

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade (Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de constitucionalidade incidental e abstrato)

Matheus Caldas D'Ávila Couto

Sumário: 1 Apresentação do tema, 2 O problema da eleição dos juizes, 3 Elementos objetivos, 3.1 Justificação teórica-filosófica da jurisdição constitucional; 3.2 O Mandado de Injunção e a ADIn por omissão; 3.3 Limites na Jurisdição Constitucional; 3.4 A representação argumentativa e a reclamação 4335-5/AC; 3.5 Abstrativização do Controle Difuso: Inconstitucionalidade da Lei 9868/99; 3.6 O caso Ellwanger e a crítica a jurisprudência dos valores; 4 Conclusão.

1 Apresentação do tema

O fenômeno da legitimidade

O problema da legitimidade está em todos os cantos do Direito e, inevitavelmente, se manifesta na tensão constante entre Direito e Política.

A tradição Liberal, com expoência em John Locke, trata o problema da legitimidade a partir de uma concepção de sociedade enquanto conjunto de indivíduos, centrada na autonomia privada e que tem a Constituição como um instrumento de governo e garante das liberdades individuais em face das ingerências do Estado. Nesse contexto, o exercício do Poder Político é legitimado pela formação democrática da vontade, através do livre embate entre os grupos políticos representados no parlamento.

A tradição Republicana, encabeçada por Rousseau, põe o acento na autonomia pública, porquanto vê a sociedade enquanto uma totalidade política que se expressa em uma única voz, através da vontade geral, e reflete a vida ética geral. Nesse sentido, para essa tradição¹ há apenas um pacto, que se perpetua na expressão de uma vontade geral inequívoca.

O problema da legitimidade em Dworkin é tratado a partir do modo em que o Direito oferece uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado. A integridade então entra em cena, como ideal distinto da justiça e da equidade e dotada de autonomia², para legitimar a coerção em um modelo de “comunidade” que aceita os princípios, de modo que os membros dessa sociedade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas – ao contrário do modelo de regras, típico do positivismo, que compreende o Direito pela via exclusiva dos acordos políticos firmados no passado.

A distinção clássica entre regras e princípios em Dworkin perde sentido. A questão de o que sejam princípios para esse autor não perpassa pela questão da extensão da norma – no sentido de que os princípios teriam uma carga de abrangência sobre a realidade maior que a das regras – muito menos uma visão positivista que resume os princípios a não estarem positivados. Os princípios são um reflexo da história constitucional de um país, na busca de tratar todos os cidadãos como iguais e têm, com base na integridade do Direito formada a partir daí, um caráter deontológico normativo e não de mera admoestação ao legislativo ou ao judiciário.

Nesse ponto é que se torna clara a distinção entre princípios e valores, que não se confundem em hipótese alguma, visto que os primeiros são fruto do Direito enquanto integridade, em outras palavras, estão inseridos

¹ Sobre o tema ver: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; “Republicanismo e Liberalismo – Da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno”; Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf, acessado em: 08/01/2009

² Dworkin (1986, p.213-271)

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

no código do Direito e, por isso, têm caráter normativo, ao passo que os valores são subjetivos. Paralela a essa distinção estão aquilo que Dworkin chama de “argumentos de princípios” e “argumentos de política”, em que o segundo está ligado a uma concepção utilitarista que busca resolver questões de Direito com base em um critério de bem-estar.

Os cidadãos, dessa forma, estão submetidos ao império do Direito e os juízes, ao decidir os casos difíceis, devem assumir uma postura adequada à integridade e, por conseguinte, chegarem à decisão correta. Sobre a tese da decisão correta afirma o professor Marcelo Cattoni:

“Trata-se sim de uma questão de postura ou atitude, definidas como interpretativas e auto-reflexivas, críticas, construtivas e fraternas, em face do Direito como integridade, dos direitos individuais como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é metafísica, mas moral e jurídica. Dworkin contrapõe-se primeiramente à tradição positivista, segundo a qual, em face de tais situações, só haveria decisões diversas, cabendo ao juiz escolher discricionariamente, aquela a ser tomada, mas também à tradição realista, que advoga uma teoria do direito “sem direitos”, segundo a qual as decisões em nada se ligariam ao passado de uma comunidade jurídica, mas tão somente a um futuro a ser projetado politicamente a cada nova decisão possível de legitimação *a posteriori*”³.

Habermas, por sua vez, afirma que só são válidas aquelas normas em que todos os afetados podem consentir como participantes em um discurso racional⁴. Daí que os resultados da razão pública são razoáveis e legítimos.

