dados a expressão situação comunicacional Cf. Charaudeau e Maingueneau (2004, p. 450). Patrick Charaudeau a associa a questões extralinguísticas, separando-a de contexto intralinguístico. Entretanto, para o presente trabalho não será feita esta cisão, pois os dois são sempre necessários às significações das frases. Sendo assim, contexto e situação comunicacional, aqui, serão expressões sinônimas.

modos de organização descritiva, narrativa e argumentativa do texto, de maneira a expressar as posições do EU (locutor), princípio da influência, nas relações de posição de fala com o interlocutor (TU). Desta forma, teríamos três funções, ou comportamentos dos atores falantes na encenação discursiva, do modo enunciativo: alocutivo (relação de influência), elocutivo (revelação do ponto de vista do TU) e delocutivo (retomada da fala de um terceiro).

3. FUNDAMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ARTICULADOS PELA DOUTRINA BRASILEIRA: O QUE A DOUTRINA DIZ

A doutrina⁶ brasileira sobre a legitimação da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal a apresenta enfatizando dois elementos: 1) Organização os discursos de legitimação da jurisdição constitucional em dois pilares; e 2) Uso de autores estrangeiros⁷. Quanto dos pilares estabelecidos na sistematização, temos: a) argumentos de caráter normativo e, b) argumentos de caráter filosófico (BARROSO, 2009, p. 339).

3.1. Argumentos de Caráter Normativo

De maneira geral, essas espécies de argumentos de justificação à legitimidade democrática da jurisdição constitucional extraem o seu fundamento do próprio texto da Constituição, seja considerando este como norma jurídica, seja tendo este como fruto da vontade do poder constituinte.

3.1.1. Previsão Constitucional

O poder constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade.

Esse poder decorre da soberania popular (MORAES, 2013, p. 24) exercida através de seus representantes. No Brasil, esse poder foi exteriorizado em Assembléia Nacional Constituinte que deu origem a Constituição Federal de 1988.

A Carta de 1988 deixou claro no art. 1, parágrafo único que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁶ Como exemplo de doutrinadores podemos citar: Barroso (2009), Binenbojm (2010) e Sampaio (2002).

⁷ Para comprovar tal uso optamos por citar esses autores estrangeiros via apud da citação da doutrina brasileira.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que compete ao Supremo Tribunal Federal o exercício da Jurisdição Constitucional⁸, mediante a qual, efetua em abstrato a compatibilidade de normas jurídicas com o texto da Carta Maior.

Destarte, se a Constituição é fruto do poder constituinte originário e atribuiu ao Supremo o exercício da Jurisdição Constitucional, quando este dá a última palavra em matéria constitucional está em verdade, obedecendo à vontade do poder constituinte, fazendo prevalecer essa vontade sobre as maiorias eventuais.

Para essa justificativa, a atividade da Corte Constitucional é eminentemente de subsunção, não havendo discricionariedade por parte da Corte, sob pena de exceder os limites outorgados pela Constituição e com isso gerar ofensa aos anseios do povo.

A justificativa normativa fica relativizada quando se analisa dentro de uma posição positivista normativista (STRECK, 2010, p. 24), o ato de interpretação não como um ato de subsunção, mas como um ato de vontade, em que atua a discricção judicial (BARROSO, 2009, p. 56).

Por esse aspecto, a jurisdição constitucional não sofre qualquer censura pelo princípio da separação de poderes, já que é a própria Constituição, como norma jurídica superior, quem institui o Estado e organiza o sistema de freios e contrapesos, conferindo aos juízes constitucionais competência para anular ou deixar de aplicar, conforme o caso, as leis inconstitucionais (BINENBOJM, 2010, p. 60).

Aspecto relevante se circunscreve ao fato de que, apesar de o citado artigo 102 da Constituição Federal estabelecer competir ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, não excluiu a defesa desta pelos demais poderes (BARROSO, 2009, p. 56).

Portanto a legitimidade da jurisdição constitucional estaria prevista em sua instituição pelo poder constituinte.

3.1.2. A Constituição como Norma Jurídica

Hans Kelsen (2002, p. 103) estabeleceu em sua obra a existência de um sistema escalonado de normas jurídicas no qual a norma jurídica superior por ser pressuposta condiciona a elaboração da norma jurídica inferior.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2013. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: 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; [...] §1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Assim, para que as normas jurídicas sejam consideradas válidas e devam ser cumpridas, tem que ser elaboradas de acordo com a norma jurídica fundamental, a qual é o seu parâmetro de validade.

Para o autor, as normas jurídicas não são tidas como um todo fechado, existindo uma indeterminação de seu conteúdo, a qual pode decorrer intencionalmente do órgão que a originou ou de uma circunstância não intencional, como o caso das expressões normativas que apresentam várias significações possíveis (KELSEN, 2002, p. 114-115).

A análise dessa indeterminação intencional ou não intencional fica a cargo do interprete que tem diante de si uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo o ato é conforme a norma, desde que esteja dentro da moldura (KELSEN, 2002, p. 116).

A teoria exposta permite a compreensão de que, assim como o legislador, o juiz também cria o direito (BINENBOJM, 2010, p. 66), uma vez que atuam em atividade de complementação, ou seja, o legislador cria a moldura e o interprete fixa o seu conteúdo, não se resumindo a atividade do interprete a mera aplicação da vontade preexistente do legislador.

A decisão judicial para Hans Kelsen (2002, p. 119) seria um ato de vontade, que tem como balizas a moldura estabelecida pelo legislador.

Para o autor austríaco, a maneira mais eficaz de proteger a normatividade da Constituição seria mediante criação de Cortes Constitucionais, tendo em vista que o Parlamento e o Governo tenderiam sempre a interpretá-la de forma parcial e de acordo com os seus interesses (BINENBOJM, 2010, p. 68).

Ocorre que, as Cortes Constitucionais não interpretam apenas o texto da Constituição, mas em verdade, o reescrevem, havendo uma larga margem de participação criativa do intérprete.

