

Revista Eleitoral

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO REFORÇO ÀS CONDIÇÕES NORMATIVAS DA DEMOCRACIA

LIANA CARINE FERNANDES DE QUEIROZ

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Especializanda em Direito Processual Civil pela Universidade de Ananguera/UNIDERP; Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN). lianaqueiroz@tjrn.jus.br .

RESUMO: A expansão da jurisdição constitucional, especialmente no sentido da aferição da compatibilidade das opções legislativas com a Constituição, não raras vezes, traz à tona o debate sobre a legitimidade democrática da atuação jurisdicional. Com amparo na pesquisa bibliográfica, este trabalho reflete acerca de algumas das múltiplas construções teóricas que tangenciam essa temática, dando destaque ao ativismo judicial como um dos fenômenos que mais interferem nos novos contornos da democracia contemporânea, permitindo a conclusão de que não é mais possível a correlação imediata e pura do conceito de democracia com o aperfeiçoamento dos mecanismos de representação política, senão como um ponto de aproximação entre a política e o direito, que respeite a força normativa da Constituição e estabeleça o devido diálogo da realidade com o plano jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Ativismo judicial. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 fez sedimentar o Estado Democrático de Direito, arraigado à concepção de que o ser humano é o centro da organização político-democrática e a estrutura de poder estatal deve servir à promoção de sua dignidade – é neste cenário que se encontram rechaçadas as restrições de outrora às liberdades públicas e prestigia-se um extenso rol de garantias individuais e coletivas, com a qualidade de serem cláusulas pétreas.

Nesse cenário, tão certo como o relevante papel atribuído à jurisdição na guarda da Constituição, o Estado Democrático confere às demais esferas do poder constituído missão de igual relevo, cumprindo inclusive a toda a sociedade a aplicação e interpretação da Lei Maior – em legítima sociedade aberta de intérpretes, edificada pelas lições de Häberle¹ – sempre à luz dos princípios e valores fundamentais elevados ao patamar normativo.

No que toca à dialética entre a jurisdição constitucional e a democracia, normalmente em uma conjectura de limitação aos ímpetus da maioria e disciplina do exercício da vontade majoritária, é obra de Kelsen (2000) a conformação de um discurso jurisdicional constitucional e democrático em que sobrevivem as minorias² – o que não importa (e isso é salutar que se revele) na fragilização da separação de poderes prenunciada por Montesquieu.

O que se tem, em aparência da verdade, é que sendo os direitos fundamentais obstáculos intransponíveis à deliberação política, a jurisdição constitucional atua no sentido de conciliar a proteção

1. Sustenta Häberle que a interpretação constitucional não se encontra limitada à atividade dos juízes, pois deve ser conjugada com a idéia de democracia; portanto, além dos órgãos estatais, outras pessoas influenciam na interpretação da Constituição, sejam os patícpes não estatais do processo de controle de constitucionalidade (como são os legitimados ativos, *amici curiae* e os peritos ouvidos pela Corte), sejam aqueles que, não envolvidos em tal processo, emitem sua opinião sobre a interpretação da Constituição, como fazem os estudiosos do direito e a opinião pública. Pode-se inferir que tal ideia encontra-se atualmente materializada na Lei nº 9.868/99, atinentev à regulação do julgamento do controle abstrato de constitucionalidade.

2. Kelsen nomeou de *democracia procedimental* um método capaz de criar a ordem social coletiva, que tem por maior característica a preservação da liberdade do maior número de indivíduos da sociedade. “A visão relativista de mundo justifica a democracia kelseniana, que é fundada na liberdade, já que o indivíduo é livre (autônomo) para criar suas verdades e seus valores.” (FRANÇA, 2013)

desses direitos com a democracia, sujeita a atuação jurisdicional aos devidos balizamentos, evitando a paulatina absorção de competências afetas a outras esferas de poder, cuja margem de liberdade é própria da representatividade que ostentam.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO

O Poder Judiciário encontra-se alçado à condição de protagonista deste Estado Democrático de Direito e o ativismo judicial é um dos fenômenos que mais interferem nos novos contornos da democracia contemporânea – ultrapassado o sistema puramente positivista formalista kelseniano, no qual o juiz ocupava-se de tarefa meramente lógico-mecânica, limitada à subsunção do fato à lei, especialmente em um contexto no qual o direito nunca faltaria, porque não havia espaços vazios no ordenamento jurídico³.