Nas palavras deste autor, legitimidade, como aspecto de validade, significa a possibilidade de um consenso livre de coerção que não foi obtido simplesmente pelo mero “respeito” pela lei, mas que foi gerado a partir de uma expectativa de que o Direito tomado em seu conjunto garante igualmente a autonomia de todas as pessoas. Mas o que torna possível uma tal

³ Cattoni (2007, p.87-103)

⁴ Rawls; Habermas (1998, p.29)

expectativa é o aparente cumprimento de certas precondições institucionais para a gênese legítima das normas prescritas juridicamente⁵.

Procedimento legítimo é aquele em que todos podem aceitá-lo razoavelmente como livres e iguais. John Rawls⁶ aponta um modo de compreender a doutrina de Habermas como balizada aos aspectos procedimentais do uso público da razão, se considerarmos que coloca no centro a idéia de legitimidade e não a de justiça, em relação às instituições políticas e às decisões políticas. Mas, afirma ainda, que, quando a injustiça ultrapassa determinado ponto ela corrompe a própria legitimidade do procedimento.

Dessa forma, a questão da legitimidade das decisões judiciais envolve considerações sobre a legitimidade do processo democrático de criação de normas e da tradição constitucional brasileira e, com isso, pretendemos contribuir para esclarecer o próprio conceito de Direito. Em face desses questionamentos, questões como o novo entendimento que vem sendo firmado pelo Supremo Tribunal Federal⁷ acerca do art.52, X, CF/88, a evolução do entendimento acerca da natureza e significado do Mandado de injunção, tudo isso em face de uma suposta reestruturação do princípio da tripartição dos poderes do Estado, são questões tormentosas para o constitucionalismo contemporâneo e que nós não podemos deixar de dar a nossa contribuição.

2 O problema da eleição dos juízes

Para muitos juristas a questão da eleição dos juízes pelo voto popular é tema ultrapassado, mas nomes como Antônio Álvares da Silva, defensor da unção de legitimidade que confere a eleição dos juízes pelo voto popular, justificam algumas considerações sobre o tema.

⁵ Habermas (1997, p.447-448)

⁶ Rawls (1993, p.33)

⁷ Marinoni (2008, p.59)

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

O Professor da Faculdade de Direito da UFMG em seu livro “Eleição dos juízes pelo voto popular” parte do enunciado do art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República que diz: “ todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” para afirmar mais a frente que:

“o Judiciário é um poder e a eleição de, pelo menos partes de seus membros não é um ‘democratismo’, mas sim democracia verdadeira, pois não se pode legitimar um Poder em seus alicerces iniciais a não ser pela vontade do povo”⁸.

E continua:

“É preciso perguntar ao povo, destinatário último de todos os serviços públicos, se a atividade do Judiciário está correta, se há satisfação com seus agentes, se são eficientes seus serviços. E tudo começa pela oportunidade que se dá ao cidadão de eleger aquele que participa do Poder e o vai exercer exatamente em seu nome”⁹.

Além disso, faz considerações sob o sufrágio universal, reportando-se às idéias de Yves Meny:

“É expressão de projetos políticos, de escolha e de sistema de valores. É produzido principalmente por instância políticas legitimadas pelo sufrágio universal, como o parlamento e o executivo, mas a administração e os juízes, bem como os autores sociais criam o direito sem haver recebido a unção do sufrágio universal”¹⁰.

O sufrágio universal não é a única fonte de legitimação para um Poder e não há inconstitucionalidade ou ilegitimidade na forma de nomeação para os cargos da magistratura, visto que a própria CF/88, no seu Capítulo III, determina a forma de provimento dos cargos da magistratura - mais uma vez reiterando preceito constitucional historicamente posto nas anteriores Constituições e socialmente aceito. Ainda, a própria conformação do princípio

⁸ SILVA (1998, p.89)

⁹ SILVA (1998, p.89)

¹⁰ SILVA (1998, p.58)

da tripartição dos poderes não exige do Judiciário o caráter político que têm o Executivo e o Legislativo, sob pena de levar o Direito a se transformar em Política. Por conseguinte, a legitimidade das decisões judiciais, em face de uma prestação jurisdicional adequada, não reside na eleição

Afirma Lênio Streck ao dissertar sobre constitucionalismo e democracia que:

“O constante questionamento da legitimidade de o Poder Judiciário (jurisdição constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo, questão que assume ainda maior complexidade em países (Brasil, por exemplo) que mantêm o sistema difuso de controle de constitucionalidade”¹¹.

Contudo, esclarece o professor Marcelo Cattoni:

“Há muito a questão a cerca da legitimidade das decisões judiciais deixou de ser um problema que se reduza à pessoa do juiz. Uma tutela jurisdicional adequada não se legitima simplesmente pelo fato de o juiz ter sido eleito segundo o princípio da maioria. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais não coaduna com uma concepção liberal de legitimidade democrática reduzida à representação política de interesses majoritários”¹².