Assim, atuaria Corte Constitucional como legislador negativo, retirando do mundo jurídico a lei impugnada de vício de inconstitucionalidade (BINENBOJM, 2010, p. 69).

A justificação da atuação das Cortes Constitucionais está na própria Constituição como norma suprema, colocada na hierarquia das normas como um conjunto de preceitos institucionais que servem de base para a organização do Estado.

A Supremacia da Constituição exige um órgão para manter a integridade do ordenamento jurídico e evitar que normas transgridam os princípios fundamentais da Constituição.

Logo, o próprio poder constituinte elevou a Corte Constitucional como guardião da normatividade da Constituição, a fim manter a perfeita harmonia entre os poderes constituídos.

3.2. Argumentos de Caráter Filosófico

Além da justificação normativa, a filosofia apresenta argumentos mais sofisticados, elencando a jurisdição constitucional como órgão de proteção dos direitos fundamentais, e também, como instrumento de proteção do procedimento democrático.

Também elabora a justificação da legitimidade da jurisdição constitucional mediante os argumentos expostos por esta no seu decidir; na imparcialidade no magistrado no exercício de suas atividades; como meio de manutenção do *status quo*; em virtude do entrelaçamento da vontade Jurisdicional com a vontade da maioria parlamentar; como instrumento de reexame das razões do legislador; decorrente da práxis política; e, forma de reequilibrar os poderes constitucionais no *welfare state*.

3.2.1 Jurisdição Constitucional como Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são tidos como índice de legitimidade do sistema constitucional, embora haja certa imprecisão de seu conceito ou a manifestação de sua fundamentalidade (SAMPAIO, 2002, p. 79).

Ronald Dworkin (1996 apud SAMPAIO, 2010, p. 85) expõe que para a superação do voluntarismo hermenêutico, que é uma característica do normativismo, é necessário entender o direito como um sistema íntegro de regras e princípios.

Com isso, o sistema jurídico seria apto a abarcar toda a variedade da complexa vida em sociedade, permitindo ao magistrado que possa decidir com argumentos racionais e controláveis, rompendo com a idéia normativista de que a decisão judicial é um ato de vontade.

A ideia de dignidade da pessoa humana eleva-se a condição de princípio jurídico, do qual decorrem os direitos fundamentais do homem, os quais não podem ser relativizados em favor de projetos coletivos de bem comum.

Para Dworkin existe uma contraposição entre os argumentos de princípio e os argumentos de política (*policy*). Considera *policies* como metas ou diretrizes a serem alcançadas pelo governo para a melhoria de aspectos econômicos e sociais da sociedade. De outro lado, os princípios devem ser observados não porque irão gerar um benefício para a

comunidade, mas porque constituem uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

As questões de princípio tornam-se matérias insensíveis a escolha ou preferências da população, sendo imperativos morais, reconhecidos como direitos fundamentais das pessoas.

Esses direitos não podem ser afrontados pela legislação infraconstitucional e pelas decisões judiciais, que com eles devem se compatibilizar, sendo verdadeiro instrumento de fortalecimento da democracia (BINENBOJM, 2010, p. 92).

Assim, a jurisdição constitucional seria o fórum de princípio por excelência, porque os juízes constitucionais são os mais qualificados para resolver as questões de princípio, ao passo que o Parlamento, devido a sua legitimação popular, seria o mais apto a escolher políticas públicas.

John Rawls (2011, p. 268) também considera a proteção dos direitos fundamentais como fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Em sua obra *Liberalismo Político* divide os elementos constitucionais essenciais em dois tipos:

- (I) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as competências do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria;
- (II) os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de Direito.

Os direitos fundamentais têm caráter inalienável e só podem ser limitados ou negados quando em conflito com outras liberdades fundamentais e nunca por razões de bem estar geral ou de valores perfeccionistas.

Esses direitos têm como fundamento o valor liberdade, entendido como autodeterminação do indivíduo, estando imune a qualquer constrição do Estado.

Com isso, os direitos fundamentais passam a ter um valor transcendente, os quais não podem ser objeto de deliberações de maiorias políticas eventuais que procurem restringi-los. Esses direitos estabelecidos na Constituição estão situados acima de qualquer disputa política baseada no princípio majoritário.

O Tribunal Constitucional aplica a razão pública⁹ para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a

⁹ A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objeto da razão dos cidadãos é o bem do público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos e fins a serviço dos quais tal estrutura deve se colocar. (RAWLS, 2011, p. 250)

interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para fazer valer seus pontos de vista (RAWLS, 2011, p. 276).

O papel da jurisdição constitucional, portanto, não é antidemocrático, uma vez que a sua autoridade está conferida pela vontade popular superior, insculpida nos princípios Constitucionais.

O Poder Judiciário quando analisa um caso e profere uma decisão está expondo a vontade do povo manifestada na Constituição, atuando nessas hipóteses como um instrumento de expressão da vontade popular (BINENBOJM, 2010, p. 81).

Discute-se sobre o conceito de direitos fundamentais, que para alguns, não pode ser extraído de brilhantes reflexões de um filósofo ou de um juiz, ou por serem considerados como “cartas de trunfo”, asseguradas pelo Poder Judiciário contra decisões legislativas da maioria.

Os direitos fundamentais não seriam tidos como valores supremos, mas como técnicas instrumentais de abertura do sistema constitucional ao tempo e aos valores pluralistas segundo a idéia de Peter Häberle (1978 apud SAMPAIO, 2002, p. 81).

De outro lado, há quem recuse a necessária ligação entre proteção dos direitos e Poder Judiciário.

Theodore Becker (1970 apud SAMPAIO, 2002, p. 82) cita exemplos da Inglaterra e da Suíça como países em que a cultura torna prescindível o controle judicial, sem deixar de assegurar aos cidadãos sua importante quota de liberdade individual.

