

Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade^(*)

Marcos Augusto Maliska^(**)

Procurador de Justiça – PR

SUMÁRIO: Introdução: 1. A polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt. 2. Habermas e o "autocontrole do legislador" 3. O controle judicial; Considerações finais e Bibliografia

Introdução

O tema trabalhado neste texto reflete uma preocupação corrente no pensamento jurídico contemporâneo, em especial no direito constitucional. O processo de consolidação do Estado Democrático de Direito envolve a discussão em torno do papel das Cortes Constitucionais no sistema jurídico delineado pela Constituição.

O texto inicialmente resgata a polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt nos anos trinta acerca da guarda da constituição. Muito mais por interesse histórico, pretende-se neste primeiro tópico demonstrar o quanto a posição de Carl Schmitt determinou o fortalecimento do nazismo sob a forma de uma natural e juridicamente admissível superioridade étnica, no caso, do povo alemão. Num segundo momento, é abordada a perspectiva levantada por Habermas, em seu livro "Direito e Democracia", sobre o autocontrole do legislador. Por fim, no terceiro tópico procura-se demonstrar a importância de um controle judicial da constitucionalidade, nos moldes das Cortes Constitucionais da Europa.

O tema está muito mais suscetível de questionamentos, de discussão de pontos de vista, do que propriamente de apresentação de soluções acabadas. De qualquer modo, este pretende constituir-se em apenas uma proposta de discussão.

1. A polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt

No período entre guerras a polêmica envolvendo dois grandes juristas toma o centro dos estudos de direito constitucional. Trata-se da questão acerca do controle da constitucionalidade, que colocou em pontos opostos Hans Kelsen

(*) Trabalho apresentado com algumas modificações, ao Professor Dr. Luiz Fernando Coelho a título de conclusão da disciplina Teoria Geral do Direito, do Curso de Mestrado da UFPR.

(**) Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná

e Carl Schmitt Este publicou, em 1931, *Der Hüter der Verfassung – Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*,⁽¹⁾ sustentando que a defesa da Constituição deveria ser atribuída ao Presidente do *Reich*. Kelsen, em resposta às afirmações de Schmitt, publicou *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*,⁽²⁾ procurando demonstrar os equívocos da teoria de Schmitt, sustentando que a guarda da Constituição deveria ser conferida a um Tribunal independente.

A argumentação de Schmitt contra o controle judicial da constitucionalidade gira em torno de dois pontos básicos. Em primeiro lugar, sustenta que toda decisão judicial ocorre *post eventum*, ou seja, sua missão pode ser sancionadora ou absolutória, reparadora ou repressiva, no entanto sempre de fatos passados, e ademais é incidental e acessória, a saber, aplicável ao caso concreto e específico que tenha sido submetido a um processo judicial, cuja consequência é a de possivelmente servir como precedente jurisprudencial. Em segundo lugar, Schmitt afirma que uma norma não pode ser defendida por outra norma, fazendo a distinção entre criação do direito, própria da atividade legislativa, e aplicação do direito, própria da jurisdição.

A visão de Schmitt acerca da jurisdição é bastante reduzida, pois no seu entender toda sentença judicial implica uma subsunção concreta de um caso particular a uma norma legal, de maneira que atribuir a um Tribunal de Justiça a defesa da Constituição implicaria, em seu entender, a formação de um Estado Judicialista, em que a vida política ficaria submetida ao controle dos Tribunais ordinários.⁽³⁾ Schmitt, em oposição à Teoria Pura de Kelsen, distingue o aspecto “normativo” do “existencial” da Constituição, em vez de vincular a validade da mesma com sua faticidade.

A proposta de Schmitt é que o defensor natural da Constituição é o Presidente do *Reich* Alemão. Seu entendimento parte da interpretação do art

(1) Em Espanhol: SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución – Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

(2) Em Espanhol: KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.

(3) A Constituição de Weimar de 1919 instituiu um Tribunal de Justiça do Estado (*Staatsgerichtshof*) enquanto instância judicial para decisão de conflitos constitucionais nos Estados, para conflitos entre Estados ou entre estes e o ente central (*Reich*). É de observar que não se trata de uma Corte Constitucional nos moldes propostos por Kelsen na Constituição Austríaca. Segundo escreve Gilmar Ferreira Mendes, não se outorgou ao Tribunal de Justiça do Estado o monopólio da jurisdição constitucional, confiando-se-lhe apenas três dos quatro tópicos principais (questões constitucionais no âmbito de um Estado, responsabilidade ministerial, questões federais e controle normativo na relação entre o direito estadual e o federal – arts. 19 e 59 da Constituição de Weimar). Conforme: MENDES, Gilmar Ferreira. “Jurisdição constitucional”. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 8.