Afirma ainda que a legitimidade das decisões está relacionada com a obediência a garantias processuais atribuídas às partes.

Nesse sentido, não há que se questionar a legitimidade do poder judiciário em face da pessoa do juiz, tendo em vista a experiência nos Estados Unidos que, apesar de sedimentada, se restringe à tradição daquele país. No Brasil é diferente. Além de em nossa historia constitucional os juízes serem nomeados por concurso e não através de eleições, mais uma vez o legislador constituinte estabeleceu a necessidade de continuação desse processo ao

¹¹ STRECK (2007, p.24)

¹² CATTONI (2002, p.78)

positivar na Constituição da República as formas de provimento dos cargos da magistratura.

3 Elementos objetivos

O modelo de controle jurisdicional brasileiro se desdobra em face do modelo americano e do modelo europeu. O primeiro nasce no histórico voto do juiz Mashall , do qual transcrevemos uma parte:

“Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligara ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no ? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, substituirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu. E o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

Examinemo-la, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e missão do poder judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, não de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie a Constituição e lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que determinara o assunto. Isso é da essência do dever judicial.

Se, pois os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, não de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas

as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedada, o ato, não obstante a proibição expressa será praticamente eficaz”¹³.

Esse modelo de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos normativos, portanto, é difuso porque pode ser aplicado por qualquer juiz e tribunal ante um caso concreto. É incidental, porque somente no curso de uma demanda concreta, pressupondo controvérsia, pode ser efetivado, como condição para a solução versada e é subjetivo, pois é desenvolvido a fim de encerrar conflito de interesses subjetivos.

De outro lado, o modelo europeu, preconizado por Hans Kelsen, e assentado no medo histórico europeu sobre os juizes e na busca de um modelo que trouxesse o maior grau de segurança e certeza¹⁴ – mesmo que para isso o princípio democrático tivesse de ser sacrificado.

“Isto está vinculado ao fato de que a introdução do modelo de controle difuso nos sistemas de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, aos quais pertencem aos países acima apontados, onde inexistente o princípio do *stare decisis*, que é típico do sistema da *common law*, levaria à indesejável consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juizes, porque julgada inconstitucional e, inversamente, aplicada por outros que a reputassem constitucional, causando uma grave situação de conflito entre os órgãos judiciais e de incerteza no Direito, em detrimento dos indivíduos da coletividade em geral e do próprio Estado”¹⁵.

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem início com Ruy Barbosa, que utilizando-se do remédio do *habeas corpus* contra leis inconstitucionais instaurou um modelo difuso no país.

¹³ CUNHA JR (2007, p.77)

¹⁴ MARINONI (2008, p.28)

¹⁵ CUNHA JR (2007, p.83)

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

Em 26 de novembro de 1965, pela EC-16, foi criada no Brasil a representação genérica de inconstitucionalidade, como forma de inaugurar o controle concentrado/abstrato no país.

É nessa trilha, portanto, que se assenta o controle misto de constitucionalidade brasileira, mesclando os modelos concentrado das cortes constitucionais européias e o modelo difuso estadunidense que confere a cada juiz o poder de não aplicar o regramento inconstitucional ao caso concreto.

3.1 Justificação teórica-filosófica da jurisdição constitucional

De uma perspectiva liberal, que remonta a John Locke, encontramos uma jurisdição constitucional comprometida a garantir a razoabilidade das decisões políticas, ao procurar garantir as condições equânimes de negociação para fazer transparecer de um lado o princípio majoritário e, de outro, a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos individuais.

A tradição republicana presente no paradigma do Estado Social entende na jurisdição constitucional uma função pedagógica no sentido de assegurar a realização de valores supostamente subjacentes às normas constitucionais. É sob esses termos que podemos dizer que a Constituição neste paradigma de direito é reduzida a uma ordem concreta de valores subjacente a uma sociedade que se enxerga como uma sociedade homogênea ou, ao menos, majoritária. E, ainda fundada em pilares como a “vontade geral”.¹⁶

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito essa noção de sociedade enquanto um bloco unitário, bem como de Constituição como uma ordem concreta de valores, não têm mais espaço, visto que a sociedade contemporânea é uma sociedade complexa e assentada no pluralismo social de concepções de mundo. Portanto, a existência fática de tal pluralismo faz com que a “vontade geral” passe a ser, senão um instrumento retórico de

¹⁶ CATTONI (2007, p.48)

quem pretende agrupar seguidores a um determinado discurso, sob a falsa ótica da unidade social.

Contudo, não cabe rechaçar a doutrina de Rousseau por completo, vez que, sendo uma doutrina abrangente razoável que não se preza à intolerância em face das demais concepções de mundo e, portanto, tem assento na política do Estado Democrático de Direito, deve ser compreendida adequadamente, de forma não anacrônica, nos moldes do consenso por sobreposição¹⁷. É com base nesse entendimento que o republicanismo ainda tem voz na nossa sociedade e apresenta representantes de peso como Frank Michelmam.