3.2.2 Jurisdição Constitucional como Instrumento de Defesa do Procedimento Democrático

A justificação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional alçando-a como reforço a democracia, por proteger o procedimento democrático, parte de uma crítica a justificativa na qual a jurisdição constitucional é meio de proteção dos direitos fundamentais.

John Hart Ely (1995 apud BINENBOJM, 2010, p. 98-99) analisando o papel da jurisdição constitucional verifica duas possíveis formas de atuação: a primeira em que a jurisdição constitucional se restringe a expor o que os criadores da constituição decidiram como correto no momento de sua elaboração; ou, a jurisdição constitucional se transforma na soberania máxima da nação, podendo esclarecer a vontade constitucional.

Partindo para a crítica, entende que na primeira possibilidade, o intérprete fica aprisionado a vontade do constituinte no momento da elaboração da constituição, sem permitir que a Constituição seja relida de geração em geração.

De outro lado, a segunda possibilidade, sustenta que as decisões morais fundamentais numa sociedade democrática devem ser tomadas pelo parlamento, como legítimos representantes do povo, não sendo adequado que tais decisões sejam entregues a magistrados que decidiriam de acordo com supostas concepções morais universais ou pretensamente aceitas como um consenso na sociedade.

Com sua crítica, pretende uma terceira concepção, na qual a jurisdição constitucional não caberia apenas expor a vontade do constituinte e ainda, apresentar as decisões morais fundamentais da sociedade. Acredita que a função primordial da jurisdição constitucional é a de preservar o regime democrático, garantindo a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza (BINENBJOM, 2010, p. 101).

Assim, a jurisdição constitucional atua com a finalidade de proteger a constituição, a qual, com a sua natureza procedimental se destina a viabilizar que cada geração se autogoverne, consoante as decisões da maioria, não contendo, portanto, um quadro de valores a ser descoberto pelo Poder Judiciário.

Deve a jurisdição constitucional se preocupar com a proteção das liberdades, preservando abertos os canais de participação política, tais como liberdades de expressão, de consciência, de associação e o voto universal, secreto, igualitário e periódico (BINENBJOM, 2010, p. 103).

Além disso, também cabe a jurisdição constitucional proteger as minorias de atos de natureza discriminatória, garantindo a higidez do sistema representativo.

Portanto, para Ely (1980 apud SAMPAIO, 2002, p. 75) a identificação de grupos sociais total ou parcialmente excluídos deve ser buscada sempre por trás da legislação e das medidas administrativas como forma de afastar os atos da maioria que tendam a discriminá-los ou impedi-los de ativamente participar do processo político, sendo esta tarefa, uma forma de complementação do exercício da limpeza dos canais de mudança políticos.

Outro autor que tratou a justificativa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático foi o alemão Jünger Habermas.

Habermas (2010, p. 345) a formação da vontade democrática tira a sua força legitimadora de pressupostos comunicativos e procedimentais, os quais permitem que, durante o procedimento democrático, surjam os melhores argumentos.

O autor analisa três discursos existentes acerca do questionamento da legitimidade democrática da Corte Constitucional.

O primeiro deles se relaciona com a interpretação literal do esquema de divisão dos poderes, em que ocorre uma ampliação das funções da justiça, acarretando para o Tribunal constitucional uma forma de legislação concorrente, o que é perigoso do ponto de vista normativo, sendo justificado pela passagem histórica do Estado Liberal de Direito para o Estado Intervencionista e do Bem Estar Social.

Assim, no Estado Liberal, em que há primazia do parlamento, como forma de repulsa ao absolutismo monárquico, o limite de atuação do Poder Judiciário está na concreção do direito pré-existente. O parlamento elabora o direito previamente e quando ocorrem os conflitos sociais o Poder Judiciário aplica o direito que já fora previamente escrito pelo parlamento.

De outro lado, quando se passa ao Estado Social, tem-se uma atividade maior do Poder Judiciário não só de aplicar o direito previamente elaborado pelo parlamento, mas também, no desenvolvimento desse direito mediante argumentação principiológica, acarretando uma ampliação do espaço de decisão judicial.

Essa ampliação de espaço de decisão eleva a atividade do Poder Judiciário a uma postura diferenciada em relação a tal poder diante do Estado Liberal, ao passo em que não mais se restringirá na aplicação do direito pré-existente, mas atuará de forma concomitante com o Poder Legislativo na criação do direito.

O problema relacionado com tal argumentação é a possível afronta ao dogma da separação dos poderes, eis que estariam atuando em forma colidente o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, sendo que somente o segundo tem a competência constitucional, lastreada em legitimidade popular, para elaborar a norma cogente.

O segundo é ancorado na Jurisprudência dos Valores do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que em autocompreensão metodológica, equipara a orientação por princípios com a comparação entre bens.

A Jurisprudência dos Valores do Tribunal Constitucional Federal Alemão entende que a Lei Fundamental não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma ordem concreta de valores (HABERMAS, 2010, p. 315).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão incide no equívoco de adaptar princípios do direito a valores.

As normas e valores são diferentes. Enquanto as primeiras são deontológicas, os valores são teleológicos. Enquanto as normas válidas obrigam seus destinatários, os valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas por dada sociedade.

Assim, entender que a Constituição é uma ordem concreta de valores está desconhecendo o seu caráter jurídico específico, eis que os direitos fundamentais enquanto regras morais têm o padrão de obrigatoriedade (norma) e não de valor (o qual se adaptaria aquele que é mais atraente).

Com esse posicionamento o Tribunal Constitucional Federal Alemão ao concretizar as normas, na idéia de realizar valores materiais, acaba por se colocar no campo da legislação concorrente com o Poder Legislativo, incidindo nesse ponto, na crítica atinente a legitimidade democrática de suas decisões, ante o princípio da divisão dos poderes.