48 da Constituição de Weimar,⁽⁴⁾ identificando os poderes excepcionais do Presidente com a função de defensor da Constituição. Na situação institucional da Constituição de Weimar figuram dois possíveis titulares do poder político: o Presidente do *Reich* e o Chanceler do *Reich*.⁽⁵⁾ Para Schmitt, enquanto este apóia sua autoridade na confiança do Parlamento, o Presidente do *Reich* detém a confiança de todo o povo alemão. Na argumentação desenvolvida por Schmitt, o Presidente do *Reich* assume no sistema parlamentar alemão um autêntico poder neutro, mediador, regulador e tutelar, dentro da clássica divisão de poderes, tendo uma posição fixa na Constituição, com o objetivo de se constituir em um equilíbrio entre o Legislativo e o Executivo.⁽⁶⁾

Kelsen, ao polemizar com Schmitt, procura demonstrar o caráter ideológico das teses do Professor de Berlim, resultante da confusão entre ciência e política e, em um sentido mais circunscrito, entre teoria jurídica e teoria política. Kelsen se ocupa de resguardar a defesa da Constituição ante o defensor proposto por Schmitt, pois segundo afirma: “*nadie puede ser juez de su propia causa*”.⁽⁷⁾

Para Kelsen, a doutrina do século XIX que identificou o monarca constitucional como o natural defensor da Constituição, de teor ideologicamente

(4) Art. 48 da Constituição de Weimar: *Quando un territorio no cumple los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich puede obligarle a ello con la ayuda de la fuerza armada*.

Quando en el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, el Presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos, incluso con ayuda de la fuerza armada en caso necesario. A este efecto, puede suspender temporalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153”.

(5) Segundo explica I. OEWENSTEIN, Karl (‘*Teoría de la Constitución*’, Barcelona, 1964, pág. 112): *‘La Constitución de Weimar probó una conformación nueva del poder. Al parlamentarismo tradicional – completamente desconocido por los alemanes – se le injeró un Presidente elegido por el pueblo que, como detentor del poder independiente del Gobierno e del Parlamento, estaría destinado a jugar un contrapeso frente al Reichstag [Parlamento], elegido también por votación popular; y al Gobierno apoyado por la mayoría del Reichstag. Este conjunto de objetivos contradictorios condujo a la construcción mortal del proceso del poder en Weimar. el Canciller del Reich era designado y destituido por el Presidente del Reich (artículo 53) y al mismo tiempo, necesitaba la confianza del Reichstag para desempeñar su cargo (artículo 54). Ambos requisitos sólo serían compatibles siempre y cuando el Presidente y la mayoría parlamentaria – en un sistema pluralista siempre en coalición – estuviesen de acuerdo sobre la persona del Canciller y su política. Caso de que esto no ocurriera tenía que surgir un conflicto irreconciliable entre el Presidente y la mayoría del Reichstag en el cual ambas partes podían hacer valer su pretensión de hablar en nombre del pueblo, ya que ambas habían sido elegidas por él’.* Citado por: GASIO Guillermo. ‘*Estudio Preliminar*’. KELSEN, Hans. Obra citada, pág. XXVII, nota 37.

(6) Schmitt utiliza a teoria especial del *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur* de Benjamin Constant, desenvolvida em “*Reflexiones sur les constitutions et les garanties*” (de 1814) e em “*Cours de politique constitutionnelle*” (de 1818). Segundo Schmitt, tanto na ordem constitucional como na teoria política, a doutrina de Benjamin Constant é do máximo interesse: descansa sobre uma aceção política que reconhece claramente a posição de Rei ao Presidente do *Reich*.

(7) KELSEN, Hans. Obra citada, pág. 5.

evidente, buscava compensar o poder perdido pelo Chefe de Estado na transição das Monarquias Absolutistas às Monarquias Constitucionais Segundo escreve Kelsen, “*Carl Schmitt hace de esta fórmula de Constant un instrumento fundamental de su interpretación de la Constitución de Weimar. Sólo con su ayuda llega a la conclusión de que el ‘defensor de la Constitución’ no es, como podría suponerse según el artículo 19, el Tribunal de Justicia Constitucional u otro Tribunal, sino sólo el Presidente del Reich; y esto a partir de la Constitución vigente, sin que tenga lugar mediante una reforma de la Constitución*”⁽⁸⁾

A proposta de Schmitt está vinculada a idéia de Estado Total⁽⁹⁾ O Presidente como defensor da Constituição em nome da unidade do Reich Alemão, tem, na teoria de Schmitt, o fundamento que “*conspira contra la unidad del Reich alemán la ‘neutralidad’ liberal característica del ‘dissolvente Estado de partidos de coalición lábil [inestable], que caracteriza al sistema parlamentario. Todos estos poderes indirectos impiden ‘formar una voluntad política e instituir un Gobierno capaz de gobernar’*”⁽¹⁰⁾ Segundo escreve Schmitt, citado por Kelsen: “*En cuanto existen complejos de esta naturaleza con mayorías concurrentes que se mantienen dentro de ciertos límites, es decir, en cuanto existe un Estado pluralista de partidos, se impide que el Estado total, tal como Estado se imponga con la misma violencia con que se ha impuesto en los llamados Estados de un solo partido, como Rusia soviética e Italia*”⁽¹¹⁾