O procedimentalismo encabeçado por Habermas se restringe a uma análise do procedimento democrático de legitimação e de como a moralidade se insere no código do Direito. E deixa que as questões substanciais sejam resolvidas através das discussões ilustradas entre os cidadãos. Contudo, por meio da institucionalização legal do princípio do discurso promove o controle sobre a deliberação pública e pode ser entendido de modo que só são válidas aquelas normas nas quais todos os afetados possam consentir como participantes em um discurso racional¹⁸.

Habermas, entretanto, sustenta que os resultados da razão pública são razoáveis e legítimos. Com isso, não exclui a justiça substantiva de participar de sua doutrina, o que leva à crítica tanto de John Rawls quanto de McCarthy para a afirmarem que para Habermas a diferença entre justiça procedimental e justiça substantiva está em uma questão de graduação¹⁹.

Procedimento legítimo é aquele em que todos podem aceitá-lo razoavelmente como livres e iguais. Rawls aponta um modo de compreender a doutrina de Habermas como balizada aos aspectos procedimentais do uso público da razão, se considerarmos que coloca no centro a idéia de legitimidade e não a de justiça, em relação às instituições e decisões políticas.

¹⁷ Aqui se faz referencia as idéias de John Rawls, em especial ao consenso sobreposto descrito em *Political Liberalism*.

¹⁸ RAWLS; HABERMAS (1998, p.29)

¹⁹ RAWLS; HABERMAS (1998, p.135)

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

Contudo, entende que quando a injustiça ultrapassa determinado ponto ela corrompe a própria legitimidade do procedimento, porque ao ultrapassar certo grau de injustiça que a legitimidade permite, mas a justiça não, estar-se-ia corrompendo a própria constituição política.

3.2 O Mandado de Injunção e a ADIn por omissão

Segundo Gilmar Mendes, a CR/88 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, ao tempo em que atribuiu particular sentido ao chamado controle de constitucionalidade da omissão do legislador²⁰.

No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigurava-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, (CR, art. 9º, cabeça, c/c o art. 37, VII) e, de outro, a defesa de serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (art. 9º, § 1º, CR/88).

Podemos observar três momentos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com reflexos não apenas no que tange ao direito de greve dos servidores públicos, mas ao entendimento global que se tem do instituto do mandado de injunção.

Em um primeiro momento, no MI-107, a corte partiu do pressuposto de que a solução que recomendava a expedição da norma geral ou concreta haveria de ser desde logo descartada, portanto, se portou de maneira cautelosa sobre qual seria a natureza e o significado deste novo instituto.

Num segundo momento, a suprema corte, na trilha do que alguns chamariam de ativismo judicial, deixou claro que o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive

²⁰ MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>, acessado em 08/01

os chamados direitos sociais. Com isso, no MI-283, o Tribunal pela primeira vez estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados.

Por fim, o Tribunal observou o perigo que representava a demora do legislador em legislar ordinariamente sobre norma constitucional de eficácia limitada e decidiu, por maioria, nos MIs 670 e 708, aplicar um novo modelo de sentença, com **perfil aditivo**. Com isso, acabou por reconhecer, de um lado, o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos e, de outro, o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua.

Ainda, se em um primeiro momento o STF limitou-se a reconhecer a omissão, a emitir admoestações ao legislador, posteriormente foram empregadas técnicas como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sentenças aditivas.

A ADIn por omissão se enquadra no âmbito das declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade afim de que a falha da omissão do órgão legiferante fosse superada mediante ação do próprio órgão legiferante. Assim, nos termos do art. 103, §2º deve ser dada ciência ao poder competente para adoção das providências necessárias.

Diverso do Mandado de injunção, a ADIn por omissão versa sobre questão abstrata e não tende à regulamentação de norma constitucional em face de um caso concreto. Ao Supremo Tribunal Federal, promover a criação de norma geral e abstrata em sede de ADIn por omissão para sanar omissão legislativa seria afronta sem precedentes ao princípio da tripartição de poderes. Isso configuraria o órgão inovador como legislador concorrente e partícipe de ativismo judicial.

Entretanto, para aqueles que acreditam em representação argumentativa – questão a ser abordada mais a frente – será que restaria de todo afastada a possibilidade de o STF sanar a omissão legislativa, enquanto órgão máximo do Poder Judiciário e supostamente saturado de legitimidade,

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

em face de um legislativo lerdo, moroso, corrupto e incapaz de exercer as atribuições a ele constitucionalmente conferidas?