Os fatores legitimantes do Tribunal Constitucional Federal Alemão encontram-se no dever de proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. Assim, tais direitos, tidos como fundamentais, não apenas sob o aspecto liberal de oposição contra as atividades estatais, mas também positivos, dentro de um Estado Social, permitem que o Tribunal Constitucional possa examinar os conteúdos das normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos de comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático (HABERMAS, 2010, p. 326).

O terceiro, ocorrente especialmente nos Estados Unidos, tem em foco o papel do Tribunal Constitucional em proteger o procedimento democrático da legislação.

Nos Estados Unidos a questão atinente a legitimidade democrática do Poder Judiciário está mais atinente a política do que a metodologia do direito. Com isso, a celeuma entre a divisão dos trabalhos entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo está vinculada ao processo legislativo e a racionalidade que a Constituição atribui a esse processo.

Nessa linha, há argumentos no sentido de que a Corte Constitucional ao retirar a validade de uma norma jurídica impugnada retiraria a sua força no direito de autodeterminação dos povos, tendo apelo à soberania popular.

Dentro de um atuar comunicativo social, as controvérsias de opiniões, desenvolvidas na arena política, possuem força legitimadora, não somente no sentido de se apropriar de posições de poder, mas também para o tipo de exercício do poder político.

Portanto, o Tribunal Constitucional precisa se utilizar dos meios disponíveis para, no âmbito de sua competência, o processo de normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade.

Nesse sentido, Eduardo García de Enterría (1989 apud BINENBJOM, 2010, p. 117) informa que a fonte última de legitimação da justiça constitucional se encontra no plebiscito diário a que estão sujeitas suas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, de forma a que sejam aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos.

3.2.3 Imparcialidade do Juiz como fator legitimante

A legitimidade da jurisdição constitucional também é justificada sob o fundamento de que os juízes são indivíduos que se encontram distanciados das causas políticas e da disputa de opiniões, de tendências, o que lhes proporcionam a imparcialidade necessária para defesa impessoal das normas constitucionais. Esse era o pensamento de James Madison e Alexander Hamilton, os quais, nos célebres textos condensados no livro *O Federalista*, expuseram seus entendimentos.

Madison no *Texto Federalista* nº. 49 estabelece que nos Estados Republicanos há uma tendência de fortalecimento do Poder Legislativo. A partir dessa afirmação, analisa os poderes executivo e judiciário em suas características a fim de delinear o que o indivíduo pode encontrar quando necessitar de algum deles.

No que se refere ao Poder Judiciário estabelece que, em virtude de sua forma de nomeação e permanência nos cargos, estão muito distantes do povo para compartilhar as suas simpatias (MADISON, 1788).

Nesse diapasão, não caberia nem a maioria, nem a minoria a missão de definir o espaço de liberdade uma da outra, restado recurso a Suprema Corte a quem caberia desenvolver uma teoria de arbitragem, constitucionalmente fundada (SAMPAIO, 2002, p. 82).

Alexander Hamilton no *Texto Federalista* nº. 78 analisou a necessidade de se manter o Poder Judiciário na Constituição, alegando que, entre os três poderes o Judiciário é o que pode causar menos danos, uma vez que, enquanto o Poder Executivo tem a espada, o Poder Legislativo elabora os comandos para a sociedade. Conclui por afirmar ser o Poder Judiciário o mais fraco dos três poderes (HAMILTON, 1788).

Para o autor não há que se falar da existência de liberdade em uma sociedade em que o Poder Judiciário não se encontra separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, afirma a necessidade de independência do Poder Judiciário para manutenção das limitações constitucionalmente estabelecidas, declarando nulos os atos legislativos contrários a constituição.

O Poder Judiciário foi constituído como um órgão intermediário entre o Poder Legislativo e o povo, a fim de, manter este Poder dentro dos limites estabelecidos na Constituição.

Assim, compete ao Poder Judiciário a interpretação da Constituição e a manifestação de seu significado. Tal circunstância não torna o Poder Judiciário superior ao Poder Legislativo, mas reforça a vontade do povo é superior aos dois.

Para o exercício deste árduo dever é essencial a independência do magistrado. Essa independência vai se perfazer necessária para proteger a Constituição e os direitos dos indivíduos contra efeitos nocivos de humores ocasionais da sociedade.

Logo, para os autores supramencionados, a situação de independência no atuar do magistrado é essencial para dar legitimidade no seu atuar de guardião da Constituição e dos Direitos Fundamentais, uma vez que não está inserido no jogo político típico dos Poderes Executivo e Legislativo.

Deve ser ressaltado que alguns doutrinadores duvidam desta posição de maior privilégio e capacitação dos juízes, afirmando até mesmo o despreparo judicial para questões técnicas, cuja complexidade exija conhecimentos para além do direito, exigindo assim, a presença de especialistas e de informações que apenas o legislador ou o integrante do executivo podem possuir (SAMPAIO, 2002, p. 89).

Inclusive, questionam a capacitação moral dos juízes para aplicar decisões, as quais podem ser impregnadas de preconceito, sentimento e raiva. Além disso, a independência do juiz pode servir para esconder sob a idéia de manifestação dos valores fundamentais da sociedade, a imposição ou tradução de valores de uma determinada classe social.

3.2.4 Argumentação como fator legitimante

A jurisdição constitucional apresenta a sua fonte de legitimidade na argumentação exercida pelo magistrado durante a sua decisão. Aqui, ocorre uma hipótese de legitimidade pelo resultado, atuando a decisão judicial com força de solidificação do pacto social, tendo efeito simbólico ou de integração (SAMPAIO, 2002, p. 91).

Essa espécie de justificação pelo resultado é constituída de duas teorias, uma forte e uma fraca, conforme a compreensão dispensada à palavra consenso.

A teoria fraca se conforma com dados estatísticos que indiquem uma aceitação social do resultado da Corte, sendo resumida a um escrutínio que revele a vontade concreta da comunidade ou a coincidência entre os valores assegurados pela decisão e aqueles que, de fato, sejam considerados como relevantes para uma dada sociedade em determinado marco temporal.

