

Artigo publicado em revista jurídica.

A Expansão da Jurisdição Constitucional

WALBER DE MOURA AGRA

Pós-Doutor pela Universidade de Bordeaux

Doutor em Direito pela UFPE/Universidade de Firenze

Procurador do Estado de Pernambuco

Professor da UFPE

Advogado

1.) Jurisdição Constitucional como Instrumento do Estado Democrático Social de Direito

A jurisdição constitucional é um instrumento indelével para a realização das finalidades do Estado Democrático Social de Direito. Em todos os continentes, em maior ou menor grau, há um elastecimento das decisões judiciais para atender as demandas sociais. Não se pode mais pensar na divisão de poder nos moldes clássicos, para atender as cominações da Carta Magna, a jurisdição constitucional tem que ter um posicionamento mais atuante, muitas vezes entrando em searas que secularmente eram de competência de outros poderes. Daí a necessidade imperiosa de se estudá-la.

A etimologia da palavra provém da soberania estatal, traduzindo-se na prerrogativa de concretizar o direito substantivo.¹ A função da jurisdição é robustecer o princípio da soberania, que indiscutivelmente se configura como um apanágio inerente ao Estado. A soberania representa a mais alta autoridade, o poder supremo dos entes estatais que é personificado nos dispositivos legais, constituindo-se na “verdade específica” do Estado.² Explica o Professor Pinto Ferreira que a soberania é a propriedade de ser de uma ordem suprema e, em razão dessa supremacia, se configura como independente nas suas relações com as pessoas de existência exterior.³ Ao ser incumbido de garantir a efetividade de um ordenamento jurídico através da jurisdição, o Estado está manifestando a soberania que lhe é inerente.⁴

O conceito de jurisdição constitucional, na acepção brasileira, ou *giustizia costituzionale* como preferem os italianos, ou *constitution adjudication* como a denominam os norte-americanos, ou *jurisdicción de la constitución* como denominam os espanhóis, ou *verfassungsgerichtsbarkeit*, como denominam os alemães, configura-se de difícil definição, haja vista que já na sua formação abriga dois conteúdos semânticos de difícil precisão: jurisdição e Constituição. No seu sentido objetivo a dificuldade é estabelecer o que é uma matéria constitucional, pois essa é ampliada por uma Lei Mater de extensão analítica como a brasileira, por motivo de se tentar garantir uma determinada estabilidade jurídica. Do ponto de vista subjetivo, a dificuldade consiste em delimitar a extensão de quem pode exercê-la, com a finalidade de evitar choques entre as instâncias diversas, em virtude de que o ordenamento brasileiro permite o seu exercício, tanto através do Supremo Tribunal Federal, quanto das instâncias judiciárias inferiores.

¹ Ensina Pontes de Miranda: “Anteriormente, nos comentários ao início do Código de Processo Civil, ao tratarmos do princípio da pretensão processual dirigida ao Estado, frisamos que a expressão “jurisdição”, no sentido de todo o poder público, seja legislativa, seja judiciária, seja executiva, revela conteúdo medieval. O sentido exato é o de poder dizer o direito (*dicere jus*), razão por que se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de “dizer” (*dictio*) qual a regra jurídica, o *ius*, que incidiu”. MIRANDA, Pontes de . *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5º ed., Tomo I, Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 78.

² PAUPERIO, Machado A. *Teoria Geral do Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 136.

³ FERREIRA, Pinto. *Novos Rumos do Direito Público*. 2 ed., Recife: Sopece, 1998. P.122.

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. P. 75.

Biscaretti di Ruffia, que foi professor na Universidade de Milão, afirma que em senso objetivo a jurisdição constitucional abrange as funções constitucionais que têm a finalidade tutelar os direitos e interesses pertinentes à matéria constitucional; em senso subjetivo, está a indicar um órgão diverso da magistratura ordinária, para exercer essa função, geralmente com um procedimento diferente do utilizado pela jurisdição comum (afirmação válida apenas para os países que instituíram um tribunal constitucional).⁵