3.3 Limites na Jurisdição Constitucional

O instituto da repercussão geral

A repercussão geral (art.102, §3º, CF/88 e 543-A e 543-B, CPC) constitui requisito de admissibilidade pautado na relevância da questão constitucional, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Tal instituto impede o acesso à corte constitucional, na medida em que, por meio de um conceito indeterminado de interesse público (relevância política, econômica etc.), o STF pode discricionariamente deixar de admitir os recursos.

Como já salientado, existe controvérsia sobre qual é a tradição do controle de constitucionalidade brasileiro, se difuso ou concentrado. Aliado a isso, a morosidade conhecida do judiciário também funciona como argumento na defesa da clausula em questão. Contudo, grande parte da doutrina pátria entende que o problema da morosidade do judiciário não pode ser resolvido a partir de institutos (como a repercussão geral) que negam acesso à jurisdição – isto é, decide por não decidir. O instituto da repercussão geral nega acesso à jurisdição.

Nesses termos, ainda, observa-se que a repercussão geral é um instrumento que tenta estabelecer uma justificativa para a transcendência da decisão do STF em sede de recurso extraordinário.

3.4 A representação argumentativa e a reclamação 4335-5/AC²¹

²¹ Sobre o tema da objetivação do controle concreto pelo Supremo Tribunal Federal ver também: MARINONI (2008, P.59)

Como dito anteriormente, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro mescla caracteres do modelo europeu concentrado/abstrato e do modelo estadunidense difuso/incidental. De um lado temos Gilmar Mendes

afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade²².

E continua:

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controversas relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constitui elemento explicativo de tal tendência.

Ressalte-se que essa alteração não se alterou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considera inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face na nova constituição²³.

Do outro lado podemos citar, dentre outros, Marcelo Cattoni:

no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira²⁴.

Não obstante a divergência, a questão que aqui se trata vai além dessa controvérsia. Trata-se da Rec. 4335-5/AC, de relatoria do Ministro

²⁰ MENDES (1997, p.2)

²³ MENDES (1997, P.4)

²⁴ CATTONI (2002, P.122)

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

Gilmar Mendes, o qual foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau, que por sua vez, proferiu em seu voto, a respeito da nova “ interpretação ” a ser dada ao art.52,X, CF/88:

“passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal da República dar publicidade à suspensão da execução operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Acompanha esse entendimento liderado pelo Ministro Gilmar Mendes, Dirley da Cunha Júnior, que afirma:

“Cumpra realçar, outrossim, que o próprio Supremo Tribunal Federal, em determinadas situações, vem reconhecendo a eficácia geral de suas decisões de inconstitucionalidade, prolatadas em controle difuso, mesmo sem a intervenção do Senado”²⁵.

E continua:

“De feito, o sistema em que se adota o controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operaram efeitos *erga omnes* e vinculantes, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica, obsoleta e contraditória”²⁶.

Insurgem-se contra esse entendimento os professores Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont´Alverne Barreto Lima ²⁷, que questionam o que foi denominado de “mutação constitucional” na reclamação em questão, pois não consiste em conferir nova norma ao texto constitucional, mas a substituição de texto da Constituição Federal pelo

²⁵ CUNHA JR. (2007, p.88)

²⁶ CUNHA JR. (2007, p.91)

²⁷ CATTONI; STRECK; LIMA (2005, p.37-57)

próprio STF. O segundo ponto é a pretensão em transformar o Senado em “uma espécie de diário oficial do Supremo” e atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle incidental, a despeito do disposto no artigo 52, X, CF/88.

Evidentemente, é tradição no constitucionalismo brasileiro a norma inscrita no artigo 52, X, CF/88: “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Norma que nos acompanha desde a constituição de 1934.

A participação do Senado é elemento legitimador da decisão do STF, porque é no modelo de participação democrática no controle difuso que se insere a atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Assim, retirar do processo de controle difuso a participação do Senado, reduzindo-o a “diário Oficial”, é solapar qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo no referido processo.

Em um STF que pretende ser o grande guardião da constituição,²⁸ tal decisão é, ao menos, contraditória, pois fere os princípios constitucionais do devido processo legal da ampla defesa e do contraditório (art.5, LV, CF/88). Não estamos em sede de controle concentrado e a decisão que tem claros efeitos avocatórios coloca em xeque a própria sobrevivência do próprio controle difuso.

O que se pretende ao art.52, X, CF/88 perpassa pela diferenciação entre suspensão da execução e retirada da eficácia da lei. A suspensão de execução gera efeitos *ex nunc* pela razão de que a lei fica suspensa à espera da retirada de sua eficácia (*ex tunc*, nulidade). Dessa distinção vem o receio do prof. Lênio Streck de a decisão no caso concreto ser equiparada a decisão

²⁸ Referimo-nos ao debate Schmitt-Kelsen acerca da finalidade da jurisdição constitucional bem como do sujeito a quem caberia a tutela da Constituição. Partindo de concepções diametralmente opostas, Kelsen e Schmitt chegam às seguintes conclusões: enquanto Schmitt defende ser o presidente do Reich o guardião mais adequado da Constituição, Kelsen sustenta a necessidade de criação de um tribunal constitucional a quem caberia, com exclusividade, a guarda da Constituição.

