

RECEBIDO EM: 20/10/2015

APROVADO EM: 07/03/2016

# **CORTES CONSTITUCIONAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O DEBATE NORMATIVO SOB O OLHAR DA PERSPECTIVA POSITIVA**

***CONSTITUTIONAL COURTS AND CONSTITUTIONAL  
JURISDICTION: THE NORMATIVE DEBATE UNDER THE EYE OF  
THE POSITIVE PERSPECTIVE***

*Ricardo Silveira Ribeiro*

*Doutor em Direito Público pela UFPE. Professor Titular I de Direito  
Administrativo da UNOPAR. Procurador Federal - AGU*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Questões normativas concernentes às atividades das Cortes Constitucionais; 1.1 A crítica do liberalismo político ao papel contemporâneo das Cortes Constitucionais; 1.2 As Cortes Constitucionais na teoria do discurso de Habermas; 1.3 O idealismo constitucional brasileiro; 2 O modelo liberal, a teoria do discurso e o idealismo constitucional sob o olhar de uma concepção positiva; 2.1 A contribuição da teoria positiva às teorias normativas; 2.2 Soberania popular, Poder Legislativo e Cortes Constitucionais; 2.3 Legitimidade das Cortes Constitucionais; 2.4 O que faz, afinal, uma Corte Constitucional?; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo analisa criticamente três teorias normativas da jurisdição constitucional de certa aceitação no Brasil – o liberalismo político, a teoria do discurso de Habermas e o idealismo constitucional brasileiro. Fazendo uso da literatura em Política Judicial, o artigo demonstra que muitas das críticas à atuação das Cortes Constitucionais realizadas pelas teorias normativas estão longe de terem algum tipo de amparo na realidade. Não há então como sustentar que a atuação das Cortes viola a vontade popular, é ilegítima ou mesmo irracional. Conclui-se que as Cortes Constitucionais não se limitam a guarnecer um sentido constitucional pré-fixado. As decisões das Cortes Constitucionais, em verdade, fixam o sentido a ser dado ao texto constitucional, mesmo que para isso tenham que fazer prevalecer determinado direito em detrimento de outros igualmente relevantes para a sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cortes Constitucionais. Jurisdição Constitucional. Liberalismo Político. Teoria do Discurso. Política Judicial. Teoria Positiva. Teoria Normativa.

**ABSTRACT:** This paper analyses critically three normative theories of constitutional jurisdiction accepted in Brazil – political liberalism, Habermas’s discourse theory, and Brazilian constitutional idealism. Based on Judicial Politics literature, the paper demonstrates that many critics directed to Constitutional Courts behavior that come from normative theories are far from being supported by reality. Therefore, there is no reason to believe that court behavior violates popular will, or can be considered illegitimate, or even irrational. We concluded that Constitutional Courts have not been limited to preserve a pre-set constitutional meaning. The decisions of Constitutional Courts in truth define the meaning of the constitutional text, even if they have to make a right prevail on other equally relevant right for society.

**KEYWORDS:** Constitutional Courts. Constitutional Jurisdiction. Political Liberalism. Discourse Theory. Judicial Politics. Positive Theory. Normative Theory.

## INTRODUÇÃO

Para a área do conhecimento denominada “Política Judicial” (do inglês *Judicial Politics*), as Cortes Constitucionais<sup>1</sup> devem ser investigadas sob uma perspectiva positiva.<sup>2</sup> Isso significa que o foco de análise não está centrado em ditar como essas instituições “deveriam ser” – como deveriam julgar – mas em entender como e por que a estrutura institucional das Cortes induz certos comportamentos dos magistrados que às vezes colidem com nossas mais sagradas crenças jurídicas.

Em contraposição a esse tipo de análise, existe a abordagem normativa. Esta última já não está preocupada em descrever o mundo à sua volta, mas em determinar como os agentes deveriam comportar-se e por quais mudanças as instituições deveriam passar para alcançar certos objetivos.

Recentemente, teorias jurídicas amparadas na perspectiva normativa tendem a enfatizar, em tom crítico, que as Cortes Constitucionais vêm ampliando demasiadamente seu poder de julgar de acordo com valores, preferências ou ideologias políticas em detrimento da Constituição. Há ainda visões que defendem que as Cortes constitucionais erram justamente por não satisfazerem algum tipo de expectativa social de legitimação. Seja qual for a visão, estão latentes, nas teorias normativas, certas crenças críticas que parecem desconsiderar o modo como se dá o efetivo processo decisório em Cortes Constitucionais.

Como se verá, tais teorias normativas precisam de ajustes que possam dar conta da complexidade com que as Cortes Constitucionais

1 Utilizamos o termo “Corte Constitucional” em um sentido lato, o qual inclui todo órgão nacional de cúpula, politicamente independente ou pertencente ao Poder Judiciário, com poder decisório para julgar questões constitucionais. Essa perspectiva ampla, normalmente, é utilizada pela Política Judicial em pesquisas comparadas, pois permite distinguir os diversos modelos de Corte Constitucional existentes em todo o mundo (cf.: GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?*. University of Virginia School of Law, 2013. p. 10). Para essa definição, o STF e a Suprema Corte Norte-Americana podem ser considerados exemplos de Cortes Constitucionais. Por outro lado, reservaremos o termo “Tribunal Constitucional” para nos referirmos ao modelo austríaco (kelseniano ou europeu). Cf., também, o uso desse termo com acepção mais ampla por BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 94. Na doutrina, há autores que usam o termo “Corte Constitucional” de maneira mais restritiva, como se fosse um sinônimo de “Tribunal Constitucional”. No Brasil, esta é a posição de SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 544. Para quem defende uma visão restritiva, somente o órgão independente da jurisdição ordinária que possua a competência exclusiva para conhecer do “contencioso constitucional” poderá ser considerado “Corte Constitucional”. Esta também é a visão de FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 14.

2 Ernani Carvalho a denomina analítica. Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, p. 115, nov. 2004. .

atuam ao decidirem conflitos ou simplesmente manifestarem a jurisdição constitucional. É justamente esse o objetivo de nosso trabalho: discutir criticamente as crenças que orientam teorias normativas de certa aceitação no Brasil, de modo a apresentar uma perspectiva mais realista do processo decisório das Cortes Constitucionais.

Quanto à organização do trabalho, explanaremos, inicialmente, os principais argumentos normativos da visão liberal e da teoria do discurso de Habermas. A seguir, enunciaremos algumas crenças comuns do discurso dogmático brasileiro acerca do papel das Cortes para, ao final, criticarmos essas visões.

## 1 QUESTÕES NORMATIVAS CONCERNENTES ÀS ATIVIDADES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

### 1.1 A Crítica do Liberalismo Político ao Papel Contemporâneo das Cortes Constitucionais

Inicialmente, trataremos da visão do liberalismo político sobre o papel do Estado e, conseqüentemente, das Cortes Constitucionais. A apresentação de tal perspectiva é importante porque, ainda hoje, as principais críticas realizadas ao trabalho das Cortes Constitucionais seguem os pressupostos do modelo liberal, mesmo quando essas críticas são advindas de autores não comprometidos, necessariamente, com o liberalismo político.<sup>3</sup>

As premissas clássicas do liberalismo político assentam-se na tese de que as liberdades negativas devem ser protegidas contra a ação nefasta do Estado. Diante disso, o principal desenho institucional a ser positivado, em uma Constituição, é aquele que assegura direitos individuais aos seres humanos que possam ser opostos ao Estado.

Dentro dessa lógica, o Judiciário é erigido a mero garantidor da legalidade. Acredita-se, portanto, que esse Poder seria capaz de ser um

3 As teorias normativas que serão resenhadas a seguir não esgotam os possíveis debates normativos. Nos Estados Unidos, por exemplo, há uma forte discussão acerca das virtudes e defeitos da consagração do controle de constitucionalidade em uma Constituição. Ver, para uma noção desse debate, as ideias de: CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, n. 3, p. 673-690, 2004; TUSHNET, Mark. Non-judicial review. *Harvard Journal of Legislation*, v. 40, p. 453-492, 2003; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115, p. 1346-1406, 2006. Para esta pesquisa, está fora de discussão qualquer análise acerca do quão bom ou do quão ruim é o controle de constitucionalidade para o princípio democrático ou para o princípio da separação dos poderes. Isso implicaria adentrar no debate normativo e essa não é a nossa proposta. Além disso, como nossa Constituição consagrou amplamente o controle de constitucionalidade e há grande aceitação desse modelo no Brasil, entendemos pouco útil discutirmos aqui se essa escolha constitucional de outrora foi boa ou ruim.

simples meio de manifestação das decisões previamente estabelecidas por leis. O Legislativo, por outro lado, é alçado a verdadeiro representante da vontade popular. Seria através dele que o povo manifestaria suas expectativas quanto à organização da vida pública e social.

Obviamente, a ideia de soberania parlamentar é extremamente importante nesse modelo liberal clássico. Se é certo que o povo se manifesta por representantes – os parlamentares – os textos normativos positivados por esse Poder devem ser soberanos, isto é, devem ser incapazes de oposição e limitação pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, sob pena de consagrarmos uma situação de instabilidade às liberdades negativas dos cidadãos.

Há também outro pressuposto do modelo liberal de organização do Estado. Para esse, a principal arena de discussão política é o Poder Legislativo. É nele que os interesses do povo se manifestam. Qualquer sinal de desrespeito às leis simbolizaria uma lesão à legitimidade do Poder Legislativo como fórum de discussão pública.