Nesse sentido, a Justiça atua como elemento de recomposição da normalidade desejada, permitindo que sejam contornadas as deficiências estatais, papel que é essencialmente sentido quando constatamos que o paradigma do Estado Democrático de Direito encontra-se inseparável da função transformadora do Direito: “a Constituição se ajusta a essa funcionalidade e deixa de ser vista como mero instrumento de aferição da *parametricidade formal*.” (GARCIA, 2013)

A desejada objetividade axiológica das fontes jurídicas de produção estatal deve abrir espaço, no cenário democrático, ao exame dos aspetos idiossincráticos de cada relação intersubjetiva⁴, revelando-se a atualidade da indagação formulada por Capelleti (1993, p. 263) acerca da possibilidade de que, em um regime democrático, pessoas (juízes) ou grupos (colegiados judiciários), relativamente isentos de responsabilidade e não escolhidos pelo povo, possam impor sua própria hierarquia e suas predileções pessoais ao interpretar as disposições constitucionais imbrincadas de vagueza semântica.

Respondendo à formulação proposta, tem-se que o juiz não pode estar mais adstrito à dimensão estritamente sintática – na qual se destaca a relação entre signos: norma superior invalida norma inferior – tampouco semântica – sobressalente a relação signo-significado: parte-se da suposição de que as controvérsias jurídicas são todas empíricas e se referem à relação entre os conceitos empregados e fatos relevantes. O exercício de sua atividade não encerra na identificação da norma aplicável, mas em firmar o seu sentido concreto (verdadeiro para o caso), produzido mediante a interpretação dirigida à concretização da justiça, da equidade e do devido processo legal⁵.

Segundo Cárcova (1996, p. 197):

As assunções metodológicas do positivismo, relativas à neutralidade e à objetividade do discurso cognitivo, constituem-se em barreira intransponível para perceber os elementos que definem o direito como discurso da ordem e para revelar os complexos mecanismos ideológicos que, no seu interior, atuam como garantia de legitimação e reprodução de dita (de toda) ordem.

Sobre a adoção do princípio democrático na prática da decisão judicial, pertinente transcrever a lição de Carvalho (2005, p. 445):

[...] importa, nesta e como seu antecedente, o exame da norma em seu caráter reflexivo, como forma de verificar se o discurso normativo, que se supõe aplicável, serviu antes à solução de conflito (na ordem abstrata) semelhante àquele submetido, no plano concreto, à apreciação judicial.

3. Para Kelsen, a Ciência Jurídica “cumpriria o importante papel de tornar objetivo o sentido subjetivo dos atos de vontade dos legisladores. Nobre ideal hoje claramente não aceito por não coincidir com a realidade prática dos juristas”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2005, p. 206)

4. Carvalho (2005, p. 419) afirma a necessidade de compreensão do direito como discurso, “com o significado que os linguistas atribuem a essa expressão, isto é, a assimilação do direito ‘como uma prática social discursiva que é mais do que palavras’, sendo, ‘também, comportamentos, símbolos, conhecimentos; que é, ao mesmo tempo, o que a lei manda, os juízes interpretam, os advogados argumentam, os litigantes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam ou os doutrinadores criticam e sobretudo o que, ao nível dos súditos, opera como sistema de representações”.

5. Segundo Cavallari (*apud* GARCIA, 2010), “O processo constitucional deve ser concebido como instrumento de execução da Constituição, de defesa do direito constitucional e de garantia da coerência do ordenamento jurídico em relação a ela”.

[...] a atenção a essa propriedade reflexiva da norma deve conduzir à percepção de seu sentido ideológico, que precisa incorporar a *democracia em seu sentido substancial*, sob pena de ser violado um discurso imunizado à crítica pela Carta constitucional, qual seja, a inserção dos direitos sociais entre os direitos fundamentais do homem.

Por meio dessa atuação, o Poder Judiciário corrige as ilegalidades do Estado, com sensibilidade aos anseios da sociedade, na concretização das normas constitucionais. Decerto, determinada contenção é exigida no seu agir, porque não pode interferir de modo tão profundo na atividade típica de outro poder constituído. Imiscuir-se na atividade legislativa ou executiva importaria em verdadeira afronta ao sistema democrático e republicano, segundo o qual as decisões políticas são do encargo dos Poderes Executivo e Legislativo.

A respeito disso, Barreiros (2013, p. 144) leciona:

Sobre o deficit de legitimidade democrática dos juízes, assunto que rende incessantes debates doutrinários, tal questionamento assume posição de relevo, sobretudo quando em exame o controle judicial de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos. Sem pretender adentrar essa extensa discussão, por certo que a exigência de fundamentação da decisão judicial é fator que contribui para minorar os efeitos do caráter contramajoritário da investidura dos juízes, uma vez que, ao motivar suas decisões judiciais, o magistrado externa as razões que formaram seu convencimento, sujeitando-as ao controle endo e extraprocessual, no primeiro caso pela via dos recursos e, no segundo, pela crítica da opinião pública.