De outro lado, a teoria forte não aceita apenas a quantificação do resultado. Essa teoria busca a formação de um consenso amplo, sobre os pontos discutidos, que envolvam o processo decisório socialmente orientado e um dispositivo discursivamente fundamentado, os quais passam por uma dupla exigência de argumentação: internamente, de coerência

discursiva, guardando compatibilidade com o direito vigente, reforçando a certeza do direito; externamente, de modo a se apresentar racionalmente apta a ser aceita pelo corpo social.

Assim, a decisão judicial deve estar em consonância com a opinião pública, a fim de que seus argumentos sejam tidos como aptos e aceitos pelo corpo social, o qual é a verdadeira fonte de legitimidade social.

Nessa linha de pensamento os Tribunais Constitucionais vem abrindo o procedimento para o debate público de questões relevantes, como é o caso dos *amicus curiae*, assim como, as audiências públicas.

Portanto, os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à possibilidade de participação no processo constitucional, devendo ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto interpretes em sentido amplo da Constituição (HÄBERLE, 2002, p. 49)

Isso porque, o povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 37).

Apresentando uma posição interessante, Barry Friedman (2005, p. 7) esclarece que a dificuldade contramajoritária pode ser superada quando a Corte Constitucional apresenta uma decisão que se consubstancia nos valores constitucionais que alcançaram apoio popular ao longo da história. E continua acrescentando que, a circunstância de a decisão ter imediata aceitação popular é uma das formas do Constitucionalismo Popular Mediado. Pode ser que esta decisão não encontre aceitação imediata, mas que uma reflexão leve a sua aceitabilidade, já que a reflexão de questões relevantes pode requerer tempo.

Tal posicionamento foi questionado por Roberto Gargarella (2005, p. 165) em vários pontos, no que tange a dificuldade contramajoritária. Segundo o autor não é necessário o apego ao constitucionalismo popular mediado, mas torna-se necessária apenas uma releitura pelo Poder Judiciário no momento da interpretação constitucional. Assim, quando decide deve ater-se a vontade consistente e deliberada do povo e não de uma maioria eventual. De outro lado, afirma a possibilidade de, em democracia participativa os juízes abrirem o processo para que a cidadania desse a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

Destarte, a Corte Constitucional deve se tornar mais aberta possível para recepção de idéias e posicionamentos, não só aqueles que correspondam à maioria, mas também os que

tragam as idéias e anseios da minoria, eis que todos que vivem direta ou indiretamente a Constituição são seus reais intérpretes (HÄBERLE, 2002, p. 15).

Na democracia deliberativa, o debate público é amplo, com circulação de idéias, informações e respeito aos direitos fundamentais, e, em decorrência disso, fomentadora de maior legitimidade para as decisões judiciais (BARROSO, 2009, p. 62).

No entanto, apesar dos autores supramencionados, que localizam a argumentação como fonte de legitimidade da jurisdição constitucional, quando encontra a aceitação popular, é importante expor que há duras críticas a esta linha de pensamento.

E a fundamentação para a crítica seria a idéia de que o modelo argumentativo é um recurso puramente retórico, como forma de ocultar a prevalência de um especialista judicante, alçado em um altar de moderador dos poderes constitucionais, com todas as idiosincrasias e valores pessoais sublimados em um discurso pretensamente legítimo (SAMPAIO, 2002, p. 94).

3.2.5 Manutenção dos status quo como fator legitimante

A jurisdição constitucional se justifica porque tem dado certo ou porque tem contribuído para aperfeiçoamento das instâncias sociais ou porque tem permitido, acima de brigas, das tendências ou dos conchavos políticos, uma atualização dos valores fundamentais da comunidade.

Assim, para Michel Perry (1994 apud SAMPAIO, 2002, p. 95) cumpriria uma dupla função, seja ajudando a comunidade política a manter fidelidade à tradição política indeterminada, ocasião em que atuaria como guardião das tradições e do conservadorismo; seja participando do desenvolvimento da tradição, ocasião em que revelaria o seu lado criativo e constitutivo.

Nesse sentido, a legitimidade da jurisdição constitucional encamparia aspectos puramente pragmáticos, com fundamento nos efeitos positivos produzidos por seu atuar na sociedade.

Os magistrados estão mais próximos das situações concretas do que os legisladores que vêem o caso sempre em abstrato. Por isso, a decisão judicial analisa a hipótese fática real, vivenciadas pelos homens de carne e osso, o que faz com que os juízes presenciem os problemas reais e agudos do cotidiano dos cidadãos e da sociedade.

Tal circunstância gera o desenvolvimento do direito pela atuação judicial, o que, no entanto é gradativa, experimental e lenta. O juiz tem a cada dia que se debruça sobre o processo, a possibilidade de rever, corrigir e melhorar o direito.

Destarte, a legitimidade da jurisdição constitucional é fruto do pragmatismo, o que de certo modo favorece a manutenção do *status quo*. Os juízes diuturnamente exercem o seu *munus* decidindo as questões que lhes são submetidas e, a sociedade não questiona as suas decisões, mas as aceita como legítimas e tem os seus efeitos como positivos.

Todavia, para Eduardo García de Enterría (1994 apud SAMPAIO, 2002, p. 96) a legitimidade do atuar do Poder Judiciário necessita ser confirmada cotidianamente, numa espécie de plebiscito diário. Nenhum outro órgão constitucional submete o acerto de seu atuar, dia a dia, ao crivo social, como o Poder Judiciário.

No entanto, não bastam os fatores pragmáticos para a justificação da legitimidade constitucional, exige-se sempre que as decisões judiciais sejam produzidas sob condições sociais racionais, segundo uma interpretação crítica do sistema cultural o qual leve em conta princípios de razão e moral (SAMPALIO, 2002, p. 98).