Nesse sentido, para o modelo liberal clássico, as Cortes deveriam:

- (1) interpretar a lei da maneira mais próxima possível de seu sentido original;
- (2) manter a neutralidade, o que implica, por sua vez, não decidir questões de acordo com ideologias políticas, perspectivas valorativas ou crenças alheias ao direito positivo;
- (3) não se opor, excessivamente, ao Poder Legislativo, pois os resultados da atividade legislativa são legítimos por representarem a vontade do povo.<sup>4</sup>

Contemporaneamente, essas asserções estão latentes na visão crítica de Ingeborg Maus sobre a jurisdição constitucional alemã. Para essa autora, o Tribunal Constitucional alemão vem assumindo, continuamente, o papel de “superego” da sociedade em substituição aos papéis exercidos pelo pai na família e pelos reis nas sociedades de outrora. Esse papel não só é confirmado pela expansão do Poder Judiciário no século XX, como também deita suas raízes em certa veneração popular desse Poder.

---

<sup>4</sup> Uma boa visão dos postulados do liberalismo político pode ser encontrada na obra de Locke. Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002, passim.

Como resultado, o Tribunal Constitucional passa a assumir as funções de mediador da política e dos conflitos sociais, uma espécie de “pai” capaz de resolver conflitos coletivos insolúveis dentro dos mecanismos democráticos tradicionais com fundamento em valores morais socialmente aceitos.<sup>5</sup>

Para a autora, isso simboliza uma verdadeira inversão no modo de ver a relação entre governantes e governados. No ideário do século XVIII, a autoridade do governante deveria ser derivada da vontade do povo. O Poder Legislativo, por meio de leis estabelecidas em nome do povo, seria capaz de impor amarras ao governo exercido pelo Poder Executivo.<sup>6</sup> Com isso, a conexão de legitimação entre a vontade popular e a vontade do governo seria mantida.

As leis, por conseguinte, representariam uma dupla garantia ao povo: expressariam sua vontade e seriam a mais pura concretização de uma concepção de liberdade iluminista, pois as leis não só funcionariam como freios ao Estado (papel de liberdade negativa) como também seriam responsáveis por delimitar, claramente, os conteúdos da liberdade e da proibição legal (papel de liberdade positiva).<sup>7</sup> Desse modo, os indivíduos, para o modelo normativo iluminista, devem ser autônomos, o que significa serem emancipados “tanto do infantilismo relativo às questões de tomada de consciência, como da orientação paternalista no processo político de decisão”.

Obviamente, para a autora, esse modelo de indivíduo cai por terra com a expansão do Poder Judiciário no século XX, dada a “ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública”. Nesse século, o Poder Judiciário passa a fundamentar suas decisões em concepções morais e valorativas que terminam por imunizar “suas decisões contra qualquer crítica” e liberar a “Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular”.

Como consequência, os casos concretos passam a ser decididos de forma “inusitada” e “o âmbito das ‘proibições’ legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade”. A Corte passa, então, a determinar proibições nunca antes aventadas pelo Poder Legislativo e os cidadãos terminam por descobrir o que lhes fora proibido apenas após o processo de judicialização.<sup>8</sup>

---

5 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos estudos*, n. 58, p. 183-202, p. 185-186, nov. 2000.

6 *Ibidem*, p. 188.

7 *Ibidem*, p. 189.

8 MAUS, op. cit., p. 189s.

Esse movimento de expansão da Justiça Constitucional, contudo, não é apenas o produto da ação do próprio Poder Judiciário. O próprio direito positivo veicula conceitos de teor moral, favorecendo uma crescente importância dos pontos de vista moral e valorativo nas decisões judiciais. Por outro lado, a “confiança popular” na Justiça e a tendência de os movimentos sociais insistirem em judicializar as relações sociais e políticas em nome dos seus “pontos de vista morais” acarretam o mesmo problema supracitado.<sup>9</sup>

Nesse sentido, com o aumento da demanda pelos seus serviços, o Tribunal Constitucional vê-se alçado a árbitro dos conflitos sociais que, para exercer suas funções, constrói interpretações constitucionais que ampliam seu poder decisório para campos nunca antes previstos pelo direito constitucional positivo:

Assim, a “competência” do TFC<sup>10</sup> – como de qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.

“*Legibus solutus*”: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição.<sup>11</sup>

Para a autora, a ampliação do poder do Tribunal também faz-se sentir na compreensão contemporânea da Constituição. Esta termina por ser concebida como um “texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”. Longe de ser um guardião da Constituição, o Tribunal Constitucional Federal<sup>12</sup> torna-se “garantidor da própria história

9 MAUS, op. cit., p. 190.

10 TFC é o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha.

11 MAUS, op. cit., p. 191s.

12 Usamos Tribunal Constitucional Federal ao invés de Tribunal Federal Constitucional, pois entendemos que aquela tradução é mais adequada à língua portuguesa.

jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autoreferencial” em razão de seus “métodos específicos de interpretação constitucional”.<sup>13</sup>

Além disso, sua função de “administração judicial da moral” acarreta uma espécie de “funcionalização das relações sociais” e uma alteração nos padrões morais de acordo com os cânones estabelecidos pelo Tribunal. Assim, em nossa sociedade, concepções morais diversificadas, advindas dos movimentos sociais, perdem a chance de veicular junto ao Parlamento e à Corte seus pontos de vista.<sup>14</sup>

### 1.2 As Cortes Constitucionais na Teoria do Discurso de Habermas

Uma segunda teoria normativa de projeção deriva da tentativa do filósofo Jürgen Habermas de responder, em seu livro *Between Facts and Norms*, a algumas perguntas relacionadas com a atividade contemporânea das Cortes Constitucionais. São elas:

- (1) as decisões de uma Corte podem ser racionais?
- (2) em que medida é legítimo entregar poderes de declarar a inconstitucionalidade de normas às Cortes Constitucionais?
- (3) é racional que Cortes fundamentem suas decisões em uma espécie de jurisprudência dos valores?
- (4) qual o papel das Cortes em uma democracia?

As duas primeiras questões merecem um tratamento conjunto. Habermas<sup>15</sup> entende que as Cortes Constitucionais exercem atividades que se baseiam em uma racionalidade bem diferente da que rege a atividade legislativa. Enquanto esta é responsável pelo desenvolvimento de novas normas em função de políticas, a Corte desenvolve direitos em função de princípios previamente positivados e de razões outrora responsáveis pela legitimação da atuação legislativa. Ao desenvolver direitos, entretanto, a Corte não o faz de maneira direta, mas indireta, por meio do apelo às razões limitadas por normas.

Uma questão importante, entretanto, salta aos olhos. Se existe alguma indeterminação na aplicação de normas (multiplicidade interpretativa, por exemplo), como afirmar que a atuação das Cortes é, realmente, limitada pelo

13 MAUS, op. cit., p. 192.

14 MAUS, op. cit., p. 201.

15 HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Massachusetts: The MIT press, 1996. p. 261.

texto constitucional? Em resposta, o autor parece crer que, mesmo diante desse problema, ainda assim as Cortes Constitucionais são órgãos legítimos (racionais) em sentido amplo, desde que sejam independentes, limitem-se a declarar a inconstitucionalidade de normas e não criem obrigações ao Poder Legislativo.

Na verdade, o que faz Habermas pensar assim são “considerações político-legais e pragmáticas” que não estão muito claras no capítulo onde o autor desenvolve suas análises acerca da relação entre o Judiciário e o Legislativo,<sup>16</sup> mas que, de alguma forma, podem ser encontradas no capítulo 5 de seu livro.

Para Habermas, os discursos de aplicação das normas jurídicas são resultantes de um processo decisório aberto à discussão entre partes de interesses contrapostos. Nesse processo, o que define a qualidade da decisão final do juiz não é somente a existência de uma fundamentação não-contraditória da decisão judicial, mas a qualidade da regulação dos procedimentos que permitem o acesso ao Poder Judiciário e o desenvolvimento de um fluxo de argumentos contínuos advindos das partes envolvidas no processo.

Em geral, a argumentação desenvolvida em qualquer âmbito impele os interlocutores a tratar um ao outro como iguais, imunizando o discurso contra a presença de elementos relacionados à repressão e à desigualdade. Nessa situação de fala, o objetivo é convencer o outro e uma espécie de auditório universal de que seus argumentos são os mais válidos.<sup>17</sup>

No discurso de aplicação de normas, todavia, a controvérsia em torno de qual norma deve reger um caso concreto gera incentivos para que as partes entrem em uma disputa altamente contextualizada, onde os interesses particulares desses atores possuem função determinante na descrição e seleção dos fatos relevantes à resolução do caso. Não há, assim, como abstrair a percepção individual das partes envolvidas no processo: “participantes em um discurso de aplicação devem trabalhar suas diferentes interpretações da mesma situação em uma normativamente rica descrição das circunstâncias [...]”.<sup>18</sup>

Ao mesmo tempo em que as disputas interpretativas se dão de forma contextualizada, a percepção individual dos participantes, por outro lado, é capaz de fazer a ligação com a dimensão universal da comunicação, pois,

16 HABERMAS, op. cit., p. 262.

17 Ibidem, p. 228.

18 “Participants in an application discourse must work their different interpretations of the same situation into a normatively rich description of the circumstances that does not simply abstract from the existing differences in perception” (HABERMAS, op. cit., p. 228).

ainda assim, as disputas interpretativas dão-se em torno da validade de normas positivadas.<sup>19</sup>