Segundo Pedro Cruz Villalón, a jurisdição constitucional passou por um processo de desenvolvimento para assumir a sua atual feição. A derivação mais antiga da jurisdição constitucional é aquela política, denominada de jurisdição política, encontrada nos países europeus, que tem um nascimento anterior à jurisdição jurídica. Ela tinha a finalidade de pacificar as relações entre os sujeitos políticos, representantes de uma estruturação de poder, através do arbitramento das suas litigâncias por uma câmara ou uma assembléia. Em um segundo momento, ela se encontra preocupada em sedimentar a sua supralegalidade, estabelecendo que as leis infraconstitucionais devem se subordinar aos parâmetros da Constituição, firmando o controle de constitucionalidade. E em um terceiro momento, ela é associada à jurisdição dos direitos fundamentais, configurando-se como um instrumento para a sua concretização, realizando o reforço da tutela de determinados direitos.⁶

O conceito de jurisdição constitucional, algumas vezes, é estabelecido com a mesma definição de garantias constitucionais, refletindo que o seu escopo maior é assegurar os direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a extensão do conceito de jurisdição constitucional se resume a garantias constitucionais, para simbolizar a importância que os direitos fundamentais assumem no ordenamento jurídico. Essa perspectiva, ao restringir a amplitude do conceito de jurisdição constitucional, descarta importantes esferas de sua atuação, o que não contribui para a sua integral percepção.

A jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo

⁵ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*. 7 ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. P. 556.

⁶ VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Curiosidad Del Jurista Persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. P. 489-491.

com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática. Esta exprime a intenção de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do arrefecimento de sua força normativa.

Esse conceito, como a terminologia já esclarece, tem como finalidade a concretização das normas contidas na Constituição Federal, impossibilitando a sua atuação na concretização de normas infraconstitucionais. Esta última função pode ser implementada pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

Destarte, seu alcance abrange toda a prestação jurídica compreendida nos dispositivos constitucionais, garantindo o princípio da universalidade de jurisdição e, conseqüentemente, resguardando o Estado Democrático Social de Direito. Se a jurisdição constitucional não for realizada segundo os parâmetros do regime democrático e dos direitos fundamentais ela deixa de ser um esteio do Estado Democrático Social de Direito e passa a ser uma chancela da arbitrariedade.

Com o advento do Estado Social o conceito de jurisdição constitucional tem sofrido substanciais modificações, apartando-se de sua definição tradicional de *jurisdictio*, fundada no direito positivo, formatada dentro da distinção entre produção normativa e aplicação judicial. A jurisdição constitucional ganha novo relevo com as demandas sociais de um Estado cada vez mais complexo, que exige um direito principiológico, decretando a falência da exclusividade do Direito legislado, levando em conta princípios que mantêm a sincronia do ordenamento com a sociedade. Há um maior espaço de elaboração para as decisões judiciais, sendo os juízes levados muitas vezes a colmatar uma lacuna jurídica, para manter a eficácia da Constituição e a completude do ordenamento jurídico.

Apesar de a jurisdição constitucional ganhar mais força nos países que instituíram um Tribunal Constitucional específico, na sistemática adotada pelo Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal tanto exerce a jurisdição constitucional, quanto funciona como última instância da jurisdição ordinária, ela também exerce uma importante função, no sentido de assegurar proteção para os dispositivos constitucionais, velando pela sua concretização.

A jurisdição constitucional compreende, além do controle de constitucionalidade, a regulamentação do processo de *impeachment*; os conflitos de atribuições; as garantias processuais contidas na Constituição; a tutela dos direitos fundamentais; a estruturação do Poder Judiciário; o delineamento do sistema federativo de Estado; a criação de partidos políticos; as normas do regime político etc. Dentre todas essas atividades, uma das mais relevante, de forma clara, é o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, com a finalidade de garantir a supralegalidade das normas constitucionais.

De forma esquemática, podemos dizer que a jurisdição constitucional compreende as seguintes atividades: a) proteção e garantia de concretização dos direitos fundamentais; b) controle de constitucionalidade das normas e atos normativos; c) controle e fiscalização do sistema eleitoral, englobando os institutos da democracia participativa, como o plebiscito e o referendo, com o escopo de velar pela lisura das eleições; d) funcionamento como instância judiciária, para assegurar o equilíbrio federativo, solucionando os litígios entre os entes componentes do Estado; e) demarcação dos limites de incidência das competências dos entes federativos; f) controle dos poderes públicos para que eles possam atuar com eficiência e atender ao bem comum da sociedade.