Diante disso, não é mais possível a correlação imediata e pura da democracia moderna com o aperfeiçoamento dos mecanismos de representação política, senão como um ponto de aproximação entre a política e o direito, que atenda aos reclamos de uma vontade da Constituição (sugerida por Hesse) e ao diálogo da realidade com o plano jurídico – com esbravejos às desvirtuosidades e às manifestações de poder que, porventura, possam violar a igualdade, a liberdade e, porque não dizer, a fraternidade⁶.

Dworkin (2006), no desassossego da investigação científica, afirmou que o papel do juiz não é o de criar direito e, portanto, não é o de legislar, sob pena de afronta à democracia e ao próprio direito; por um lado, estaria rompendo a teoria da separação dos poderes e, por outro, estaria agredindo o princípio da legalidade, procedendo a uma justiça *ex post facto*. Contudo, o mencionado neojusnaturalista, numa fase temporalmente mais avançada de seus estudos, manifestou o reconhecimento de que as decisões judiciais, embora não sejam ações políticas em sentido estrito, possuem esse tom, como informa Oliveira Júnior (2005, p. 217):

Além da preocupação com o Estado de Direito, Dworkin reflete também sobre o problema da democracia. E um argumento que poderia ser visto como insuperável a favor da democracia, o da autoridade, que sustenta o dever dos juízes de seguir as regras do livro de regras, e não, por exemplo, as de um sábio sobre o que seja direito, se confronta com um outro que é também forte: o de o Estado poder prometer aos seus cidadãos que regerá as suas relações de uma maneira justa.

Nesse contexto de desafio à jurisdição constitucional aproximada da atividade democrática, confere-se, portanto, o merecido relevo à atividade dos juízes para a concretização das previsões constitucionais, atuação que deve estar atrelada à contemplação dos fenômenos sociais, sem olvidar das diretrizes éticas e morais, em exercício permanente de ponderação de valores – para tanto, serve-se o magistrado de instrumento sem o qual não poderia desempenhar tal mister: a hermenêutica jurídica constitucional.

O Desembargador Virgílio Macêdo Júnior do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, no emblemático julgamento da Ação Cível Originária nº 2011.008049-7 (julgada em

6. Mendes (2013), propõe que, neste século XXI, a liberdade e igualdade sejam repensadas segundo o valor fundamental da fraternidade: “Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade”.

13/07/2011), no qual havia a aparente colisão entre normas constitucionais, especialmente relativas ao direito de greve dos professores da educação pública estadual e o direito à educação, utilizou-se da figura do *juiz héracles* criada por Dworkin para dizer dos desafios de conformação jurisdicional do direito com a realidade fática (pertinente ao momento de aplicação da norma), bem como na elaboração de interpretações que resultassem na concordância prática entre as colisões normativas:

Posso dizer que o desafio de decidir é hercúleo, utilizando a figura criada por Dworkin, mas a conformação entre o direito e a realidade exige respostas que possam atender não apenas casos específicos (como considerar ou não ilegal uma determinada greve), mas acima de tudo a construção de exegeses que propiciem a concordância prática entre colisões normativas existentes. Ilumina-se, dessa forma, o caminho para uma hermenêutica constitucional enquanto paradigma para a concretização dos direitos sociais, com maior segurança jurídica, isonomia, harmonia e Justiça.

Nesse desiderato, a assunção pelo Estado e pela sociedade de contornos prospectivos, evolutivos por natureza, com a impossibilidade de que todas as relações sociopolíticas sejam reguladas por padrões normativos descomprometidos com a realidade e com a ordem de valores vigente no tempo de sua aplicação é substrato à enunciação de Garcia (2013):

A atividade interpretativa do juiz não pode sofrer um balizamento tal que elimine sua liberdade valorativa e o amargure a um passado muitas vezes longínquo e esquecido. [...] a Constituição se integra à realidade, não exaurindo o seu conteúdo normativo em aspectos internos e subalternos ao seu texto, de todo indiferente ao entorno social. Fatores internos e externos se integram de modo a desvendar a norma mais consentânea com o momento de aplicação da Constituição.

Assim é que o ativismo judicial implica em distorção da noção de democracia até então vigente, criando um novo modelo contemporâneo, com uma liberdade política factualmente muito mais estreita que a predominante na modernidade. Muito embora seja sabidamente impossível anular a discordância entre a vontade do indivíduo e a vontade do Estado, os embates são minorados em um estado democrático, no qual a construção da lei é feita pelo próprio povo, através dos representantes eleitos. Isso não significa que andamos mal.