Depreende-se dessa abordagem que uma boa decisão judicial depende não só da coerência dos argumentos (não contradição), como das condições pragmáticas nas quais os processos argumentativos irão produzir-se. Os discursos de aplicação de normas são, portanto, limitados de tal forma que o Judiciário se vê estimulado a agir como uma terceira parte imparcial, a qual será responsável pelo desenvolvimento dos processos argumentativos.<sup>20</sup>

Embora as partes no processo ajam estrategicamente, daí não se conclua que o fazem de maneira livre. Os procedimentos processuais atuam de tal maneira que as temáticas que são objeto de controvérsia são claramente demarcadas pela atividade das partes e as regras de produção de prova e oitiva das partes estão submetidas a uma lógica de imparcialidade. Caberão às Cortes, ao final, decidir no “vácuo” legal a partir da habilidade do próprio magistrado.<sup>21</sup> Isso, entretanto, somente se dá após o desenrolar de um amplo procedimento que é capaz de assegurar decisões justas e aplicação consistente das normas positivadas.<sup>22</sup>

Em suma, Habermas parece apoiar a legitimidade de Cortes Constitucionais com fundamento na ideia de que os procedimentos desenvolvidos no âmbito dessas asseguram condições relativamente ideais para que se faça justiça em uma decisão concreta, ao tempo em que se protege a consistência da ordem jurídica como um todo. Por outras palavras: não só os procedimentos ideais asseguram uma racionalidade no processo decisório de Cortes como a norte-americana e a alemã, como seria legítimo entregar o controle de constitucionalidade às mesmas em função das condições pragmáticas nas quais os discursos de aplicação se desenvolvem.

Contudo o autor não quer dizer, com isso, que todas as decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade irão ser, necessariamente, racionais. Como vimos, as decisões dão-se em uma espécie de vácuo normativo em que prevalecem as “habilidades” dos magistrados. A análise da racionalidade das decisões concretas da Corte, portanto, depende de outro nível de reflexão crítica mais associado à práxis específica do trabalho da Corte.

---

19 HABERMAS, op. cit., p. 228.

20 Ibidem, p. 235.

21 Ibidem, p. 237.

22 Ibidem, p. 236.

Examinando o trabalho de aplicação de normas do Tribunal Constitucional Federal alemão, o autor salienta que a Corte vem desenvolvendo uma jurisprudência dos valores, tendo como consequência maior um aumento da probabilidade de serem tomadas decisões irracionais.

Para o Tribunal Constitucional, a Constituição representa uma espécie de ordem de valores positivados. Em alguns casos, esses valores, travestidos sob a forma de princípios, podem colidir de maneira tal que seja necessário sopesar o princípio mais adequado ao caso concreto. Como princípios são mandados de otimização, a natureza normativa dos mesmos cede lugar às reais possibilidades de incidência de suas normas sobre caso.<sup>23</sup>

Diante desse fato, a crítica habermasiana passa a dirigir-se contra o modo como o Tribunal Constitucional associa as normas constitucionais aos valores. Para o autor, as normas constitucionais possuem natureza deontológica, o que não se verifica nos valores. Valores são, na verdade, um conjunto de crenças compartilhadas por indivíduos; são diversificados e variam de grupo social a grupo social. Normas, por outro lado, são cogentes para diferentes grupos sociais e a tarefa de uma Corte não é otimizar a aplicação das mesmas, mas aplicá-las devidamente.

Nesse sentido, as normas são válidas ou inválidas; ou regem um caso concreto ou não. A natureza binária das mesmas gera diferença substancial com relação aos valores. Enquanto estes últimos podem ser utilizados ou não de acordo com as preferências individuais, as normas não devem ser submetidas a qualquer sopesamento ou análise de custo-benefício. Se existem normas, devem ser cumpridas! Não deve haver assim gradação de cumprimento de normas, mesmo que essas sejam de natureza principiológica.<sup>24</sup>

Para o autor, a jurisprudência da Corte alemã termina por gerar problemas de legitimação, pois a ideia de que pode haver o sopesamento de normas termina por trazer como consequência argumentos “funcionalistas” em detrimento de argumentos “normativos”.<sup>25</sup>

Não está claro, entretanto, o que o autor denomina de argumentos “funcionalistas”. Provavelmente, são argumentos que defendem a inaplicabilidade de determinada norma ou restrições ao seu caráter cogente com fundamento em alguns dos valores considerados relevantes pela Corte.

---

23 HABERMAS, op. cit., p. 254.

24 Ibidem, op. cit., p. 255.

25 Ibidem, p. 258.

A partir desses pontos de vista, percebe-se que o papel da Corte, para Habermas, é relativamente limitado. Para esse autor, a Corte deve restringir-se a garantir que a elaboração de normas tenha sido realizada sob o manto das “condições de legitimação da política deliberativa”.<sup>26</sup> A ideia, assim, é conceber a Corte Constitucional como controladora da execução de um bom processo de deliberação pública, isto é, um processo aberto à participação dos diversos grupos sociais, inclusive daqueles que estão à margem do processo político.<sup>27</sup>

Para a teoria do discurso, a aplicação da lei permite que o processo democrático penetre o discurso judicial de maneira contínua, cabendo à Corte apenas mediar esse processo ao invés de ser uma regente, líder ou guardiã ativa do mesmo.<sup>28</sup> Não se deve, assim, idealizar a atividade da Corte. Ela não é emissária do povo, nem artífice do processo democrático, nem mesmo defensora dos “fracos e oprimidos”. Seu papel é o de apenas garantir o respeito às regras do jogo da discussão pública, quando da elaboração de normas.

A partir dessa abordagem, pode-se vislumbrar também uma conclusão importante: a fonte de legitimação da formação da vontade democrática não reside no respeito a qualquer tipo de regra ética abstrata, mas na obediência aos pressupostos comunicativos que levam a um bom processo de deliberação pública. Respeitados os procedimentos, espera-se que o resultado seja legítimo. A Corte, então, deverá zelar pelo respeito a esse procedimento e, se preciso for, deverá até mesmo exercer seu ativismo judicial para fazer valer as boas condições do processo comunicativo.<sup>29</sup>

### 1.3 O Idealismo Constitucional Brasileiro

A terceira abordagem normativa que escolhemos para apresentar advém da dogmática constitucional brasileira. Essa visão, denominada pelo autor deste artigo de idealismo constitucional, acusa o Supremo Tribunal Federal – STF de suscitar uma crise de legitimação ou uma baixa legitimação da jurisdição constitucional em razão de sua dependência para com o Poder Executivo ou da falta de sintonia da Corte para com os anseios do povo e a proteção aos direitos fundamentais.

A solução para esse tipo de problema, inerente à Corte, seria reestruturar o STF, de sorte a convertê-lo em Tribunal Constitucional.

---

26 “... legitimating conditions of deliberative politics” (Ibidem, p. 274).

27 Ibidem, p. 274s.

28 Ibidem, p. 278.

29 HABERMAS, op. cit., p. 280.

Só assim poderíamos ter uma Corte ativa em sua função de verdadeira guardiã da Constituição.

Para analisarmos o idealismo constitucional, selecionamos dois autores que representam bem essa visão crítica extremamente presente na doutrina brasileira e nos discursos da prática jurídica cotidiana.

O primeiro deles é o renomado constitucionalista Paulo Bonavides. Para ele,<sup>30</sup> o Brasil é um bom exemplo de um país cuja jurisdição constitucional está mais a serviço do governo que da ordem constitucional. Seu diagnóstico é o de que, em termos qualitativos, o controle de constitucionalidade vem passando por um processo de degradação que terminou acarretando uma dependência do STF para com a vontade do Executivo, dependência essa conseguida por meio de pressões deste Poder sobre aquele. O exemplo mais cabal dessa conivência, segundo Bonavides,<sup>31</sup> foi o modo pelo qual o STF aceitou que o Executivo legislasse continuamente por meio de medidas provisórias.

Para esse autor, a jurisdição constitucional deve ser a grande agente de contenção do ímpeto do Poder Executivo, pois, somente assim, o exercício do controle de constitucionalidade estaria de acordo com os termos da Constituição.<sup>32</sup> Uma Corte legítima é, para o autor, aquela cujos juízes são capazes de acompanhar, em seus votos, os “valores representados e incorporados na Constituição”, ao tempo em que não se politizam em demasia para ceder aos caprichos do Poder Executivo.

Em contraponto a esse ideário, nossa progressiva tendência à centralização do controle de constitucionalidade no STF acarreta sério risco, pois o controle concentrado “conduz irremissivelmente ao reconhecimento patente da politização da jurisdição constitucional”.<sup>33</sup>

Bonavides assume, então, que essa tendência parece aumentar a probabilidade de o controle de constitucionalidade brasileiro ficar à mercê da vontade do Executivo. Em certa medida, para o autor, isso já vem ocorrendo: a “Suprema Corte correrá o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo”.<sup>34</sup>

---

30 BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. *Estudos Avançados*, São Paulo: USP, 18(51), p. 127-150, p. 128, 2004.

31 *Ibidem*, p. 130.

32 BONAVIDES, op. cit., p. 131.

33 *Ibidem*, p. 131s.

34 *Ibidem*, p. 141.

Assim, o diagnóstico que Bonavides fez de nosso STF foi o pior possível. Nossa Corte estaria fadada a ser subserviente ao Poder Executivo e a, frequentemente, deixar de seguir princípios constitucionais em benefício dos “interesses que privilegiam o Poder mais forte, ou seja, o Executivo, o mais infrator dos Poderes no que tange ao princípio da separação de Poderes”.<sup>35</sup>

A solução desse problema, para o autor, seria transformar o Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constitucional nos moldes do modelo austríaco ou, ao menos, reformar a estrutura do mesmo.<sup>36</sup> Ainda assim, haveria o problema de aumentar a legitimidade das Cortes.