2.)Densificação da Jurisdição Constitucional

A jurisdição constitucional representa um dos pilares básicos para o estabelecimento do Estado Democrático Social de Direito adquirindo um papel imprescindível para a concretização dos dispositivos constitucionais, ultrapassando, por causa desse motivo, os modestos limites de sua atuação atribuída por Montesquieu.⁷ Devido ao relevante papel que ocupa no ordenamento jurídico, o aumento das prerrogativas da jurisdição constitucional representará o incremento nas funções da jurisdição ordinária.

Atualmente, assiste-se a um aumento no exercício das funções judiciárias e da jurisdição constitucional em quase todos os países

⁷ BANDRÉS, José Manuel. “Poder Judicial y Constitución”. In: *La Aplicación Jurisdiccional de la Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. P. 10.

ocidentais. Afora os países que seguem o sistema do *common law*, pelas peculiaridades que lhes são inerente, essa preponderância de atuação não encontra um respaldo histórico de longa data, sendo forcejado mais por contingências fáticas, fruto do desenvolvimento do sistema econômico. A afirmação feita por Alexandre Hamilton, de que o Judiciário é o mais frágil dos três poderes, pois não dispõe nem da espada, nem da bolsa para garantir auto-executoriedade de suas decisões, por isso encontra-se ultrapassado pela evolução da sociedade.⁸ Tocqueville também não considera que o Poder Judiciário possa ser visto como um superpoder pois lhe faltam as condições necessárias para sobrepujar os demais poderes, uma vez que deve pautar as suas decisões pelos mandamentos legais.⁹

Para Neal Tate e Torbjörn são vários os fatores que contribuem para expandir a atuação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário. Em âmbito internacional, os citados autores elencam os seguintes fatores: a falência do socialismo totalitário do leste europeu e o desaparecimento da União Soviética, deixando os Estados Unidos como a única superpotência, e como eles são o centro do *judicial activism*, a influência desse modelo foi avassaladora; o processo de democratização da América Latina, Ásia e África que possibilitou um maior desenvolvimento da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário, alicerçando-se no princípio da legalidade; a influência da jurisprudência e da ciência política americana, que assumem grande importância por causa do sistema do *common law*; o significativo papel

⁸ “Qualquer um que analisar atentamente os poderes que formam um Estado poderá perceber que em uma Constituição em que eles sejam rigorosamente separados, o poder que apresenta um menor perigo para os direitos políticos sancionados pela Carta Magna será sempre o Judiciário, pela própria natureza das funções que ele desenvolve, haja vista que ele terá sempre as menores prerrogativas para obstacular ou afrontar os outros poderes. O Executivo, de fato, além de gozar dos predicados inerentes a um poder, dispõe também da espada. O Legislativo, de fato, além de gozar dos predicados inerentes a um poder, dispõe também da espada. Ele não apenas tem a bolsa, mas, absolutamente, estabelece as normas que delineiam os direitos e os deveres de cada um dos cidadãos. O Judiciário, ao contrário, não pode influenciar nem com a espada nem com a bolsa, não pode administrar nem a força nem a riqueza da sociedade e não pode proferir alguma decisão que seja verdadeiramente auto-executável”. HAMILTON, Alexandre. *Il Federalismo*. Trad. Biancamaria Tedeschini Lalli. Milano: Edizioni Olivares, 1980. P. 218-219.

⁹ “Os americanos entregaram aos seus tribunais um imenso poder político; todavia, obrigou-os a atacar a lei apenas com meios jurídicos, dessa forma diminuíram em muito o perigo deste poder. Se os juízes pudessem se pronunciar contra uma lei de maneira teórica e geral; se pudessem tomar a iniciativa de censurar os legisladores, tornando-se partidário do interesse de algum partido, poderiam excitar todas as paixões que dividem o país e poderiam fazer parte dessa luta”. TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia in America*. Trad. [s.t], Milano: Rizzoli, 1999. P. 104.

desempenhado pelas cortes internacionais, como a Corte de Direitos Humanos de Strasburgo.¹⁰

O fator que mais força exerce para o alargamento da atuação da jurisdição constitucional é o fortalecimento dos direitos fundamentais, que ocorre de forma global, principalmente nas democracias ocidentais. Quanto maior for o recrudescimento dos direitos fundamentais, maior deverá ser a atuação da jurisdição constitucional para garantir a sua concretização. Ao mesmo tempo em que esta é uma de suas funções é uma forma de legitimar a expansão de sua atuação, além de garantir um direcionamento para a sua atuação.