A oposição entre Estado e Sociedade desaparece no Estado Total Este abarca o social, de maneira que nada resta à sociedade Em nome do Estado tudo é possível, pois tudo é o Estado Segundo Kelsen, os conceitos de pluralismo e Estado total utilizados por Schmitt não podem resistir a uma crítica sociológica Escreve o jurista de Viena: “*Pluralismo es una situación en la que la ‘Sociedad’ resiste al Estado y las tendencias hostiles que ponen en peligro la existencia del Estado porque amenazan sua unidad. pluralismo significa ‘la fuerza ejercida por varias entidades sociales sobre la formación de la voluntad política’, desintegración del concepto de Estado, fragmentación del Estado, atomización de la unidade política y constitucional El giro hacia el Estado Total es un desarrollo en la dirección opuesta, es la victoria del Estado sobre la Sociedad que el es hostil, es la situación de unidad asegurada del Estado*”⁽¹²⁾

(8) KELSEN, Hans *Idem* pág 11

(9) Segundo HABERMAS, “em sua crítica mordaz, Hans Kelsen mostrou que essa proposta é consequência da guinada de Carl Schmitt rumo ao ‘Estado Total’” HABERMAS, Jürgen “Direito e democracia” V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pág. 301

(10) GASIO, Guillermo *Estudio preliminar* KELSEN, Hans Obra citada, pág XXIV

(11) KELSEN Hans *Idem* pág 45.

(12) KELSEN Hans *Idem* pág 50

No entendimento de Schmitt, o Estado pluralista transforma-se “*en un cúmulo de compromisos y contratos, por medio de los cuales los partidos que integran la coalición se reparten entre si, según una proporción numérica, todos los cargos, ingresos y ventajas, y llegan a considerar como equidad la conducta que en esas gestiones observan*”⁽¹³⁾ O pluralismo, segundo Schmitt, é inconstitucional O Estado total aparece para fundamentar a unidade do Estado, ameaçada pela oposição especificamente pluralista de Estado e Sociedade

O preâmbulo da Constituição de Weimar constitui-se em argumento de Schmitt em favor do Estado total: “*La Constitución vigente en el Reich afirma la idea democrática de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán, que, en virtud de su poder constituyente, se ha dado a si mismo esta Constitución mediante una decisión política positiva, es decir, mediante un acto unilateral Por esta razón, toda aquellas interpretaciones y aplicaciones de la Constitución de Weimar que pretenden ver en ella un contrato, un compromiso o algo semejante, deben rechazarse solemnemente por vulnerar el espíritu de la Constitución*”⁽¹⁴⁾ No entender de Kelsen, a conexão interna que há entre a construção do Estado total e a unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão – nunca diretamente afirmada por Schmitt – se infere do fato de que o pluralismo está em oposição tanto a esta como aquela unidade que significa o Estado total. Na teoria de Schmitt, o pluralismo é caracterizado explicitamente como uma antítese que o separa da unidade política hermética, aceita por todos⁽¹⁵⁾

Enquanto fato histórico, a polêmica envolvendo Kelsen e Carl Schmitt assume relevância em decorrência dos acontecimentos políticos que se seguiram na Alemanha A ascensão do nazismo, a questão étnica levada até as últimas consequências, acabaram por demonstrar o quanto o sistema de controles do poder é importante na consolidação da democracia No tocante à polêmica entre os dois juristas, a história acabou por demonstrar que estava com a razão

2. Habermas e o “autocontrole do legislador”

Em seu livro “Direito e democracia”⁽¹⁶⁾ Habermas trabalha algumas questões sobre a jurisdição constitucional Trata-se de uma crítica ao papel e à suposta legitimidade da jurisdição constitucional no tocante às funções do legislador na elaboração da lei e no controle da constitucionalidade Segundo Habermas, a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito

(13) Citado por KELSEN Hans *Idem* pág 50

(14) Citado por KELSEN Hans *Idem* pág 58

(15) KELSEN, Hans *Idem* pág 58

(16) HABERMAS, Jürgen “Direito e democracia Entre facticidade e validade” V. I e II Tradução Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

vigente, e esta depende de um processo racional de legislação, que sob a ótica da divisão de poderes não se encontra à disposição dos órgãos aplicadores do direito. A existência de Tribunais Constitucionais não é auto-evidente, pois tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de Direito. E, mesmo onde eles existem, Habermas se refere em especial na Alemanha e nos Estados Unidos, há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. Para Habermas, “tais controvérsias constituem um indício da necessidade de clarificação resultante do enfeixamento institucional de funções, que são nitidamente diferenciadas numa teoria da constituição”⁽¹⁷⁾