Embora Bonavides não o diga claramente, parece haver a crença de que, como os Tribunais Constitucionais são sensíveis ao ambiente político, a transformação do STF em Tribunal Constitucional não adiantaria muito se não viesse também acompanhada de uma “reforma democrática das instituições em máximo grau de profundidade possível” para que se alcance a “democracia participativa”.<sup>37</sup>

Esse autor deixa de esclarecer, contudo, quais mudanças adicionais deveriam ser feitas no modelo austríaco para que se concretizasse um aumento na legitimidade decisória dos Tribunais no ambiente de uma democracia participativa. A única pista do autor, nesse sentido, é insuficiente. Entende Bonavides que grande parte dessa legitimidade deriva da capacidade do “juiz em orientar-se em suas sentenças e em suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição”.<sup>38</sup> O como fazer isso, todavia, fica em aberto.

O segundo e último autor a ser resenhado, Walber Agra, também compartilha de preocupações semelhantes com as de Paulo Bonavides. Em livro, defende a reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal a partir de mudanças não só na organização do mesmo, como mudanças no regime político e no modo como os julgadores concebem a Constituição.

Aderindo a uma visão que denomina substancialista, o autor propugna-se a defender que o Supremo Tribunal Federal deve ser responsável por uma densificação do conteúdo substancial da Constituição que possa, ao mesmo tempo, garantir os direitos fundamentais e acompanhar a mudança

---

35 BONAVIDES, op. cit., p. 138.

36 *Ibidem*, p. 139s.

37 *Ibidem*, p. 132.

38 *ibidem*, p. 132.

da própria realidade, atendendo às necessidades sociais crescentes.<sup>39</sup> Há, entretanto, inúmeras vias para se reconstruir a legitimidade, e o autor propõe várias ao mesmo tempo, pois só assim seria possível incrementar a legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil.

Em primeiro lugar, o autor defende que uma das tarefas seria considerar a Constituição como a grande fonte da legitimidade e o limite à jurisdição constitucional. Isso, contudo, somente será alcançado se várias mudanças ocorrerem concomitantemente. A primeira seria o incremento de força normativa da Constituição. Concordando com Hesse, Agra sustenta que a Constituição deve ser compatível com a realidade e deve ser capaz de influenciar a vida cotidiana dos indivíduos. Além disso, deve haver mudança no regime democrático, de sorte a torná-lo uma democracia participativa, pois, somente assim, a população poderia interessar-se pela jurisdição constitucional e, conseqüentemente, pela indicação dos Ministros do STF, tal qual ocorre nos Estados Unidos.<sup>40</sup>

Como consequência dessa tarefa, os direitos fundamentais devem ser alçados à condição de normas constitucionais de máxima importância. Para Agra, uma Constituição, concebida como ordem concreta de valores, suscita o problema de saber-se a extensão da “carga axiológica” dos dispositivos constitucionais. Embora saibamos que os direitos fundamentais devam ser concretizados, nem sempre há clareza na extensão dessa concretização e nos parâmetros a serem utilizados nesse processo. A “solução” de Agra para acabar com a “indeterminação valorativa” da Constituição seria assumir as ideias de “densidade suficiente ou do mínimo existencial”.

Com esses princípios, que o autor considera conceitos idênticos, seria possível preservar a discricionariedade decisória e a proteção ao texto constitucional contra “fatores extrajurídicos”, pois se respeitaria o “núcleo duro ou conteúdo essencial” do direito fundamental ao tempo em que se deixaria uma “zona periférica” deste ao desenvolvimento do STF por via jurisprudencial.<sup>41</sup>

Ainda no concernente à proteção aos direitos fundamentais, Agra<sup>42</sup> propõe, como via para que se aumente a legitimidade dos direitos fundamentais, o entrenchment (entrancheamento), popularmente conhecido como princípio

39 AGRA, Walber. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 269.

40 Ibidem, p. 274.

41 ibidem, p. 294s.

42 Ibidem, p. 300s.

da proibição do retrocesso. Para o autor, os direitos fundamentais devem ser entrincheirados contra possíveis tentativas de suprimi-los. Com efeito, isso resultaria em uma “intensidade mínima” na proteção aos direitos que, por sua vez, não impediria a expansão dos mesmos. Em casos excepcionais, entretanto, seria possível uma relativização do entrenchment, desde que fosse respeitado o núcleo essencial do direito fundamental.

Para que haja densificação da jurisdição constitucional, o STF também deve estar aberto aos novos intérpretes da Constituição. Deve incluir, em suas ponderações, as opiniões de amplos setores da comunidade. Na realidade, como Agra<sup>43</sup> reconhece, essa visão – tributada a Peter Häberle – já vem sendo garantida pela Lei nº 9.868/99 via instituto do *amicus curiae*.

Por fim, o autor toma em consideração propostas de mudança institucional no STF para completar suas sugestões no concernente à reconstrução da legitimidade de nossa Corte. Na verdade, a sugestão principal é a conversão do STF em Tribunal Constitucional nos moldes do modelo europeu.

Os passos para isso são bem conhecidos na doutrina constitucional: supressão das competências decisórias em matéria de jurisdição ordinária; constituição de um órgão jurisdicional independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e eleição de seus membros por forças políticas diversificadas.<sup>44</sup>

O autor espera, com isso, que alguns *outcomes* positivos surjam, tais quais: uma atuação pró-ativa em benefício dos direitos fundamentais; uma redução no “gap existente entre suas decisões e os demais poderes componentes do Estado”; decisões mais condizentes com “o sentimento imperante na sociedade” e com a “dinâmica das forças sociais”.<sup>45</sup>

## **2 O MODELO LIBERAL, A TEORIA DO DISCURSO E O IDEALISMO CONSTITUCIONAL SOB O OLHAR DE UMA CONCEPÇÃO POSITIVA**

### **2.1 A Contribuição da Teoria Positiva às Teorias Normativas**

Após essa exposição sucinta das críticas da visão liberal, da teoria do discurso de Habermas e do idealismo constitucional à jurisdição constitucional, podemos passar a chamar a atenção do leitor para os

---

43 Agra, *op. cit.*, p. 292.

44 *Ibidem*, p. 277-283.

45 *Ibidem*, p. 286s.

problemas inerentes a cada uma dessas perspectivas sob o enfoque de uma concepção positiva da jurisdição constitucional.

Antes de qualquer crítica, devemos esclarecer melhor que tipo de contribuição uma teoria positiva poderá dar às perspectivas normativas. Como a perspectiva positiva está interessada em como a realidade é e a teoria normativa está interessada em dar diretrizes sobre como a realidade deveria ser, cremos que a grande contribuição daquela sobre esta seria indicar como construir visões normativas empiricamente viáveis (realistas).

A via para que as construamos seria, certamente, (1) não defender visões normativas vazias, isto é, perspectivas que não apresentem qualquer indicação concreta de cursos de ação humana e (2) construir visões normativas compatíveis com as limitações impostas pela realidade, isto é, propor ações humanas e modificações na realidade viáveis sob os pontos de vista econômico, político e social.

Comumente, os autores que estão ocupados com questões normativas se esquecem dessas duas diretrizes e, ao fazerem isso, terminam por desenvolver propostas normativas sem nenhuma utilidade concreta, salvo para dar sustentáculo à utilização retórica das mesmas pelos atores políticos e sociais.

Comentando esse mesmo dilema na economia, Anthony Downs<sup>46</sup> afirma serem comuns propostas de economistas normativos que prescrevem políticas que, pelo seu irrealismo, seriam inoperantes. Assim, conclui: “é quase inútil aconselhar os governos a fazê-lo ou fazer recomendações de ação baseadas na suposição de que poderiam fazê-lo, a menos que haja uma razão para crer que o farão”.

Parafrazeando Downs, poderíamos dizer: é inútil defendermos que as Cortes e órgãos públicos deveriam seguir uma doutrina se não há razões reais para crer que o farão ou se não há razões reais para crer que seria uma visão social, política e economicamente viável. Esse é o ponto central da presente análise.

Por exemplo, a crítica mais tradicional a uma Corte Constitucional é a de que, ao declarar-se a inconstitucionalidade de normas, restaria lesado o princípio da separação dos poderes. Essa crítica foi feita com maior radicalidade pelo jurista alemão Ernest Forsthoff, para quem a posituação das normas de jurisdição constitucional, com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, leva, automaticamente, a um rompimento da

---

46 DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Edusp, 1999. p. 302.

separação qualitativa entre a jurisdição e a atividade legislativa: “a jurisdição constitucional é a evidente ruptura do princípio da separação dos poderes, um princípio disposto pela mesma Lei Fundamental”.<sup>47</sup>

Na verdade, esse autor somente chega a essa conclusão porque ainda tem em conta uma definição extremamente tradicional da separação de poderes. Assim, o problema central não está na jurisdição constitucional, mas no modo como o autor compreende o princípio da separação dos poderes. Se o compreendemos como divisão estanque de atribuições, a única conclusão possível é a de que a jurisdição constitucional é incompatível com a separação de poderes; se o vemos como uma distribuição dinâmica de funções, nas quais essas se interpenetram, fica mais fácil chegar à conclusão de que a jurisdição constitucional é compatível com o princípio da separação dos poderes.