3.2.6 Entrelaçamento entre a Maioria Legislativa e a Composição ou Tendências do Tribunal da Jurisdição Constitucional como fator legitimante

Também é fonte de justificação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional a circunstância de suas decisões observarem a vontade da maioria parlamentar existente, ocorrendo uma reprodução jurisdicional da vontade majoritária.

No entanto, nem sempre a jurisdição constitucional decide de acordo com a vontade majoritária, o que pode levar a um certo desprestígio do tribunal e, em certas circunstâncias, à superação da jurisprudência do Tribunal por meio de Emenda a Constituição, ou, até mesmo, em caso de séria crise institucional, a reformulação (ou proposta de reformulação) do próprio Tribunal¹⁰.

¹⁰ No Brasil a crise institucional gerada entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário em virtude do julgamento da Ação Penal nº. 470 (“mensalão”) e a decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança nº 31816/DF, sobre a necessidade de que a apreciação do veto presidencial pelo Congresso no caso do Projeto Lei nº. 2565/2011 que gerou a Lei Federal nº. 12.734/2012 (que fixa novas regras sobre a distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos) observasse a ordem cronológica de entrada na casa legislativa, o que levaria a uma fila de quase 13 anos, fez a Casa Parlamentar “desenterrar” a Proposta de Emenda a Constituição nº. 33/2011, que tem como finalidade aumentar o quorum necessário para a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e ainda, a necessidade de submeter as decisões de inconstitucionalidade material no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade ao crivo do Congresso Nacional para que este delibere sobre a atribuição de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

As Emendas a Constituição nesses casos são tidas como uma forma de controle do controlador, conferindo ao Poder Legislativo a última palavra quando há conflitos constitucionais. Nesses casos, a jurisdição constitucional não está apta para a avaliação de seu aspecto intrínseco e político, mas, tão só, se há irregularidade durante o seu procedimento.

Nos Estados Unidos da América esse expediente tem sido utilizado com relativa frequência. Como exemplos, a Emenda XI visou limitar a jurisdição dos tribunais federais, a qual havia sido ampliada pela sentença proferida no caso *Chisholm v. Geórgia*; a Emenda XIV foi aprovada para impedir a prevalência da decisão tomada em *Dread Scott v. Sanfort*, em que se recusara cidadania e certos direitos civis aos americanos descendentes de africanos, escravos livres, mesmo que nascidos em território norte-americano (SAMPAIO, 2002, p. 71).

No Brasil também tivemos alguns exemplos: a Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, modificou a redação do inciso XI do art. 37, para explicitar que no limite máximo de remuneração dos servidores públicos estavam incluídas as vantagens pessoais, uma vez que o STF, sob a vigência da redação anterior, embora o dispositivo se referisse a remuneração “a qualquer título”, entendeu que na locução não se incluíam vantagens pessoais (RTJ, 130:475, 1989, ADI Nº 14, rel. Min. Célio Borja. V. sobre o tema o voto vencido do Min. Marco Aurélio, no RE Nº 141.788-9-CE, *DJU*, 18 jun. 1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence); a Emenda Constitucional nº. 29, de 13 de setembro de 2000, suprimiu a referência à função social da propriedade, no dispositivo que cuida da progressividade do IPTU (art. 156, § 1º, I), a vista da interpretação restritiva que o STF dera à cláusula (e.g., RTJ, 175:371); assim como, a Emenda Constitucional nº. 39, de 19 de dezembro de 2002 permitiu, expressamente, a cobrança de contribuição para o custeio de iluminação pública, a qual, anteriormente foi vedada pelo STF, o qual, até mesmo, em momento posterior, editou a Súmula nº. 670 (BARROSO, 2009, p. 54).

Deve ser ressaltado que a tese é somente parcialmente aceita, uma vez que, nem todos os países adotam o sistema de investidura vitalícia dos membros da Suprema Corte, assim como o poder de superação da jurisprudência da Corte Constitucional por meio de Emendas Constitucionais. Além disso, a identidade de orientações entre os juízes e aqueles que os nomearam é algo que fica apenas no campo das possibilidades. Como exemplo, *Warren*, político conservador ligado ao Partido Republicano, que após ser nomeado por *Eisenhower* para acentuar o conservadorismo na Suprema Corte Americana, quando esteve como *Chief Justice*, deu início a um período de grande ativismo judicial (SAMPAIO, 2002, p. 71-72).

3.2.7 Reexame das Razões do Legislador como fator legitimante

A legitimidade da jurisdição constitucional estaria na doutrina da metodologia ótima da legislação enquanto dever constitucional (SCHWERDTFEGGER, 1984, p. 173 apud SAMPAIO, 2002, p. 68), mediante a qual, o juiz constitucional não estaria adstrito apenas, quando da análise da inconstitucionalidade de uma lei, a verificar seus aspectos formais, mas também, deve verificar a gênese legislativa, ou seja, a Corte Constitucional deve procurar saber se o legislador tomou conhecimento dos dados empíricos disponíveis e levou a sério e a fundo a experiência social.

Essa análise mais aprofundada teria origem na vontade da Constituição, a fim de que a jurisdição constitucional efetuasse o controle da legislação e sua compatibilidade com o interesse público.

Assim, a Corte Constitucional poderia verificar o que deu origem a vontade legislativa, se foi tomada com base no interesse público ou se foi tomada com fundamento em interesses privados, o que daria ensejo a reconstrução pelo Poder Judiciário.

Em casos de afronta ao interesse público a Corte Constitucional poderia avaliar a proporcionalidade em sentido amplo da medida, a saber, se é adequada, necessária e proporcional.

No entanto, tal idéia sofre severas críticas, uma vez que o controle deve ser feito em relação a norma como produto do processo legislativo e não acerca da vontade e dos motivos que levaram o legislador a editá-la. Isso porque, tratando-se de um Poder eminentemente político, o atuar do Legislativo está deveras arraigado ao jogo democrático de maiorias eventuais que defendem os seus interesses.