A questão levantada por Habermas tem como pano de fundo a divisão de poderes no Estado de Direito e a passagem do Estado liberal para o Estado social. A insuficiência do modelo liberal clássico e a necessidade de um Estado participante da vida social exigiu uma nova configuração da clássica divisão de poderes. Surge então o Tribunal Constitucional, que além da função de aplicação do direito também participa do processo de criação ou concretização da norma. Essa nova postura reflete uma gama de fatores que passam a ser levados em conta, a começar pela noção objetiva dos direitos fundamentais. Neste sentido, Habermas cita Böckenförde em momento que ilustra bem a questão: “À luz da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais chega-se – do ponto de vista tipológico – a uma aproximação entre a formação parlamentar do direito e a que se dá através do tribunal constitucional. A primeira é rebaixada, passando do nível originário da normatização para o da concretização, ao passo que a última é elevada, passando da aplicação interpretativa do direito para a da concretização criadora do direito. Desta maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam direito no modo da concretização e, ao mesmo tempo, concorrem nisso. Nesta relação de concorrência, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal constitucional detém a primazia. A questão envolvida aí é a da legitimação democrática do tribunal constitucional”⁽¹⁸⁾

Para Böckenförde, a “*jurisdictio*” tem aí um sentido pré-moderno, precedendo a disjunção feita no Estado de Direito entre normatização e aplicação do direito. Para o citado autor, a passagem do poder legal de feição liberal para um poder na base de uma legitimidade sancionada judicialmente

(17) HABERMAS, Jürgen *Idem*, pág. 298

(18) BÖCKENFÖRDE, E. W. *Grundrechte als Grundsatznormen*. In *Recht Freiheit, Staat*. Frankfurt, 1991. págs. 189 segs. Citado por HABERMAS, Jürgen *Idem*, pág. 309

é um dilema inevitável caso não se consiga restaurar uma compreensão liberal do direito.⁽¹⁹⁾

Böckenförde quando procura resguardar o princípio da separação de poderes, e evitar um Estado judicialista, argumenta que é necessário compreender os direitos fundamentais como apenas liberdades subjetivas em relação ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas (obrigatórias) de princípios para todos os domínios do direito. Essa afirmação não significa, segundo Habermas, um retorno ao modelo liberal clássico, que pressupunha princípios teóricos da economia política clássica já implodidos pela crítica de Marx⁽²⁰⁾

A discussão proposta por Habermas envolve a existência ou não de legitimidade pela jurisdição constitucional para fazer frente ao poder do legislador democrático. Um ponto que parece ser pacífico refere-se à superação

(19) Contraditoriamente Böckenförde, num primeiro momento, afirma que a dogmática do Tribunal Constitucional Federal Alemão está voltada para a concretização dos direitos fundamentais na perspectiva de uma postura objetiva de tais direitos, própria de sociedades complexas em que o poder não está mais apenas na administração pública e sim também nas organizações sociais. Num segundo momento, citado por Habermas, Böckenförde “está convencido de que os princípios do Estado de direito podem ser combinados com uma compreensão liberal dos direitos fundamentais, que os tem na conta de liberdades subjetivas de ação de pessoas jurídicas privadas frente ao Estado, válidas imediatamente; caso contrário a separação funcional da justiça em relação à legislação e, com isso a substância democrática do Estado de Direito não pode ser mantida: ‘Quem deseja manter a função do parlamento escolhido pelo povo, determinante para a formação do direito e evitar a remodelação progressiva da estrutura constitucional em benefício de um Estado jurisdicional apoiado na jurisdição constitucional, tem que aceitar também que os direitos fundamentais – reclamáveis judicialmente – são ‘apenas’ liberdades subjetivas em relação ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas (obrigatórias) de princípios para todos os domínios do direito” Ver: HABERMAS, Jürgen *Idem*, pág. 309.