Do ângulo de uma teoria positiva, a jurisdição constitucional é um fato. Mais ainda, esta última foi consagrada em países que mantêm, em suas Constituições, o princípio da separação de poderes. Na verdade, dois dos países com Cortes Constitucionais mais ativas do mundo, os Estados Unidos e a Alemanha, consagram o princípio da separação dos poderes, razão pela qual fica difícil sustentar que uma norma, a da separação de poderes, é absolutamente contrária à outra, a da jurisdição constitucional.

A melhor alternativa será assumir, realisticamente, que o princípio da separação dos poderes precisa ser redefinido, normativamente, à luz das atuais circunstâncias de expansão internacional do Poder Judiciário, até porque as causas dessa expansão são bem concretas e estão irremediavelmente assentadas na realidade política do ocidente. Esse é o tipo de reflexão de uma teoria positiva.

Dito isso, passemos à análise crítica das teorias normativas supracitadas.

## 2.2 Soberania Popular, Poder Legislativo e Cortes Constitucionais

Nossa primeira análise irá centrar-se na visão de Ingeborg Maus. Essa autora faz uso das teorias normativas dos séculos XVII e XVIII para criticar o trabalho da Corte Constitucional alemã a partir de um resgate da ideia de soberania parlamentar. Na compreensão dessa autora, o Tribunal Constitucional Federal alemão lesa a vontade do Parlamento positivada em normas, a qual, por sua vez, representa a vontade popular.

<sup>47</sup> “La jurisdicción constitucional es la evidente ruptura del principio de separación de poderes, un principio dispuesto por la misma Ley Fundamental” (FORSTHOFF, Ernest. *El estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 223s.).

Esqueceu, contudo, como a Ciência Política contemporânea questiona a possibilidade de os parlamentares, efetivamente, conseguirem representar seus eleitores. Põe-se ainda muita ênfase no Poder Legislativo como grande arena decisória da política, desconhecendo a diversidade de importantes órgãos decisórios do Estado que operam fora da lógica do Parlamento nos dias de hoje.

Se a autora estivesse atenta a esses fatos, teria que reconhecer as quatro asserções a seguir:

- a) o Poder Legislativo não representa, de fato, o povo, mas, no máximo, seus eleitores;
- b) os parlamentares podem ser representativos ou não de seus eleitores, muito embora haja uma grande probabilidade de os eleitores não conseguirem obter informações relevantes sobre a conduta de seus representantes;
- c) as normas não contêm significados precisos, logo não há como ser fiel à lei nos estritos termos, mesmo que estivéssemos diante de juízes ávidos por serem exegetas;
- d) as políticas públicas são elaboradas e implementadas por vários órgãos e não há por que entender que o Parlamento seria a principal arena decisória.

Em primeiro lugar, vamos debater a asserção de que o Parlamento representa o povo.

A noção de povo é uma das ideias mais caras do constitucionalismo. Contemporaneamente, entretanto, sua utilidade como conceito deixa muito a desejar, embora ainda seja usado, amplamente, pelos agentes políticos e pela doutrina constitucional.

Na dogmática jurídica, a noção de povo representa, comumente, uma ideia quase intuitiva, como se seu significado fosse evidente. Apela-se à ideia de vontade do povo como se, de fato, essa vontade existisse, concretamente, e como se as instituições, realmente, representassem essa vontade. O conceito de povo e de vontade popular, entretanto, suscita inúmeros problemas.

O primeiro é que, concretamente, não existe “o povo”. Na sociedade, deparamo-nos apenas com seres humanos em um dado território. O conceito de povo e, principalmente, o apelo à vontade popular parecem

tratar todos esses indivíduos como se tivessem uma mesma preferência política, como se pensassem de maneira igualitária, como se não fossem diversificados e pertencessem a diversos estratos sociais.

Na vida concreta, entretanto, não há uma só vontade do povo. Há, no máximo, decisões tomadas por agentes políticos ou eleitores via algum mecanismo de agregação de preferências (ex.: eleições, votações em plenário, assembleias). Ilustrando melhor essa assertiva: a escolha de um Presidente da República no Brasil não representa, em realidade, a vontade do povo, mas uma simples conjugação de preferências individuais da maioria dos eleitores. Os eleitores que não votaram no Presidente vencedor não comungaram dessas preferências e assim não se pode afirmar que compunham a “vontade popular”.

Ainda assim, há um dado importante: os eleitores do Presidente não são a totalidade dos indivíduos de uma dada sociedade, pois, por exemplo, os menores de 16 anos e os que perderam ou tiveram os seus direitos políticos suspensos não puderam votar. Não se pode dizer que esses indivíduos são parte da “vontade popular”. De maneira realista, temos que admitir que a decisão de escolher um Presidente é uma simples manifestação da vontade de uma maioria de votantes, não a escolha do povo ou a manifestação da vontade popular.

Da mesma forma, a decisão de escolher parlamentares não é a manifestação da vontade do povo, mas a manifestação da vontade de eleitores diversificados. A conclusão a que se chega, diante disso, é que os parlamentares somente teriam incentivos para agir, no máximo, de acordo com a vontade de seus potenciais eleitores. Isso se partirmos do pressuposto de que os eleitores são bem informados sobre as condutas de seu parlamentar.

Na ausência de informações adequadas acerca de como os parlamentares se comportam (assimetria de informação), os eleitores perdem a total capacidade de realizar a accountability política de seus representantes.<sup>48</sup> Os parlamentares, nessas circunstâncias, podem ter fortes incentivos para serem movidos, exclusivamente, por interesses alheios aos de seu eleitorado. Por exemplo, podem aprovar normas simplesmente para atenderem expectativas partidárias ou de lobbies.

Em suma, sob o ponto de vista de uma teoria positiva não há razões para entendermos que a lei é uma manifestação da vontade do povo, ao menos se quisermos ser realistas, seja porque o conceito de povo é

<sup>48</sup> PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan; MANIN, Bernard. Introduction. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan; MANIN, Bernard (orgs.). *Democracy, accountability and representation*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 43.

ilusório, seja porque as decisões de parlamentares não são, necessariamente, representativas das vontades de seus eleitores. A lei, na verdade, resulta de um processo de agregação de preferências dos parlamentares que, por sua vez, podem agir de maneira representativa de seu eleitorado ou não.<sup>49</sup>

Normativamente, a consequência de encararmos o processo legislativo dessa forma seria a de que não há também motivos para mitificar a lei e entender que o ativismo de uma Corte, na declaração de inconstitucionalidade da lei por razões não imediatamente previstas na positividade do texto constitucional, estaria a resultar em um atentado contra o povo ou a vontade popular, como quer Maus.

Há de se considerar também que existem evidências empíricas, na literatura, que indicam que as Cortes, em circunstâncias especiais, podem refletir melhor expectativas sociais ou atitudes que as instituições democráticas tradicionais. Com amparo em estudos de caso, Corinna Lain demonstrou que três decisões paradigmáticas da Suprema Corte Norte-Americana ocorreram em resposta à dificuldade de instituições democráticas tradicionais, como os Poderes Executivo e Legislativo, atenderem às necessidades decorrentes de mudanças socioeconômicas significativas e de um forte apelo da opinião pública por mudanças na legislação.<sup>50</sup>

De uma perspectiva positiva, essa constatação reforça as razões outrora suscitadas para não endeusarmos o Poder Legislativo.<sup>51</sup> É claro que também não há razão para endeusarmos a Corte Constitucional, considerando-a como uma agente capaz de solucionar todos os problemas da representação democrática. Atente-se: Corinna Lain não generalizou seu argumento. As evidências apenas indicaram que instituições democráticas tradicionais, como o Parlamento, podem ser insensíveis às expectativas sociais dos representados e, nessas circunstâncias, uma instituição como a Suprema

---

49 Para a teoria da escolha social (social choice), qualquer processo que promova a agregação de preferências não enseja, necessariamente, resultados justos, corretos ou consistentes com as preferências individuais dos eleitores ou votantes. Assim, ainda que os parlamentares desejem representar seus eleitores, o processo de votação pode levar a resultados incompatíveis com as preferências dos votantes. Cf., para uma discussão sobre o tema, RIKER, William. *Liberalism against populism: a confrontation between the theory of democracy and the theory of social choice*. Illinois: Waveland, 1982. p. 14; SEN, Amartya. The possibility of social choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999..

50 LAIN, Corinna Barrett Lain. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, n. 113, p. 113-183, p. 176-177, 2012.

51 Para a enunciação de outros argumentos que demonstram como a lei não reflete, necessariamente, a vontade dos eleitores, cf. LAIN, op. cit., p. 146-156.

Corte pode ser menos “contramajoritária” que o Parlamento,<sup>52</sup> atendendo a essas expectativas de maneira mais adequada que o Poder Legislativo.<sup>53</sup>

Desse modo, trazendo essa discussão para a realidade brasileira, podemos afirmar que seria muito otimismo pressupor que a maioria dos brasileiros se vê representada, constantemente, pelo STF. Pesquisas de opinião indicam, justamente, o contrário. De 2009 a 2015, a confiança da população no Poder Judiciário, mensurada pelo IBOPE, tem sido significativamente inferior à depositada em instituições como os meios de comunicação, as forças armadas e as empresas. Na verdade, com poucas oscilações e apesar de ser superior à confiança no Congresso Nacional, a confiança no Poder Judiciário tem sido equivalente ou inferior à depositada em instituições como a polícia e os bancos, o que é surpreendente e demonstra certa indiferença da população para com esse Poder.<sup>54</sup>

Mesmo o STF, que por força do processo do “mensalão” (Ação Penal 470/MG) teve índice de confiança significativamente superior ao dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Congresso Nacional em 2012,<sup>55</sup> gozou de um índice de confiança muito inferior ao dos meios de comunicação e das forças armadas.