O tribunal constitucional desempenha papel de defesa da Constituição, evitando que ela seja corroida pela legislação de maiorias transitórias, não se podendo, por isso, taxá-lo de antidemocrático – assim como não se pode fazer diante de uma decisão judicial que infirme uma postura discordante em relação aos que representam a vontade popular – porque embora seja averso à lei ordinária, não o é em relação à Constituição, que tem por sustentação a autoridade superior do povo, traduzindo-se também como forma de manifestação popular.

Alexy (2005), quando discorreu sobre a competência do tribunal constitucional, construiu pensamento elucidativo a respeito da tensão dialética entre democracia, representatividade política e atuação jurisdicional. Enunciou que a solução partia da distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão, sendo a primeira realizada pelo parlamento e, a segunda, pelo tribunal constitucional, de forma muito mais idealística que o primeiro – ambas sujeitas à ideia de que todo poder emana do povo:

um tribunal constitucional que se dirige contra tal (faltas graves praticadas pelo parlamento, seja em razão da excessiva imposição das maiorias, seja na preeminência das emoções e das manobras do tráfico de influências) não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos.

Dessa forma, a ausência de reconhecimento da constitucionalidade de regras pelos juízes – que devem fazê-lo por meio da argumentação jurídica informadora da legitimidade e controle da racionalidade das decisões – não lhes confere uma liberdade idêntica a do legislador, porque as suas decisões são tomadas não com base em políticas, mas em princípios, com indicativo das razões que o conduziram a crer na existência de novos direitos e deveres jurídicos. Nem por isso o juiz é menos órgão do povo que os demais, fato reconhecido expressamente na Constituição portuguesa, que consagrou no seu art. 202, nº 1: “os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar

a justiça em nome do povo”, à semelhança da Constituição italiana de 1947 (art. 101) e da Constituição peruana de 1993 (art. 138).

O nosso Supremo Tribunal Federal, alternando entre fases de maior e menor ativismo judicial ao longo de sua história⁷, também tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direito constitucionalmente assegurado. Não se nega que, nas mais das vezes, seja difícil a tarefa de distinguir uma questão política de outra de natureza jurídica (ou não política); contudo, não é razoável que isso justifique a abstenção do Poder Judiciário de cumprir o seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais.

3 CONCLUSÃO

Toda a tecitura deste trabalho tem como cenário o paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual se apresentam realidades diversas e complexas, enunciativas de uma aplicação e interpretação normativa igualmente desafiadora, diante do que se deve afirmar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, cuja atuação se dá na concretização dos direitos assegurados pela Carta Magna – ainda que esse agir esteja no âmbito da atividade política.

É certo que a precisa definição dos limites que separam a atuação de cada um dos poderes no Estado Democrático de Direito é tarefa de difícil consecução, especialmente no que se refere à atividade do legislativo e do judiciário, em vista das profundas transformações que atingiram o direito constitucional, a exemplo do reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e dos novos contornos assumidos pela interpretação constitucional, que alteraram significativamente as tradicionais fronteiras dessas funções estatais.

De toda sorte, o debate continuará, em diálogo de sensos e contrassensos, sobre a tensão entre o exercício da jurisdição constitucional e a legitimidade democrática que ampara o poder constituído.

REFERÊNCIAS

1. ALEXANDER, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005.
2. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus podvium, 2013.
3. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
4. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
5. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva e IDP, 2008. p. 110-120.
6. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
7. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.
8. CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996.
9. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norteamericana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
10. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

7. Esclarece MENDES (2011, p. 450) que a doutrina das questões políticas chegou ao Supremo Tribunal Federal com o famoso e polêmico julgamento do HC 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1892. Em sua petição inicial, Rui Barbosa defendeu, amparado na doutrina norte-americana da *political questions*, criada por influência da decisão do *Justice Marshall* no célebre caso *Marbury vs. Madison*, que “os casos, que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser desfechos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo”. Assim, “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça.”

11. FRANÇA, Patrícia Silva. **Os Fundamentos da Democracia**: Análise das Teorias Democráticas de Aristóteles, Kelsen e Bobbio. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Patricia_Silva.pdf> Acesso em: 17 abr. 2013.
12. GARCIA, Emerson. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática: tensão dialética no controle de constitucionalidade. **De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.14, p.96-121, jan./jun., 2010.
13. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1929.v.1.
14. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
15. KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
16. _____. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.
17. MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
18. _____. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2013.
19. MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
20. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 6. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2005.
21. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2004.