(20) No entender de HABERMAS a teoria do discurso faz-nos descobrir o caráter derivativo dos direitos de defesa referidos ao Estado: somente a constituição de um poder estatal pode fazer com que o direito a iguais liberdades subjetivas se transmita também à relação que os parceiros do direito inicialmente socializados de modo horizontal, mantêm com o executivo do Estado. Direitos que brotam do acordo politicamente autônomo de membros do direito livremente associados têm apenas o sentido intersubjetivo de um estabelecimento de relações simétricas de reconhecimento recíproco. Na medida em que os indivíduos se atribuem reciprocamente esses direitos, adquirem a posição de sujeitos do direito ao mesmo tempo livres e iguais. Esse sentido, originariamente intersubjetivo, diferencia-se de acordo com conteúdos do direito subjetivo ou objetivo porém somente em relação ao problema da juridificação do poder político (o qual é pressuposto normalmente para a constituição do código do direito). Todavia, a extinção gradual dos conteúdos do direito objetivo de uma parte dos direitos fundamentais, depende de uma determinada compreensão paradigmática do direito em geral. E esse se explica a partir da assunção de uma determinada situação histórica, mediada por uma teoria da sociedade, na qual a burguesia liberal procura obter clareza, a partir de sua situação de interesses, sobre o modo como os princípios do Estado de direito poderiam ser realizados. O paradigma liberal do direito representara uma solução eficiente para esse problema; nas circunstâncias históricas atuais, reconhecidas pelo próprio Böckenförde, ele exige uma resposta diferente” HABERMAS, Jürgen *Idem*, págs. 311 e 312

do modelo liberal clássico. A visão clássica de ligação estrita da justiça e da administração à lei e conseqüentemente, na atribuição ao legislador das decisões para o futuro, do judiciário como fiel cumpridor da lei, e neste sentido, com decisões voltadas para o passado, e da administração como controladora dos problemas que surgem na atualidade, parecem estar superados. Segundo Habermas, “orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente e futuro. Ingeborg Maus teme, de um lado, que a justiça intervenha em competências legislativas para as quais não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do Estado – de tal modo que a legitimação democrática do direito também pode ser solapada por este lado”⁽²¹⁾

Conforme escreve Habermas, “críticos cuidadosos como Böckenförde, Denninger e Maus, decifram, nas decisões do Tribunal Constitucional Federal (Alemão), uma dogmática implícita dos direitos fundamentais, a qual faz jus ao fato de que o sistema de direitos não pode mais ser garantido na base tradicional de uma sociedade econômica liberada, que se reproduz espontaneamente através das decisões particulares autônomas privadas, devendo, ao invés disso, ser concretizado através das realizações de um Estado que dirige reflexivamente, que prepara infra-estruturas e afasta perigos, que regula, possibilita e compensa. Nas sociedades complexas, com sistemas parciais diferenciados horizontalmente e interligados, o efeito protetor dos direitos fundamentais não atinge apenas o poder administrativo, mas também o poder social de organizações superiores. Além do mais, o efeito protetor não pode mais ser entendido como algo meramente negativo, como defesa contra ataques, uma vez que fundamenta também pretensões e garantias positivas”⁽²²⁾ Existe como superado, desta forma, o modelo liberal de submissão ao papel do legislativo na elaboração da lei enquanto expressão inviolável da vontade popular. A questão da necessidade de uma reflexão com base constitucional sobre a produção legislativa parece ser também uma questão indiscutível, no momento em que a prova histórica demonstrou que além do exercício democrático do poder deve também existir o controle democrático. O que resta, e se constitui no objeto do presente texto, refere-se à legitimidade do controle da constitucionalidade. Quem deve fazer o controle da constitucionalidade?

Habermas, neste sentido, propõe um “autocontrole do legislador”, de maneira a propiciar ao legislador a manutenção do conteúdo normativo de

(21) HABERMAS Jürgen *Idem* pág. 306.

(22) HABERMAS Jürgen *Idem* págs. 306 e 307.

princípios constitucionais quando de suas deliberações, em particular quando o exercício parlamentar redefine questões éticas e morais, transformando-as em questões negociáveis, isto é, capazes de compromisso. Segundo escreve o pensador alemão, “a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas. (...) É sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, organizado em forma de tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados (...) Nesta linha, se a diferenciação institucional auto-referencial de um processo de controle de normas, fosse da competência do parlamento, talvez pudesse contribuir para o incremento da racionalidade do processo de legislação”⁽²³⁾

Para Habermas, “a lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segundo instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial”⁽²⁴⁾

A preocupação de Habermas diz respeito ao fato de que uma lei, quando aprovada legitimamente por um parlamento eleito democraticamente, pode vir a ser declarada inconstitucional por um Tribunal, quando muito eleito indiretamente, e expurgada do ordenamento jurídico. O juiz, nesta hipótese, acaba por ter mais poder que o legislador. Um aspecto que necessariamente está presente nesta discussão e que possui importância relevante, é o papel da Constituição. O Tribunal quando declara inconstitucional uma lei não atua com as mesmas prerrogativas do legislador, pois enquanto este está defendendo interesses de parte da sociedade ou mesmo da sociedade em si, o juiz está defendendo o texto constitucional. E aí está o grande dilema. O atuar parlamentar não é pautado nos princípios constitucionais (segundo Habermas em virtude de não existir um autocontrole do legislador), de maneira que é grande o número de leis inconstitucionais. O processo legislativo, muitas vezes decorrente de interesses políticos, acaba não tendo todas as fases necessárias à aprovação de

(23) HABERMAS Jürgen *Idem*, pág. 300.