Na verdade, o índice de confiança do STF, em 2012, foi de 54 pontos. Na escala do IBOPE, na qual 0 ponto significa “nenhuma confiança”, 33 pontos “quase nenhuma confiança”, 66 pontos “alguma confiança” e 100 pontos “muita confiança”,<sup>56</sup> 54 pontos significa que a população em geral tende a ter certa indiferença para com o STF ou, no máximo, uma confiança tão mínima que está próxima da indiferença.

Com isso, parece ser evidente que é precipitada qualquer conclusão no sentido de que o STF pode ser a via para se garantir a solução para o

---

52 LAIN, op. cit., p. 117.

53 De igual modo, Barroso cita exemplos de decisões do STF que atenderam mais às expectativas sociais que atitudes do próprio Congresso Nacional. Na terminologia desse autor, as decisões de uma Corte podem ser, apenas, contrarepresentativas, mas não, necessariamente, contramajoritárias. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 26-27.

54 IBOPE. *Índice de Confiança Social 2015*. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics\\_brasil.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf)>. Acesso em: 29 fev. 2016.

55 IBOPE. *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na Justiça*. Disponível em: <<http://177.47.5.246/noticias-e-pesquisas/confianca-do-brasileiro-no-stf-e-maior-do-que-na-justica/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

56 IBOPE. *Índice de Confiança Social 2015*. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics\\_brasil.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf)>. Acesso em: 29 fev. 2016.

problema da ausência de representatividade<sup>57</sup> ou, ao menos, para o problema da imperfeita representatividade do Poder Legislativo.

Dito isso, passemos a nosso segundo ponto. Normalmente, a norma a ser aplicada possibilita diversas interpretações em função da utilização de palavras vagas ou ambíguas ou mesmo por força de previsão expressa do texto normativo. São as denominadas “indeterminações” da norma.<sup>58</sup> Se várias interpretações são possíveis, não há como se exigir que as Cortes Constitucionais tenham a tarefa de aplicar estritamente a Constituição ou as leis em geral.

Na verdade, se várias interpretações são possíveis, fatores estranhos ao direito positivo, como preferências políticas, valores, crenças ou mesmo antecipação de custos políticos, sociais ou econômicos da decisão, passam a ser candidatos naturais para explicar a razão pela qual a Corte escolheu determinada interpretação em detrimento de outra.<sup>59</sup>

Isso é um processo normal, de modo que também Habermas não parece ter razão ao julgar inadequada a utilização da jurisprudência dos valores pelo Tribunal Constitucional alemão. Embora as normas jurídicas possuam uma estrutura lógica deontológica, terminam possibilitando múltiplas interpretações, de sorte que é praticamente impossível julgar sem a orientação de cânones extrajurídicos.

Por fim, Maus aparenta pôr muita ênfase no Poder Legislativo como principal arena decisória, obscurecendo o fato de que as múltiplas políticas públicas são elaboradas e implementadas nos mais diversificados espaços institucionais. O Poder Legislativo, nesse sentido, não é o principal espaço decisório em abstrato. Agências reguladoras, órgão judiciais, Tribunais de Contas, conselhos, escolas, universidades, ministérios e o Banco Central, por exemplo, são atestados da grande divisão de trabalho que impera no

---

57 Essa parece ser a expectativa de BARROSO (op. cit., p. 31) e de Eduardo Mendonça (MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 135), que fazem uma análise do índice de confiança do IBOPE sem atentarem para o significado do índice e da reputação do STF diante das outras instituições supracitadas (forças armadas e meios de comunicação). Como vimos, longe de o STF ser visto com grande confiança ou desconfiança, a população tende a ser indiferente para com a Corte e com o Poder Judiciário em geral.

58 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 388.

59 Para uma explicação detalhada de como fatores estranhos ao direito positivo podem afetar decisões das Cortes Constitucionais, cf. RIBEIRO, Ricardo. Preferências, custos da decisão e normas jurídicas no processo decisório das cortes: o modelo de múltiplos comportamentos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, n. 2, p. 264-296, p. 266s, jul./dez. 2011. Nesse texto, o autor discute os modelos legal, atitudinal, estratégico e de múltiplos comportamentos das Cortes Constitucionais.

Estado contemporâneo, representando, sobretudo, canais institucionais múltiplos por onde as ações dos atores políticos perpassam.

### 2.3 Legitimidade das Cortes Constitucionais

Outro argumento utilizado pelos autores para questionar o modo como as Cortes Constitucionais decidem é acusá-las de ilegitimidade. Nesse sentido, há duas vias para se utilizar esse argumento sob o ponto de vista normativo.

A primeira seria analisar a legitimidade da criação e do desenho institucional de uma Corte em si. A segunda seria discutir a legitimidade das decisões emitidas por essa Corte. Em ambas, procura-se, ao final, fazer algum julgamento normativo acerca desses aspectos, isto é, procura-se definir se o desenho institucional de determinada Corte ou o conjunto de suas decisões é legítimo ou não.

Sob a perspectiva positiva, contudo, a preocupação central seria apontar se é possível uma noção mais concreta de legitimidade, isto é, uma visão de legitimidade menos normativa e mais próxima daquilo que ocorre nas relações sociopolíticas, sem preocupações a priori com julgamentos de valor dessas Cortes ou de suas decisões.

Esse ponto é importante porque o conceito de legitimidade, normalmente, é tratado de maneira mais idealista nos discursos jurídico-normativos. Assume-se, nesses discursos, que seria possível haver um critério demarcador do que é legítimo e do que não é legítimo, no qual os seres humanos poderiam julgar os comportamentos dos agentes políticos segundo esses padrões.

A consequência desse tipo de abordagem é bem clara: a legitimidade passa a ser um critério definido por atores políticos para legitimar ou deslegitimar instituições e outros atores de acordo com sua conveniência ideológica. É, na verdade, uma arma da retórica política. Se, entretanto, quisermos atribuir um sentido mais objetivo ao conceito de legitimidade, teremos que tratá-lo de outro modo. É o que faremos.

Como vimos, Habermas entende que os procedimentos ideais que orientam o trabalho das Cortes asseguram racionalidade ao discurso de aplicação das normas, sugerindo, por sua vez, a legitimidade da criação de Cortes Constitucionais como o Tribunal Constitucional Federal alemão e a Suprema Corte norte-americana. Portanto, a legitimidade das Cortes, em si, dependeria, apenas, do fato de serem institucionalmente moldadas para a garantia dos bons procedimentos ideais de discussão.

A legitimidade das decisões dessas Cortes, por outro lado, dependeria da aceitabilidade racional das mesmas. Isso fica bastante claro quando Habermas critica a jurisprudência dos valores, capitaneada pelo Tribunal Constitucional Federal. Segundo este autor, os argumentos utilizados por essa Corte, ao desconsiderarem as diferenças entre normas e valores, terminam por aumentar o risco de uma fuga da normatividade constitucional em benefício de argumentos funcionalistas dependentes da visão parcial da Corte.

Nesse processo, problemas de legitimação das decisões do Tribunal surgiriam e a única solução para os mesmos seria uma mudança na autocompreensão que a Corte tem de suas decisões em benefício do reconhecimento de que suas decisões estão limitadas por normas. Alegar valores seria, então, aumentar o risco de decisões irracionais, o que, para Habermas, significa a mesma coisa que decisões ilegítimas, embora, no plano abstrato, a instituição Tribunal Constitucional Federal seja legítima.

De maneira semelhante, o idealismo constitucional adere a uma determinada visão de legitimidade que serve como critério político para desqualificar instituições e decisões, classificando-as como ilegítimas, mas, dessa vez, segundo a perspectiva ideológica do doutrinador. Isso acarreta uma profusão de propostas de aumento de legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal com justificativas pouco objetivas.

Na verdade, o conceito de legitimidade parece muito pouco claro, pois, em diversos momentos, transparece significar independência do Supremo Tribunal Federal perante o Poder Executivo, aceitação das decisões pelo povo ou, até mesmo, o resultado de múltiplos fatores. Seja como for, convém tomar algumas precauções metodológicas.

Supostamente, essas noções de legitimidade são científicas, isto é, objetivas, baseadas em teorias empiricamente fundadas. Na verdade, refletem ideologias políticas dos autores, as quais buscam julgar, normativamente, as instituições e as ações dos outros atores como legítimas ou não.

Sob uma perspectiva positiva, entretanto, o conceito de legitimidade não pode depender de visões parciais de mundo, de critérios unilaterais fundados nas crenças de determinado autor. O conceito deve ser o mais objetivo possível. Sejamos mais claros.

A noção habermasiana de legitimidade como aceitabilidade racional das decisões da Corte, por exemplo, não é uma concepção teórica objetiva. É, em última análise, uma proposta conceitual de legitimidade pautada pela agenda de

pesquisa do autor. Isso porque uma versão realista do conceito de legitimidade teria que levar em consideração que a legitimidade de uma instituição e da ação política de seus atores não pode depender dos julgamentos parciais ou de concepções do bem do autor. Deve depender, em verdade, do suporte que a coletividade dá a essa instituição e a esses atores políticos independentemente das crenças pessoais de determinado autor como teórico ou como doutrinador.