Um maior aumento do âmbito de atuação da jurisdição constitucional também dependerá do grau de preparo e do teor de reputação que gozam os seus membros. Quanto mais bem fundamentadas forem suas decisões e maior notoriedade de conhecimentos tiverem os seus componentes, maior serão a sua aceitabilidade no meio jurídico. De igual modo, no tocante à honorabilidade dos juízes, esta deve ser impecável, tanto na sua conduta pessoal como profissional.

A expansão da atuação dos tribunais constitucionais não é apenas um fenômeno restrito à jurisdição constitucional, ocorrendo com o Poder Judiciário também em sua esfera ordinária. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte e a magistratura sempre desempenharam um papel ativo na sociedade, inclusive construindo a doutrina do *judicial activism*; na Alemanha, há vários posicionamentos do Tribunal Constitucional assegurando a concretização dos direitos fundamentais; na Espanha, além das firmes decisões do seu Tribunal Constitucional, pode ser mencionado o caso do pedido de extradição de Pinochet; na Itália, a campanha promovida nos anos noventa contra a corrupção política e a máfia; na França, o combate aos desmandos políticos etc.

Na esfera penal a atuação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário tem se mostrado bastante desenvolvida, principalmente nos países europeus. Nessa função há uma

¹⁰ TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn. "The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics". In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 2-4.

recuperação de vetores éticos da política, como o princípio da moralidade, do interesse público etc. A jurisdição constitucional e o Poder Judiciário nesses casos são chamados a intervir para assegurar a substancialização da seara política, mediante princípios ético-morais, ao mesmo tempo em que contribuem para suprir o déficit de legalidade que existe no gerenciamento da coisa pública.

Nos países periféricos, que não têm uma longa tradição de respeito às leis, a jurisdição constitucional nunca desempenhou o seu papel de forma autônoma. Na maioria dos países, ela sempre foi atrelada à elite política e econômica, servindo como um órgão que tem a missão de cancelar as decisões políticas. Todavia, mesmo com essa limitação, em virtude dos fenômenos anteriormente mencionados, tanto nacionais como internacionais, assiste-se nos países periféricos, de forma paulatina, ao fortalecimento da jurisdição constitucional como forma de propiciar uma maior proteção às disposições jurídicas, principalmente às normas constitucionais.

Essa extensão na atuação da jurisdição constitucional e do próprio Poder Judiciário tem gerado atrito com os demais poderes, o que motiva o Poder Legislativo a formular vários projetos legislativos com o desiderato de podar as prerrogativas dos tribunais constitucionais e da magistratura, em sentido geral. Mas, mesmo que os projetos de lei sejam concretizados, a amplitude da atuação das Cortes Constitucionais e dos Tribunais não será arrefecida, em primeiro lugar, porque há uma crise no arcabouço normativo, fruto da sociedade pós-moderna, que cada vez exige leis mais flexíveis. E em segundo lugar, porque diante da caótica e abundante produção legislativa faz-se necessário, cada vez mais, uma interpretação técnica para saber qual a disposição normativa que vai ser aplicada ao caso concreto. Essa produção caótica esquece de uma parêmia clássica do processo legislativo: de que as leis devem ser simples e claras, construídas de maneira a mais precisa possível, a fim de evitar problemas na sua interpretação.¹¹

Como a tendência das disposições normativas é a de ser mais genérica e abstrata para atender às necessidades da coletividade, o alcance da extensão das decisões da jurisdição constitucional e do

¹¹ CARBASSE, Jean-Marie. *Introduction Historique au Droit*. 2 ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1998. P.293.

Poder Judiciário, de uma forma geral, não tenderá a diminuir, o que se leva a buscar uma limitação legal para essa atuação e uma fundamentação de legitimidade, que possa colocar essas importantes decisões sob o controle da população.

O aumento da atuação do Poder Judiciário, como um todo nas sociedades ocidentais, tem levado muitos autores a sustentar que está ocorrendo uma involução no Estado Democrático Social de Direito, transformando-se em um Estado Jurisdicional, em decorrência de que o Judiciário e os tribunais constitucionais não adquirem sua legitimidade diretamente do sufrágio universal.