(24) HABERMAS Jürgen *Idem*, pág. 301.

uma lei, ou seja, não tem a devida análise jurídica da constitucionalidade. Por sua vez, a posição do tribunal constitucional é de manter a coerência do sistema jurídico, de fazer prevalecer a Constituição, e o seu atuar é sempre balizado por essa premissa.

3. O controle judicial

O controle da constitucionalidade está vinculado a noção de supremacia da Constituição, ou seja, "*la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, immune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado.*"⁽²⁵⁾ Esta concepção é proveniente do constitucionalismo americano, que, neste sentido, deu grande avanço em relação a tradição inglesa, de onde surgiu. O modelo americano de controle da constitucionalidade reside, basicamente, "no fato de que qualquer juiz chamado a decidir um caso em que seja relevante uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda. A funcionalidade do modelo, todavia, repousa no princípio do *stare decisis*, ou seja na força vinculante das decisões judiciais, típicas dos países que adotam a *common law*"⁽²⁶⁾

Ao lado do modelo americano, tem o sistema de jurisdição concentrada, nos moldes propostos por Kelsen na Constituição austríaca de 1920 (aperfeiçoado em 1929), e recepcionado por outros países como Alemanha, Itália e Espanha, por exemplo. O modelo de jurisdição concentrada tem um Tribunal Constitucional, ou seja, um órgão do Estado destinado a resolver as questões constitucionais. O Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), criado pela Lei Fundamental de Bonn (1949) e instituído pela Lei de 12 de março de 1951, se constitui na mais influente Corte Constitucional da Europa⁽²⁷⁾

A criação de um Tribunal Constitucional está vinculada à idéia de que, além de ser produzida por um órgão eleito democraticamente, a lei deve estar em harmonia com a ordem jurídica, ou seja, em harmonia com a ordem

(25) ENTERRÍA, Eduardo García de. *'La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional'* Madrid: Editorial Civitas, 1994. págs. 50-51.

(26) CLÈVE, Emèrson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro'* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pág. 53.

(27) Segundo escreve Gilmar Ferreira Mendes, 'a Corte Constitucional (alemã) não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias. Ao revés, desempenha uma função especial – a jurisdição constitucional. Ele não atua como uma instância de revisão ou como um Tribunal ou um Supertribunal de revisão, destinado a examinar a legitimidade dos julgados de Tribunais inferiores (...). A Corte Constitucional é competente para apreciar as matérias referidas no art. 93 da Lei Fundamental e em outras normas constitucionais, bem como os casos referidos no § 13 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* que, nos seus 15 itens, explicita as suas atribuições' MENDES, Gilmar Ferreira. Obra citada, pág. 14.

constitucional, com os valores positivados constitucionalmente. A existência de um Tribunal, ou seja, de um órgão alheio as funções legislativas e administrativas propriamente ditas, vincula-se à outra idéia, a de que ninguém pode ser juiz de sua própria causa. Por estar vinculado ao texto da Constituição, o trabalho desenvolvido pelo Tribunal Constitucional, num primeiro momento, é um trabalho jurídico, ou seja, de adequação de conceitos e análise de formas jurídicas, de compatibilidade formal entre a lei supostamente inconstitucional e o texto da Constituição. A análise também alcança aspectos materiais, ou seja, o conteúdo da lei, de maneira que também a lei pode ser declarada inconstitucional por ofender materialmente a Constituição. A posição do Tribunal, além de jurídica, é também política. Mas isso não substitui e não se confunde com o atuar parlamentar em razão da posição institucional que ambos ocupam. Enquanto o legislador assume uma posição de legislador positivo, ou seja, cria a lei, positiva a lei; o Tribunal Constitucional atua como legislador negativo, expurga do ordenamento jurídico a lei incompatível com a Constituição. A posição do Tribunal Constitucional não está alheia a função legislativa, tanto que, segundo Eduardo García de Enterría, "*para Kelsen el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el legislador positivo, otro, el Tribunal constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las Leyes que no respetan el marco constitucional*"⁽²⁸⁾ mas isso não significa concluir que o Tribunal Constitucional esteja por substituir o legislador.

Habermas aborda a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (Alemão) não apenas sobre o aspecto paradigmático, ou seja, da adequação do modelo de Estado fundado na divisão de poderes, mas também sobre o aspecto metodológico, resultante do procedimento e do conteúdo trabalhado nas decisões do Tribunal Constitucional. "Na República Federal da Alemanha, a crítica pode referir-se a uma 'doutrina da ordem dos valores', desenvolvida pelo próprio Tribunal, portanto, a uma autocompreensão metodológica dos juízes, a qual teve conseqüências problemáticas para a decisão de importantes precedentes, o que não acontece nos Estados Unidos."⁽²⁹⁾ Segundo Habermas, para o Tribunal alemão a Lei Fundamental constitui uma "ordem concreta de valores". "Tal jurisprudência de valores levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente (...). Ao deixar-se

(28) ENTERRÍA, Eduardo García. Obra citada, pág. 59.