Para isso, um conceito positivo de legitimidade deve aferir se as instituições e os atores agem legitimamente a partir de critérios objetivamente relacionados ao apoio que os mesmos possuem perante os indivíduos de uma dada comunidade, pois só assim o conceito de legitimidade pode ganhar alguma objetividade: instituições e atores legítimos são aqueles que recebem apoio; instituições e atores ilegítimos são os que não recebem apoio.

A legitimidade de uma instituição como a Corte Constitucional, portanto, deve ser definida como lealdade institucional dos indivíduos para com a instituição, mesmo que haja discordâncias eventuais acerca do teor das decisões tomadas pela mesma em curto prazo. Há de se distinguir, portanto, os conceitos de apoio difuso e apoio específico a uma instituição.<sup>60</sup> Enquanto o apoio específico tem a ver com concordância imediata com as políticas decididas pela instituição, o apoio difuso significa lealdade para com a instituição em longo prazo.

Isso quer dizer, por exemplo, que não há problema para a legitimidade se os indivíduos discordam de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, não dando apoio específico, desde que entendam, em sua maioria, que o Supremo Tribunal Federal funciona adequadamente a longo prazo e no conjunto de suas decisões, o que representa um apoio difuso.

A noção de apoio pode dar a sensação de que os indivíduos, em uma sociedade, incomodam-se ou são cientes do funcionamento de todas as suas instituições. Indivíduos reais, entretanto, não estão atentos ao trabalho da totalidade das instituições.

Isso não retira a legitimidade dessas, pois legitimidade não pode significar, em circunstâncias de complexidade social, somente ter consciência das atividades desempenhadas pela instituição, mas, sobretudo, não se opor à mesma ou ser indiferente para com a existência de determinada instituição, pois, na vida concreta, mesmo que conheçamos algumas instituições, ainda assim existem centenas (ou milhares!) de outras que não conhecemos ou

---

60 GIBSON, James. *The legitimacy of the United States Supreme Court in a polarized polity*. Washington, Washington University in St. Louis, version 1.11, p. 1-39, jun. 2006. p. 5s.

sequer temos informação relevante para julgá-las normativamente, embora possuam influência direta ou indireta em nossas vidas.<sup>61</sup>

Como consequência, nossa visão não é nada afeita às teses que adoram ver crises de legitimidade nas instituições. A crise de legitimidade, sob a perspectiva positiva, é excepcional e, normalmente, é o resultado de convulsões sociais ou revoluções, embora possam ocorrer em momentos de maior instabilidade política.

Essas observações podem causar espécie às visões normativas expostas, mas estamos certos de que é um modo de ver a legitimidade mais realista que as propostas que desqualificam a legitimidade de uma instituição porque, simplesmente, o dogmático ou o filósofo acredita que ela não preenche qualificativos relevantes ao autor, como “ser sensível ao povo”, “obter o consenso dos indivíduos”, “permitir a democracia direta”, “efetivar direitos fundamentais”, “respeitar a força normativa da Constituição”, “garantir a racionalidade do discurso de aplicação normativa”, entre muitos outros.

#### 2.4 O que Faz, afinal, uma Corte Constitucional?

A abordagem anterior leva a uma nova discussão, a dos objetivos de uma Corte Constitucional. No Brasil, o art. 102, caput, da Constituição, fixa, claramente, a tarefa do Supremo Tribunal Federal – a de “guarda da Constituição”. O problema principal que esse objetivo suscita poderia ser resumido em uma simples pergunta: o que é ser guardião de uma Constituição?

A resposta mais tradicional poderia ser: “ser guardião seria efetivar a Constituição e protegê-la contra investidas não autorizadas dos Poderes e dos agentes políticos”. Não só essa resposta é a mais óbvia como é a mais comum na doutrina constitucional. Variações dessa seriam as perspectivas que defendem que, além disso, as Cortes teriam como objetivo efetivar direitos fundamentais, ou efetivar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou entrincheirá-los contra a ofensiva dos atores políticos. Essas respostas, típicas do idealismo constitucional, são todas provisórias e deixam a desejar diante do exame da realidade.<sup>62</sup>

---

61 Em circunstâncias de complexidade social, é difícil até mesmo asseverar que a autoridade de uma Corte Constitucional é “aceita”, como afirma MENDONÇA (op. cit., p. 157). Como já vimos a partir da análise da pesquisa sobre confiança nas instituições, os cidadãos não afetados pelas decisões do STF parecem muito mais indiferentes às atividades desse órgão, ressaltadas, é claro, situações excepcionais de grande comoção social e com visibilidade na mídia.

62 Além dos autores do idealismo constitucional já mencionados, Barroso (op. cit., p. 19-20) também enuncia afirmação equivalente.

Vamos procurar, entretanto, demonstrar os limites dessa visão a partir da seguinte assertiva: os Ministros, ao decidirem, não procuram defender uma Constituição pura e simplesmente; na verdade, decidem casos envolvendo qual sentido deveria ser dado a uma Constituição e, portanto, ao decidirem, terminam por guarnecer o sentido que a maioria da Corte quer dar à Constituição em um dado momento histórico.

Observe-se que essa asserção traz uma crítica direta às concepções que defendem que a Constituição seria uma espécie de texto autônomo com sentido próprio. Na verdade, como documento jurídico, a Constituição é um mero texto normativo e sua interpretação depende completamente do sentido que os seres humanos fixam ao mesmo.

O texto normativo, em verdade, funciona como limite ao processo de interpretação, autorizando múltiplas interpretações e, ao mesmo tempo, rejeitando de antemão outras, dada a estratégia linguística com o qual foi construído.<sup>63</sup> Cessa aí, entretanto, o papel do texto normativo. O texto normativo não oferece pautas claras e objetivas para apontar como um determinado caso deveria ser julgado, salvo em casos excepcionais.

Se isso é verdade, afirmar que a Corte é guardiã da Constituição é algo simples em demasia, pois não há como ser guardiã de algo que não tem um só sentido pré-fixado de antemão.

Isso é mais evidente ainda nos conflitos constitucionais. Com ampla frequência, cada conflito constitucional suscita, ao menos, duas formas de resolvê-lo, ou seja, duas possibilidades de decisão. Com isso, não há como ser guardiã de um significado que não está determinado de antemão, pois somente será “conhecido” a posteriori, quando da imposição das interpretações pela própria Corte.

Ora, se os conflitos constitucionais suscitam duas ou mais interpretações acerca de como se deveria proteger um direito fundamental, não há como a Corte ser guardiã do direito fundamental se não há um só sentido a ser dado ao caso, isto é, se os próprios limites do exercício desse direito fundamental estão por serem fixados pela própria Corte.

De uma perspectiva positiva, seria melhor que a dogmática constitucional reconhecesse esse fato simples e redefinisse o modo como interpretamos o artigo supra, pois ser a guardiã não pode significar ser a

---

63 RIBEIRO, Ricardo. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 31-36.

protetora de um sentido estático da Constituição porque ele, simplesmente, não existe. Na verdade, ser a guardiã significa, apenas, ter a competência para fixar qual é o sentido autorizado da Constituição, quando da ocorrência de conflitos ou questões de natureza constitucional.<sup>64</sup>

Para ilustrar essa ideia, tomemos em consideração a discussão sobre o direito ao aborto. Na Alemanha, nos Estados Unidos e no Brasil, o aborto é um tema que levanta extrema polêmica por razões normalmente religiosas. Reforça a polêmica o fato de que, nas três Constituições desses países, não há dispositivos claros acerca da autorização ou não para a realização do aborto.

Na Alemanha e nos Estados Unidos, contudo, já existem decisões definitivas acerca da existência ou não desse direito. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal declarou a inconstitucionalidade de uma norma que tentou positivar o direito ao aborto. Nos Estados Unidos, o direito ao aborto foi consagrado, amplamente, pela Corte e, após sucessivas decisões, sofreu restrições.<sup>65</sup> O que há em comum nesses casos?

Ora, as Cortes atuaram de maneira diferenciada em nome da proteção aos direitos fundamentais. A Constituição apenas mencionava o direito à vida, sem especificar limites a esses direitos; nos dois casos, esse direito foi interpretado de maneira distinta, ensejando conclusões diferenciadas. Vejamos.

Foi no caso *Roe versus Wade*,<sup>66</sup> julgado em 22 de janeiro de 1973, que os Estados Unidos consagraram o direito ao aborto. Essencialmente, a Suprema Corte, sob a liderança do Justice Blackmun, entendeu que as redações das leis criminais estaduais que proibiam o aborto, independentemente do

---

64 É impressionante como inúmeros doutrinadores admitem, teoricamente, a textura constitucional aberta, mas não derivam daí a conclusão mais óbvia: se múltiplas interpretações são possíveis, não há uma só interpretação correta, assim como não se pode ter a expectativa de criar parâmetros claros de interpretação que deveriam ser seguidos pelas Cortes Constitucionais. Não há, portanto, como criar, doutrinariamente, diretrizes argumentativas objetivas que possam orientar o STF a agir de maneira ativista ou com autocontenção em determinadas situações. No máximo, essas diretrizes devem ser entendidas como topos, pontos de partida argumentativos que permitam manipulação de seu sentido pelo agente encarregado da interpretação. Com isso, deixo claro que sou extremamente cético quanto ao projeto de Mendonça de apresentar parâmetros a serem seguidos pelo STF para fins de autocontenção. Como se vê em MENDONÇA, op. cit., p. 161-162; 169-175, os parâmetros para atuação ou autocontenção formulados pelo autor geram margem a várias interpretações no processo de aplicação de normas. A nosso ver, as situações de deferência (ou ativismo) frente os Poderes Executivo e Legislativo podem ser explicadas por razões mais relacionadas com o cálculo político do STF, como se pode teorizar a partir de RIBEIRO, op. cit., p. 216s.