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

tomada em sede de controle concentrado para dar efeito *ex tunc* da decisão do Senado.

se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença. É regra que o controle abstrato tenha efeitos *ex tunc*²⁹.

Ressalte-se que o art. 52, X, CF/88 consubstancia um deslocamento do pólo de tensão do solipsismo das decisões judiciais em direção da esfera pública de controle dessas decisões de controle da vigência normativa.

Toda a discussão gira, desse modo, em torno das noções de representação argumentativa e representação política, pois pretende a decisão questionada aplicar os preceitos da doutrina de Robert Alexy para atribuir ao judiciário o papel de “tutor da política”, ou de um “super-poder quase constituinte”, ou ainda, de “poder constituinte permanente” e, por conseguinte, instaurar uma concepção elitista e autoritária de democracia possível. Tudo isso leva os autores a concluir:

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia³⁰.

Como já afirmado, esse artigo pretende analisar a questão da legitimidade das decisões judiciais. Em face disso, a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito não pode se assemelhar àquela do paradigma do Estado de bem-estar social, no qual assumiu verdadeiro papel de legislador concorrente ou, ao menos, subsidiário, no sentido da realização de uma suposta ordem concreta de valores, subjacente à ordem constitucional, que se

²⁹ CATTONI; STRECK; LIMA (2005, p.42)

³⁰ CATTONI; STRECK; LIMA (2005, p.53)

desenvolveria à luz de convicções axiológicas, tidas a partir de uma sociedade assentada na homogeneidade, não no pluralismo.

É tormentosa a posição que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal nesse sentido, porque assume o papel de um super-poder que extrapola os limites estabelecidos por aqueles que legitimamente burilaram o texto da Constituição. Tornando-se poder constituinte permanente, o que inevitavelmente criaria um déficit democrático - assentado sobre uma concepção de democracia possível.

3.5 Abstratização do Controle Difuso: Inconstitucionalidade da Lei 9868/99

Inicialmente cabe esclarecer a diferença entre abstratização e objetivação. Embora sejam conceitos que se confundam, o primeiro guarda relação com a modificação dos efeitos da decisão em sede de controle difuso, e a objetivação se refere à modificação do procedimento do controle difuso, sob a influência dos princípios processuais e dos institutos do controle objetivo que é feito em sede concentrada. Tal abstratização não se dá por via de uma subsunção formal da regra, como na seara legislativa, mas na maneira com que a própria jurisprudência vem tratando a questão.

A questão da vinculação corresponde historicamente com o modelo americano do *stare decisis*, em que há a vinculação pela fundamentação dos julgados (o discurso), e não pela parte dispositiva da decisão. Embora comumente se diga que as cortes estão vinculadas ao precedente existente quanto ao caso em julgamento, na verdade estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* deste precedente, que não se confunde com a *obiter dictum*, que são os juízos acessórios da decisão³¹.

Para grande parte da doutrina a legitimidade das decisões em sede de controle de constitucionalidade está na formação discursiva da *ratio decidendi*.

³¹ DIDDIER (2007, p.101)

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

Não obstante a questão da abstrativização do controle difuso guardar estrita relação com o entendimento jurisprudencial, a questão da legitimidade das decisões de controle de constitucionalidade esbarra em questionamentos sobre processo legislativo. Daí afirmar o prof. Marcelo Cattoni, que a lei 9868/99 fere inúmeros dispositivos constitucionais, entre eles:

- 1) O princípio do Estado Democrático de Direito, fixado no art. 1º
- 2) A aplicação imediata dos direitos fundamentais, §1º. Art. 5º
- 3) A imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma da constituição, art. 5º, §§1º e 2º; art. 60, §4º;
- 4) O sistema ordinário jurisdicional difuso da constitucionalidade (art. 97e art.102, III, a, b e c, da Constituição da República) que atribui competência a todo juiz ou Tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional, assim como o direito que dele decorre ao cidadão de se recusar a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente contrária à constituição, nos termos do art. 102, III. A.³²

O art. 27, lei 9868/99, institui a modulação dos efeitos em sede de controle abstrato de normas. Sobre o tema, afirma parte da doutrina que, tomando por base a diferença entre sanção de nulidade e vício de inconstitucionalidade, tal dispositivo levaria a uma consequência mínima de o Supremo Tribunal Federal poder exigir o cumprimento pelos órgãos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e da cidadania em geral de atos normativos ou lei declarados inconstitucionais.³³