(29) HABERMAS, Jürgen. Obra citada. págs. 314-315.

conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o Tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. (...) Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos".⁽³⁰⁾

Habermas quando trata da racionalidade da jurisdição utiliza a teoria de Ronald Dworkin, segundo a qual as decisões judiciais devem satisfazer, simultaneamente, a critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Dworkin, neste sentido, parte de uma interpretação deontológica do direito, de maneira a fazer conceber, num primeiro momento, que existe uma diferença entre a concepção de Constituição como ordem de valores e a concepção de Constituição como dever-ser. Esta distinção parece ser importante pois a crítica de Habermas refere-se precisamente a concepção valorativa desenvolvida pelo Tribunal Alemão acerca da Lei Fundamental.

Para Habermas é presente a distinção entre normas e valores, inicialmente através de suas respectivas referências ao agir obrigatório (norma) ou teleológico (valor); em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, adverte Habermas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.⁽³¹⁾

Segundo Habermas, o problema maior encontra-se quando esta consideração metodológica é discutida a partir da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, pois traz conseqüências práticas e críticas em relação a uma autocompreensão falsa e suas conseqüências. Segundo Habermas, um discurso racional necessariamente deve resgatar a distinção entre aplicação de normas e fundamentação de normas, de maneira a sustentar de forma lógica-argumentativa a delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação.⁽³²⁾

Na medida em que a concepção da constituição como uma ordem de valores impõe ao juiz constitucional o papel de um legislador concorrente,

(30) HABERMAS, Jürgen *Idem* págs 320-322

(31) HABERMAS, Jürgen *Idem* pág 317

(32) HABERMAS, Jürgen *Idem*, pág 324

Habermas coloca a pergunta "se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer a exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetônica da constituição e na lógica da divisão de poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional".⁽³³⁾

A crítica de Habermas parte de uma compreensão que não abrange o real sentido da concepção de Constituição como ordem de valores. A posição dos valores no texto constitucional não possibilita ao intérprete fazer o que lhe parecer ser o melhor, livre de qualquer delimitação legal ou constitucional. Os valores quando incorporados ao texto normativo constitucional passam a ser considerados normas, de maneira que não se está a tratar de algo estranho à ordem normativa e, portanto, ao livre convencimento e interpretação do juiz. Em nenhum momento o juiz está livre das determinações constantes do texto. Konrad Hesse, quando aborda a concretização da norma, demonstra o avanço do método concretista em relação ao método tópico justamente pela delimitação normativa da interpretação, ou seja, "*a través de una actuación 'tópica' orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la inventio, sean sometido al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (topoi)*".⁽³⁴⁾

Não se está a tratar de uma compreensão puramente valorativa da constituição quando se afirma esta ser uma ordem de valores. O constituinte quando elabora uma Constituição faz opção por valores, que consubstanciam de maneira geral a ética e a moral de uma determinada sociedade em determinada época. Assim, por exemplo, o constituinte brasileiro de 1988 fez a opção por um Estado Democrático de Direito com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político (art. 1º, CF/88). A interpretação da Constituição Brasileira necessariamente deve ser pautada na observância desses princípios, sob pena de quebra da ordem constitucional. Agora, em hipótese alguma pode o intérprete livremente optar por determinada interpretação levando em consideração os seus valores pessoais, que neste caso não interessam, pois o que está em jogo é a determinação constitucional.

Em nenhuma hipótese fica a guarda da constituição sob o arbítrio do Tribunal Constitucional. O sistema de controles impede que o Tribunal possa

(33) HABERMAS, Jürgen *Idem* pág 325

(34) HESSE Konrad *Escritos de derecho constitucional* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992. pág. 43.

dar a interpretação que lhe convier “A análise constitucional contemporânea deve, portanto, estar atenta às características da sociedade pluralista e democrática do final do século XX. Por essa razão, considerar os valores políticos e sociais na interpretação constitucional constitui uma forma de processo legitimador da ordem constitucional e instrumento hábil de avaliação contínua do exercício do poder constituído. Esse tipo de interpretação, entretanto, não pode deixar-se levar de roldão por métodos zetéticos, onde a necessária contribuição das ciências sociais para o entendimento do fenômeno do direito, acabe substituindo a especificidade da dogmática jurídica. O recurso a valores políticos é legítimo, na medida em que constituem ‘valores’ positivados, integrados no conteúdo da norma constitucional: não será, portanto, legítimo o emprego de ‘valores políticos’ que se relativizam, na medida em que expressam diretrizes de forças políticas hegemônicas em determinado momento histórico.”⁽³⁵⁾

No entender de Canotilho, “a validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico. Desta forma, a constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de ‘valores jurídicos’.”⁽³⁶⁾ Constituindo-se uma superação do modelo de legitimidade pelo procedimento (Luhmann), a legitimidade através do consenso (Habermas) constitui a fonte da idéia de Constituição como digna de reconhecimento como ordem justa. Neste sentido, a Constituição muito mais que ter sua validade assentada na idéia de positividade legal, encontra sua validade nos valores, nas “idéias de justiça” radicadas na comunidade.