Portanto, o controle exarado pela Corte Constitucional a atividade do Poder Legislativo deve ter um caráter objetivo e ser efetuado com base na análise formal e procedimental de seus ritos, sob pena de o juiz se sobrepor sobre o legislador e passar a tomar o seu lugar na estrutura Constitucional.

3.2.8 Falta de Legitimidade decorrente da Práxis Política

Dentro de uma democracia representativa, o povo legítimo titular do poder soberano, delega a cada período de tempo, aos parlamentares, seu poder de decidir as questões políticas atinentes ao Estado.

Ocorre que, por vezes, os representantes do povo em vez de exercerem o mandato na direção dos interesses gerais da coletividade, terminam por perseguir os seus próprios

interesses ou de grupos de apoio, de modo que, a vontade popular acaba por ser suplantada pela vontade de determinados grupos (SAMPAIO, 2002, p. 64).

Tais questões ficam evidenciadas durante o processo eleitoral, no qual há forte apoio da iniciativa privada às campanhas, buscando a conhecida política do “toma lá dá cá”, ou seja, apoiando as candidaturas para em caso de vitória eleitoral conseguir contratos de serviços juntos ao ente público¹¹.

Esses atores atuam durante o mandato eleitoral como grupos de pressão almejando moldar o mandato parlamentar de acordo com os seus interesses. Quando o parlamentar está comprometido com esses “apoiadores”, seu atuar deixa de seguir o interesse coletivo e passa a ser guiado pelo interesse individual.

Neste ponto estaria a legitimidade da Corte Constitucional em efetuar a aferição da lei criada pelo parlamento com a Constituição Federal. A Corte atuaria como instrumento de controle do Poder Legislativo, com a finalidade de desmascarar a transformação desses votos, em busca da obtenção da legítima vontade coletiva.

Assim, a atuação da jurisdição constitucional é necessária como uma forma de compensação a falta de racionalidade da práxis política, como forma de atenuar a distância existente entre o ideal político e a realidade constitucional, sendo tida como representante do povo ausente (ACKERMAN, 1984, p. 1013 apud SAMPAIO, 2002, p. 65).

A Constituição, portanto, é defendida pela Corte Constitucional das decisões legislativas tomadas por parlamentares descomprometidos com o ideal público, protegendo as decisões fundamentais do povo descritas naquele texto.

As críticas a essa teoria de legitimação estão na circunstância de que se atribuir esta competência ao Poder Judiciário de fiscalizar o ideal democrático deturpado, nada mais é do que reconhecer o déficit do procedimento legislativo, que se vincula a carências de tradições democráticas e parlamentares.

Assim, a transferência do debate político para as Cortes Constitucionais não resolve o problema, mas funciona como paliativo e meio de garantir ao legislador fuga de suas reais competências constitucionais, em vez de funcionar como meio de reflexão nos corpos legislativos.

¹¹ Tomando como base o processo eleitoral Brasileiro. Sobre o caso, foi aprovada a Lei Federal nº. 12.034/2009, que alterou as Lei Federais nº. 4737/65, 9096/95 e 9504/97, com a finalidade de dar maior transparência a processo eleitoral e garantir um maior controle e fiscalização.

3.2.9 Legitimidade como Necessidade de Reequilibrar os Poderes Constitucionais no Welfare State

O Estado Liberal é resultado da ascensão da burguesia ao poder. Tratava-se de forma de Estado Mínimo ou Estado-Polícia, com funções restritas quase que a mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas. Essa orientação foi cenário para a implantação do Constitucionalismo e da Separação dos Poderes, uma vez que ambos implicam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato, bem como do caráter basicamente individualista da sociedade (DALLARI, 2006, p. 280).

Ocorre que o Estado Liberal criou condições para a sua própria superação em virtude de fomentar o ultra-individualismo, que fazia com que os indivíduos mais hábeis se aproveitassem dos menos afortunados; criou injustiça social, a partir do momento que todos tinham o direito de ser livres, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre; além disso, um consequência grave foi a criação do proletariado, que promoveu a aglomeração social nos centros urbanos como consequência direta da Revolução Industrial.

Esse Estado Mínimo e não intervencionista foi superado pelo Estado Intervencionista, que tem como fundamento a atuação do Estado no domínio econômico buscando mitigar as características do Estado Liberal (liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção), a fim de que ocorra separação entre trabalhadores e meios de produção (STRECK; MORAIS, 2010, p. 74-75).

O Estado Intervencionista é grande em relação ao Estado Liberal (mínimo). Com isso, com a finalidade de equilibrar o incremento de funções dos Poderes Legislativo e Executivo, surge uma magistratura atuante.

O incremento de demandas sociais gerou um cenário propício para o desenvolvimento dos Poderes Legislativo e, logo depois, do executivo. O Poder Judiciário, até então, era tido como mero censor ou árbitro das relações privadas.

O desenvolvimento do Estado Social apresentava uma necessária redefinição da atuação do Poder Judiciário, que passava também a proteger os indivíduos e os grupos sociais contra os excessos cometidos pelo setor público, assim como, controlar a constitucionalidade das leis elaboradas.

Nesse estágio de evolução do Estado surgem os direitos prestacionais, que acabam por gerar uma confusão de papéis entre o legislador e o juiz, tendo em vista que ambos passam a criar o direito na forma de concretização a partir de suas atuações.

Essa necessária modificação do atuar do Poder Judiciário em virtude do Estado Social é fonte legitimante de seu atuar durante o exercício da jurisdição constitucional, na qual intervém para restaurar a Constitucionalidade ofendida.