Mais controvérsia ainda trás o referido art.27, se analisarmos o modo com que vem sendo aplicado pelo STF, em especial pelo Min. Gilmar Mendes, que no julgamento do HC n. 82.959, ao considerar inconstitucional o §1º do art.2º da lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), aplicou o art. 27 da lei 9868/99 para dar eficácia *ex nunc* à sua decisão. Ou seja: transforma-se a eficácia temporal da decisão no controle difuso da mesma maneira em que se

³² CATTONI (2002, p.144)

³³ CATTONI (2002, p.166 – 176)

é permitido para o controle abstrato pelo art. 27 da lei 9868/99. Na mesma linha se encontra a defesa da limitação temporal dos efeitos no voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 197.917-8-SP (célebre julgado sobre o número de vereadores do município de Mira Estrela), baseando-se em exemplos da jurisprudência norte-americana.

3.6 O caso Ellwanger e a crítica a jurisprudência dos valores

Trata-se do HC 82424-2, Rio Grande do Sul, em que os advogados do editor Ellwager impetraram em última instância HC em face da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por crime de racismo. Por meio desse habeas corpus os advogados tentaram descaracterizar o crime de racismo, apesar da nítida natureza anti-semita das publicações feitas pelo editor.

Nesse caso, alguns ministros fundamentaram seus votos com base em uma ponderação de valores³⁴, entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão. Interessante foi que alguns desses ministros que buscaram tal caminho para a fundamentação de seus votos, como os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, chegaram a conclusões diversas, do que se conclui que o tratamento de princípios como bens ou valores pressupõe premissas axiológicas, elas próprias não discutidas ao longo do processo.

Explica Marcelo Cattoni:

A questão é que essa posição não leva a sério o caráter especificamente deontológico dos princípios constitucionais. Os princípios, enquanto normas, diferenciam-se dos valores justamente porque estabelecem um vínculo de obrigatoriedade e não da preferência ou de conveniência. Princípios estabelecem o que é devido e não o que é preferível. Enquanto tal, possuem um código binário e não gradual, não podendo ser cumpridos em maior ou menor extensão.

³⁴ José Luís Quadros de Magalhães nos explica que a doutrina da jurisprudência dos valores entende os princípios como questões de peso e as regras como questões de validade. Ver Direito Constitucional, tomo 1, p.303

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

Outro problema dessa concepção é o de confundir a perspectiva argumentativa do processo jurisdicional com a perspectiva argumentativa do processo legislativo. Enquanto nesse último se coloca questões que venham, justamente, a justificar a validade das normas, naquele se coloca a questão acerca da adequabilidade de uma norma à solução de um caso concreto³⁵.

Nesses termos, o tratamento dado aos princípios como valores, esquece o caráter normativo do Direito ao submetê-lo a juízos de custo/benefício, próprios de uma argumentação de política, comum ao discurso legislativo e não do discurso judiciário, que deve se pautar por uma argumentação de princípios que leve a sério o caráter normativo do Direito. Desconsiderar o exposto é retroagir na história constitucional de volta ao paradigma Social para transformar o Supremo Tribunal Federal em órgão legislador concorrente ou poder constituinte permanente.

Confundir a perspectiva jurisdicional e a perspectiva legislativa não garante direito algum, nem legitimidade à jurisdição.

4 Conclusão

Após dissertarmos de forma breve sobre alguns temas de direito constitucional que mais tormentam o debate contemporâneo, cabe considerar que a questão da legitimidade das decisões judiciais perpassa pela obediência a institutos historicamente consolidados no Estado Democrático de Direito.

O paradigma de Estado Democrático de Direito não é uma utopia nem um princípio que nada regula, é fruto da sedimentação constante dos princípios de política, que projetados no constitucionalismo regulam a sociedade a partir do que se entende por Direito. Daí o caráter normativo dos princípios.

O Direito de hoje se funda não em um mero documento fruto de um acordo político em 1988, mas se assenta em toda uma história constitucional que nos leva hoje a compreender o Estado de Direito não como

³⁵ CATTONI (2002, 144)

um mero princípio que exige a obediência à lei, mas também aos princípios constitucionais.

Superado o paradigma positivista, no Estado Democrático de Direito a sociedade pede voz para participar das decisões do Estado e para isso, os cidadãos têm de ser vistos como sujeitos capazes e comprometidos com a conformação de uma sociedade livre, justa e solidária. Hoje, a Metafísica e a Ética cedem espaço ao Discurso entre cidadãos, considerados sujeitos livres e iguais.