Essa análise não parece distorcer quando analisada sob a perspectiva do Tribunal Constitucional enquanto guardião da Constituição. Os valores positivados na Constituição são objeto de análise pelo Tribunal Constitucional enquanto norma, de maneira que não ocorre interpretação destituída de fundamento jurídico. O Tribunal não trabalha com valores em si, mas valores positivados constitucionalmente, de modo que seu papel na estrutura do Estado não pode ser equiparado de forma simétrica ao do parlamento, de forma a possibilitar argumentação em torno da ausência de legitimação democrática para o controle da constitucionalidade. A legitimidade democrática atribuída por Habermas ao parlamento, em contraposição ao Tribunal Constitucional,⁽³⁷⁾

(35) BARRETO, Vicente. “Interpretação constitucional e estado democrático de direito”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 203: 11-23, jan /mar. 1996.

(36) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito constitucional”. Coimbra: Almedina, 1993, pág. 111.

(37) “O *Bundesverfassungsgericht* é constituído por dois Senados, compostos por oito juizes eleitos pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) (art. 94 I 2º período; § 5º da Lei do *Bundesverfassungsgericht*)”. MENDES, Gilmar Ferreira. Obra citada, pág. 3.

pode ser questionada sobre sua natureza: até que ponto os parlamentares realmente representam o povo, e até que ponto essa construção de representação democrática não se torna uma ficção necessária na manutenção do sistema?

Considerações finais

A discussão da legitimidade da jurisdição constitucional sob o aspecto da falta de legitimidade democrática dos juizes encontra limites tanto de ordem procedimental (diferença das funções desenvolvidas pelo parlamento e pelo Tribunal Constitucional), como de questionamento da natureza da legitimidade democrática do parlamento. A posição que assume o Tribunal Constitucional na estrutura do Estado é de auto-reflexão sobre a ordem jurídica, de maneira a fazer imperar a ordem constitucional. Mesmo sendo considerado pela Lei Fundamental Alemã como órgão jurisdicional, e ao mesmo tempo não se identificar com os Tribunais Ordinários dado as suas peculiaridades, a Corte Constitucional assume uma posição de ente imparcial. O controle da constitucionalidade das leis é, antes de tudo, também um controle técnico, pois os argumentos em torno da suposta inconstitucionalidade envolvem conhecimento específico do direito, e necessitam, na sua maioria das vezes, de uma reflexão afastada dos embates políticos que norteiam o parlamento.

No tocante à concepção da Constituição como ordem de valores, o argumento inicialmente defendido como instrumento de legitimação (Constituição como ordem justa), passa a ser questionado quando analisado sob a ótica da jurisdição constitucional. Canotilho fundamenta em Habermas a legitimidade da Constituição numa sociedade aberta pluriclassista⁽³⁸⁾. A justiça da Constituição com base na justiça do contrato social, ou seja, da possibilidade de cidadãos livres e iguais poderem (ao menos teoricamente) participar, de certa forma compreende também a escolha pela Constituição de valores presentes na comunidade, de maneira a intensificar a relação necessária entre o texto normativo constitucional e a realidade. Os valores da sociedade estão presentes no texto constitucional, e neste sentido, a Constituição é entendida como uma ordem de valores.

BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Vicente. “Interpretação constitucional e Estado Democrático de Direito”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 203: 11-23, jan /mar. 1996.

BÖCKENFÖRDE, E. W. *Grundrechte als Grundsatznormen*. In *Recht, Freiheit, Staat*. Frankfurt 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito constitucional”. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

(38) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, págs. 112-115.

- ENTERRÍA, Eduardo García de *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* Madrid: Civitas 1994
- HABERMAS, Jürgen. "Direito e democracia. Entre facticidade e validade" V. I e II Tradução Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- HESSE, Konrad *Escritos de derecho constitucional* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992
- KELSEN, Hans *"Quién debe ser el defensor de la Constitución?"* Madrid: Tecnos, 1995
- LOEWENSTEIN Karl *Teoría de la Constitución* Barcelona, 1964
- MENDES, Gilmar Ferreira "Jurisdição constitucional" São Paulo: Saraiva 1996
- SCHMITT Carl *La defensa de la Constitución – Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución* Madrid: Tecnos 1983.