Há quem critique essa forma de legitimação da jurisdição constitucional, afirmando que, na verdade, ocorreu uma simples explicação de como aconteceu a transformação do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, o que se fez acompanhar da mudança de um Estado Parlamentar ou Legislativo para um Estado Administrativo e, enfim, judicial (SAMPAIO, 2010, p. 64).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O QUE A DOUTRINA NÃO DIZ

Após termos apresentado o que a doutrina jurídica brasileira expõe acerca dos fundamentos de legitimação da jurisdição constitucional, vamos em nossas considerações finais desenvolver uma pequena reflexão sobre o ponto que a dogmática no Brasil nem sequer toca.

Importante, neste momento explicitarmos o que vem a ser a categoria não-dito para a Análise do Discurso. Como dito acima, os discursos podem ser entendidos como a materialização específica de uma ideologia, mobilizando noções, valores e crenças implícitos e subentendidos nos significados dos textos.

Neste sentido, devemos sempre considerar que se torna fundamental compreender que toda reflexão crítica acerca de um determinado discurso importa no que é dito como também daquilo que está nas entrelinhas, no espaço em branco do papel.

Sendo assim, a constatação daquilo o que a doutrina não diz é a seguinte: a doutrina brasileira sobre a legitimação da jurisdição constitucional no Brasil não ilumina ou explicita, pois ignora a realidade empírica do campo jurídico brasileiro, como também ignora a realidade política do Brasil, articulando autores e teses de justificação estrangeiros que não pensaram suas teorias para a realidade brasileira, como também, apresentam claras divergências entre si, o que impossibilita a formação de consensos pressupostos da segurança jurídica que viabilizem reconhecimento legítimo por parte da sociedade no atuar da jurisdição constitucional.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARON, Raimond. **L'opium des intellectuels**. Paris: Gallimard, 1968.
BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- _____. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: Pierre Bourdieu. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989.
- _____. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: EDUSP, 1992.
- _____. **Questões de Sociologia**. Lisboa : Fim de Século, 2004.
- _____. Campo Intelectual e Projeto Criador. In: **Problemas do Estruturalismo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.
- _____. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.
- BRITO, José de Souza et al. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993**. Coimbra Editora, 1995.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. A Judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. In: Encontro Nacional da ABCP, 4., 2004, Rio de Janeiro. **Anais. Painel 1 - Direito, Justiça e Controle**. Rio de Janeiro: PUC, 2004. Disponível em <http://www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf>. Acesso em 06 jan. 2005.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 12, n. 34, jun. 1997.
- _____. RIBEIRO, Rochelle Pastana. Política e constituição no Brasil contemporâneo: desenho institucional e padrões de decisão do Supremo Tribunal (STF). In: Congresso ALACIP, 3., 2006, Campinas. **Anais**. Campinas: ALACIP, 2006.
- CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso Político**. São Paulo: Contexto, 2006.
- _____. Uma teoria dos sujeitos da linguagem. In: MARI, H.; MACHADO, I. L.; MELLO, R. **Análise do Discurso: fundamentos e práticas**. Belo Horizonte: NAD/FALE/UFMG, 2001.
- _____. MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso**. São Paulo: Contexto, 2004.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. et al. **Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal – Laboratório de Análise Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. Seminário Internacional de Gestão em Segurança Pública e Justiça Criminal, 2., 2007, Niterói. **Anais**. Niterói: NUFEP/UFF, 2007.
- _____. IORIO FILHO, Rafael Mario. Supremo Tribunal Federal: uma proposta de análise jurisprudencial – a igualdade jurídica e a imunidade parlamentar. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 15., 2006, Manaus. **Anais**. Manaus: CONPEDI/UEA, 2006.
- _____. IORIO FILHO, Rafael Mario. **O Supremo Tribunal Federal e o processo como estratégia de poder: uma pauta de análise**. In: Revista da Seção Judiciária. Processo Civil, v. 14, n. 19, Rio de Janeiro: SJRJ, 2007.
- _____. IORIO FILHO, Rafael Mario. **Imunidade parlamentar e análise do discurso jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal**. Âmbito Jurídico, v. 94, 2011.
- _____. IORIO FILHO, Rafael Mario; GIMENES, M. M. S. **Constituição, Discurso Jurídico e Decisão Judicial**. Revista AJUFE, v. 23, 2006.

FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo Popular Mediado**. Revista Jurídica de La Universidad de Palermo. 2005. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função Social da família e jurisprudência brasileira. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 6., Belo Horizonte, 2007. **Anais**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **Acerca de Barry Friedman y el “Constitucionalismo Popular Mediado”**. Revista Jurídica de La Universidad de Palermo. 2005. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica07.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

GEERTZ, Clifford. **The Interpretation Of Cultures**. New York: Basic Books, 1973.

_____. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

_____. **A interpretação das culturas**. 1 ed., 13 reimpr.. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n.24, 2005.

_____. **Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. 2003. Acesso em 19 de agosto de 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. v. 1. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers n. 78**. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KOZLOWSKI, Mark. **The Myth of the Imperial Judiciary/ Why the Right is Wrong about the Courts**. New York: New York University Press, 2003.

KROENER, Andrei. Instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico: o debate norte-americano. In: Congresso da ALACIP, 3., Campinas, 2006. **Anais**. Campinas: ALACIP, 2006.

MADISON, James. **The Federalist Papers n. 49**. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. **Jus Navegandi**. Terezina, abr. 2008. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 04 abr. 2005.

McCONNELL, Michael W. The story of Marbury v. Madison: making defeat look like victory. In: DORF, Michael. **Constitutional law stories**. New York: Foundation Press, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOSCOVICI, Serge. On social representations. In: R. FARR & S. MOSCOVICI (org.). **Social Representations**. Cambridge: University Press, 1981.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ROSS, William G. The Resilience of Marbury v. Madison: Why Judicial Review has survived so many attacks. In: **Wake Forest Law Review**, v. 38, n.2, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. **Dilemas da Decisão Judicial, as Representações de Juízes Brasileiros sobre o Princípio do Livre Convencimento do Juiz e outros Princípios Correlatos**. Fls.267. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Gama Filho – UGF. Rio de Janeiro, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2002.