Nessa trilha, questões como o entendimento que vem tendo o Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso esculpido no art.52,X, CF/88, nos fazem questionar o modo como a mais alta corte vem entendendo a Constituição. Sob a perspectiva da argumentação a nossa história está repleta de tropeços em que o Estado se desgruda da sociedade sob o argumento de protegê-la de si mesma. O Estado hoje não é a supra-assunção da sociedade como afirmava Schopenhauer, mas, ao contrário, é uma Instituição em constante tensão com a sociedade e que deve respeitar o Estado de Direito e o Constitucionalismo.

Por conseguinte, é imperioso não só o respeito à história constitucional mas também ao procedimento legislativo, meio através do qual a sociedade – corretamente compreendida - se expressa.

A Constituição não é um projeto acabado que se encerra em 1988. É formada a cada dia. Para isso, deve-se reconhecer o poder dos cidadãos em construí-la, porque nenhum homem é bom o bastante para governar os outros sem o seu consentimento e, assim, não é dado ao Supremo Tribunal a opção de se arvorar a poder constituinte permanente, nem de não aplicar o mandado de injunção ou de transformar os princípios de direito em valores ou bens e desconsiderar o caráter normativo próprio dos princípios.

A Constituição é aceita pelos cidadãos, legítima, e posta como início da ordem jurídica. De caráter cogente e obrigatório é moldada pelos cidadãos no tempo, mas através de um procedimento próprio que leve em consideração a sociedade aberta de intérpretes.

A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade
(Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de
constitucionalidade incidental e abstrato)

A legitimidade das decisões jurisdicionais de controle de constitucionalidade, portanto, perpassa por esses caminhos que permanentemente tencionam o Direito com a Política. Conflito esse que deve ser resolvido com respeito ao constitucionalismo e à democracia.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Constitucional - Controle de Constitucionalidade*. Ed. Juspodivm, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia (volume I): Entre facticidade e validade (Faktizität und Geltung)[F&G]*. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Ed. Tempo brasileiro. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, RJ, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, v.1. 3. ed.: Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.327;
- _____. *O controle de constitucionalidade das leis na atualidade*; In: Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito. Rio de Janeiro/1997, Ed. Renovar, p.249;
- _____. O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Público*, v.22, n.90, , abr/jun.1989, p.138-150;
- _____. *A suspensão parcial de lei sem redução de texto em sede cautelar*; In: Repertório IOB de jurisprudência, n.6, p.9, jun. 1998;
- _____. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituanian.pdf>, acessado em 08/01/2009;
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont' Alverne Barreto. A Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas* , v. 10,n. 20, p.37-57, 2005.
- _____. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte:Mandamentos, 2002.
- _____. *Direito, política e filosofia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RAWLS, John e HABERMAS, Jurgen. *Debate Sobre el Liberalismo Politico*. Barcelona,Paidós, 1998.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993.

SILVA, Antonio Álvares. A eleição dos juizes pelo Voto Popular, Del Rey, 1998, p.174; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Construção, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição, 2007

Resumo: Em face dos inúmeros desafios que o constitucionalismo contemporâneo vem enfrentando, o presente trabalho pretende contribuir para esclarecer algumas questões difíceis que os nossos tribunais vêm enfrentando, em especial o Supremo Tribunal Federal, e no que essas decisões se conformam com a legitimidade que se espera à luz do paradigma Democrático de Direito. Para tanto, valemo-nos das ideias dos autores nacionais e internacionais mais renomados da contemporaneidade, sem contudo deixar de dar a devida atenção à doutrina pretérita. Analisamos o fenômeno da legitimidade democrática em si para, depois, avançarmos sobre algumas questões que afligem a doutrina nacional, dentre as quais a nova concepção do Supremo sobre os efeitos do controle incidental de constitucionalidade, a inaplicabilidade do mandado de injunção e as decisões que desconsideram o caráter normativo dos princípios para compreendê-los como valores. Desse modo, tendenciosamente, o Supremo Tribunal Federal vem tomando decisões que mais se aproximam da Política e mais se afastam do Direito.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; legitimidade; casos difíceis; Supremo Tribunal Federal; constitucionalismo.

Abstract: Given the numerous challenges the contemporary constitutionalism is facing, this work contributes to clarify some difficult issues that our courts has been facing, especially the Supreme Court, and how such decisions are in line with the legitimacy that is expected according to the principle of a democratic law state. For this, we make use of contemporary most renowned national and international authors' ideas, without, however, failing to give due attention to the preterit doctrine. We analyze the phenomenon of democratic legitimacy on itself on purpose to, then, we move on some issues that plague the national doctrine, among them the new conception of the Supreme on the effects of incidental control of constitutionality, the emptying of the writ of injunction and the decisions that disregard the principles' normative character to understand them as values. Thus, biased, the Supreme Court has taken decisions that are closer to the policy of the law.

Keywords: Democratic State of law; legitimacy; hard cases; Supreme Court; constitutionalism.