65 No Brasil, o aborto não é considerado permitido, salvo diante das exceções trazidas pelo Código Penal, mas o Supremo Tribunal Federal entendeu, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que haveria o direito ao aborto nos casos de gravidez de feto anencéfalo.

66 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>. Acesso em: 19 out. 2015.

estágio da gravidez da mulher,<sup>67</sup> incorriam em lesão ao princípio do devido processo legal previsto pela Emenda Constitucional n° 14.

Segundo Blackmun, como múltiplos interesses decorrem do aborto, deve haver uma especificação mais adequada dos termos em que seria possível esse direito, pois estão em jogo o interesse da mulher e o interesse do Estado em regular o direito à vida. Nos termos de sua decisão final, até quase o final do primeiro trimestre de gravidez a opção deveria estar nas mãos do médico e da própria grávida. Por volta do período imediatamente posterior ao terceiro mês, o Estado poderia regular procedimentos para a realização do aborto de acordo com o julgamento médico. Por fim, após esses dois períodos, o Estado poderia até mesmo proibir o aborto, salvo nos casos de preservação da saúde da mãe.

Logo, vê-se um claro trade off entre diferentes perspectivas de efetivação dos direitos fundamentais. Ao decidir pelo direito à opção, a Corte, em tese, escolheu fixar um direito fundamental que lesaria o direito à vida segundo a perspectiva dos grupos “pró-vida”. Não se pode dizer, portanto, que a Corte se limitou a proteger direitos fundamentais; ela fez mais que isso: decidiu qual seria o sentido autorizado do direito fundamental, qual seria a interpretação válida segundo a compreensão das autoridades competentes para decidir o caso, ainda que isso acarretasse lesão a outros direitos fundamentais considerados relevantes por grupos sociais opostos do movimento “pró-vida”.

O mesmo fato aconteceu no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, quando da decisão BVerfGE 39, 1.<sup>68</sup> Nesse caso, após declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, a Corte decidiu que o feto merece proteção à vida desde a fecundação, salvo nos casos de deformidades graves, estupro e risco de vida para a mãe.

Por esse ponto de vista, a mãe não teria qualquer direito a realizar aborto, pois o direito a ser protegido seria o do feto. O curioso aí é perceber que, tal qual a Corte norte-americana, está-se a definir qual seria o direito fundamental a ser exercido. A Corte alemã não está simplesmente protegendo um direito fundamental, um direito claro do feto, mas está definindo esse direito, constituindo-o, mesmo que, para isso, tenha que desconhecer outro possível direito – o da mãe.<sup>69</sup>

---

67 Só havia exceção para abortos necessários à preservação da saúde da mãe.

68 Para a leitura da decisão em inglês, conformar em: <[http://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/germandecision/german\\_abortion\\_decision2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/germandecision/german_abortion_decision2.html)>. Acesso em: 19 out. 2015.

69 É certo que, na prática, a percepção desse fato fica obscurecida porque a decisão judicial, nas Cortes Constitucionais, fundamenta suas conclusões em um estilo de argumentação que simula a revelação de

Os dois casos acima chamam a atenção pelo fato de serem polêmicos à luz da opinião pública e/ou dos atores políticos. Diferentemente do imaginado pelo idealismo constitucional, as duas Cortes tomaram decisões que não incorreram, necessariamente, em apoio da maioria ou dos líderes políticos da época, seja porque a questão dividia a população, seja porque a maioria da população era contrária à visão da Corte.<sup>70</sup>

No caso norte-americano, a decisão da Corte Suprema no caso *Roe versus Wade* até aumentou a oposição dos atores políticos contra o direito ao aborto.<sup>71</sup> A decisão da Corte alemã, por outro lado, foi absolutamente contrária ao consenso político e popular da época. Não só passou por cima dos anseios das visões progressistas do período, como foi contrária à consagração de um direito que tinha, aproximadamente, 75% do apoio da população, segundo pesquisas por survey realizadas na Alemanha dois anos antes de o aborto ser autorizado pelo Parlamento.<sup>72</sup>

Como consequência, é fácil notar que direitos fundamentais protegidos por cada Corte não são “invariantes axiológicas”. São históricos, isto é, determinados por instituições, lutas políticas e preferências dos atores políticos relevantes que tomam as decisões políticas mais importantes de um país.

### 3 CONCLUSÃO

Este artigo analisou, criticamente, os pressupostos das teorias normativas da jurisdição constitucional à luz dos cânones da teoria positiva. Inicialmente, foram salientados alguns postulados do liberalismo clássico, da teoria do discurso habermasiano e do idealismo constitucional brasileiro para, em seguida, criticá-los a partir de discussões da Ciência Política contemporânea.

Ao fim de todo esse esforço, pudemos observar que não faz sentido sustentarmos a vinculação clássica entre soberania parlamentar e vontade popular, nem muito menos crer na possibilidade de eleitores se verem efetivamente

---

um direito já posto ao invés de se deixar claro que está sendo criado um direito ou sendo escolhido um sentido pelos Ministros da Corte dentre outros igualmente possíveis.

70 É importante salientar esse ponto, pois, para Agra (op. cit., p. 169), a Corte norte-americana e a Corte alemã são os dois grandes exemplos de uma jurisdição constitucional que cumpriria as grandes tarefas de densificação da jurisdição constitucional salientadas por ele: respeito pela democracia, proteção aos direitos fundamentais, geração de consenso popular em torno da proteção aos direitos fundamentais, entre outras.

71 ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago/London: The University of Chicago, 1993. p. 295.

72 SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford, 2000. p. 110.

representados por seus parlamentares. Consequentemente, o ativismo judicial de uma Corte não pode ser visto como uma lesão à vontade popular.

A atuação das Cortes Constitucionais também não deve ser considerada ilegítima por não preencher alguma expectativa normativa. A ilegitimidade, em termos objetivos, somente surge em momentos críticos em que o suporte a determinada instituição deixa de ter amparo dos indivíduos no longo prazo. Discordâncias eventuais, críticas ou insatisfações com decisões das Cortes Constitucionais não significam qualquer crise de legitimidade, de modo que, em princípio, a expansão do poder decisório dessas instituições não deve ser encarada como algo ilegítimo.

Por fim, verificamos que as Cortes Constitucionais são muito mais que meras guardiãs de um sentido positivado pela Constituição. Ao decidirem questões constitucionais, ditam qual seria o sentido a ser dado ao texto constitucional, de modo a delimitar quais direitos devem ser protegidos em detrimento de expectativas de proteção a direitos igualmente relevantes para outros grupos sociais e/ou políticos.

Como se viu, se as normas possibilitam várias interpretações, o sentido que a Corte designa a uma Constituição não depende, exclusivamente, do texto constitucional, mas é o produto de fatores extrajurídicos. As indeterminações normativas, nesse sentido, possibilitam múltiplas interpretações, o que faz com que as decisões das Cortes representem verdadeiras escolhas fundadas em preferências, crenças, valores ou ponderações de custo-benefício dos impactos de uma decisão judicial na realidade ou junto a outros atores.

Fica evidente, portanto, que as Cortes Constitucionais, longe de simplesmente operarem como guardiãs de um sentido normativo previamente estatuído pelas respectivas Constituições, atuam como verdadeiras criadoras de normas constitucionais. São as instituições autorizadas a decidirem por último ou com exclusividade sobre como se dará a interpretação de determinado dispositivo do texto normativo.

**REFERÊNCIAS**

- AGRA, Walber. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 93-158.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 3-34.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, São Paulo: USP, 18(51), p. 127-150, 2004.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.
- CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, n. 3, p. 673-690, 2004.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FORSTHOFF, Ernest. *El estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GIBSON, James. *The legitimacy of the United States Supreme Court in a polarized polity*. Washington, Washington University in St. Louis, version 1.11, p. 1-39, jun. 2006.
- GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?*. University of Virginia School of Law, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Massachusetts: The MIT press, 1996.
- IBOPE. *Índice de confiança social 2015*. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics\\_brasil.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf)>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na Justiça*. Disponível em: <<http://177.47.5.246/noticias-e-pesquisas/confianca-do-brasileiro-no-stf-e-maior-do-que-na-justica/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LAIN, Corinna Barrett Lain. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, n. 113, p. 113-183, 2012.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 133-176.
- PRZEWORSKI, Adam; MANIN, Bernard; STOKES, Susan. Introduction. In: PRZEWORSKI, Adam; MANIN, Bernard; STOKES, Susan (orgs.). *Democracy, accountability and representation*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 1-54.
- RIBEIRO, Ricardo. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- RIBEIRO, Ricardo. Preferências, custos da decisão e normas jurídicas no processo decisório das cortes: o modelo de múltiplos comportamentos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, n. 2, p. 264-296, jul/dez, 2011.
- RIKER, William. *Liberalism against populism: a confrontation between the theory of democracy and the theory of social choice*. Illinois: Waveland, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?*. Chicago/London: The University of Chicago, 1993.
- SEN, Amartya. The possibility of social choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999.
- SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford, 2000.
- TUSHNET, Mark. Non-judicial review. *Harvard Journal of Legislation*, v. 40, p. 453-492, 2003.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115, p. 1346-1406, 2006.