Outra consequência dessa tendência é uma maior regulamentação da esfera política, ou seja, uma jurisdicização da política, com o objetivo de atrelá-la ao bem comum e permitir uma licitude dos pleitos.¹² Porém, quando os tribunais constitucionais começam a se imiscuir em assuntos políticos, ocorre de igual forma uma politização desses órgãos. Em muitas de suas decisões resta evidenciada uma nítida opção ideológica, em que a matriz política resta clarividente. O risco é que a criação de uma justiça política, passe a decidir de acordo com as suas conveniências ideológicas, em detrimento da Constituição.

O incremento na atuação do Poder Judiciário e, principalmente, da jurisdição constitucional não significa, por si só, em uma vantagem ou desvantagem. Se ele se transformar em um instrumento de produção normativa, sem o estabelecimento de parâmetros com a sociedade, através de uma legitimação auto-referencial, baseada em procedimentos judiciais, será uma atuação danosa, que afetará o regime democrático e os direitos fundamentais. Entretanto, se essa atuação servir para o desenvolvimento do sistema de freios e contrapesos, com o escopo de garantir os direitos fundamentais e o aperfeiçoamento do regime democrático, será uma atividade benéfica e ensejará a real concretização de um Estado Democrático Social de Direito.

¹² “A transformação da política em direito vem, digamos de forma paulatina, sendo criada não pelo legislador antecipadamente, mas pelos magistrados diante do caso singular, como *lex specialis*. É um tipo de produção normativa que se denomina de criação jurídica do Direito”. CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Tomo I, Napoli: Morano, 1965. P.642.

3.) A Tensão entre o Político e o Jurídico

O exercício da jurisdição constitucional pelos tribunais constitucionais pode ocasionar uma tensão entre a esfera política e a esfera jurídica, pondo em evidência diferentes níveis de legitimação e suscitando algumas perguntas: as razões jurídicas devem preponderar em detrimento das motivações políticas ou as motivações políticas devem preponderar em detrimento das razões jurídicas? Quais os limites para o exercício de decisões judiciais que contrariam o posicionamento dos agentes políticos? Como um órgão que não recebe legitimidade direta do sufrágio universal pode controlar um outro órgão que é estabelecido diretamente pelo povo? A resposta a estas perguntas pode começar a ser delineada na análise das diferentes funções e dos diversos princípios que orientam essas duas searas.

O conflito entre a seara política e a seara jurídica esconde na verdade um conflito entre duas funções – a função fiscalizadora do órgão que exerce a jurisdição constitucional e a função de legislar por parte dos membros do legislativo¹³ – e dois princípios que, apesar de estarem em várias oportunidades em lados opostos por conjunturas fáticas – o princípio majoritário e o princípio da suprallegalidade constitucional –, têm em comum a sua construção a partir do princípio da soberania popular, sendo que o segundo ostenta um valor mais densificado por ser oriundo do Poder Constituinte.

A dicotomia entre a esfera política e a jurídica não tem uma taxionomia antípoda na relação entre eles, variando muito de acordo com as condicionantes sócio-político-econômicas. Essa tensão existe porque a jurisdição constitucional exerce a função de adequar as decisões políticas as diretrizes estabelecidas pela Constituição. Todavia, algumas decisões judiciais ao invés de cercear as decisões política, maculando-as de inconstitucionais, pode solidificá-las, ao

¹³ “Em primeiro lugar, parto do princípio de que existe a possibilidade de um verdadeiro conflito entre a função fiscalizadora do Tribunal Constitucional e a função do legislador: essa possibilidade existe, desde logo, porque o Tribunal Constitucional tem poderes para controlar efectivamente o respeito pelo princípio da constitucionalidade, mas existe sobretudo na medida em que se entenda que o legislador não é um mero executor da Constituição”. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. “Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria”. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 76.

afirmar, por exemplo, a constitucionalidade de determinadas medidas imputadas como inconstitucionais por outros órgãos judiciais.

Os dois princípios são compatíveis e sincrônicos quando há um respeito pelas normas constitucionais, prevalecendo o princípio da suprallegalidade constitucional todas as vezes que o princípio majoritário afronta a Constituição e não obtém legitimidade suficiente para o processo de transconstitucionalização.¹⁴

É inegável que o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal possuem estruturação, composição e princípios diversos, o que não significa que não possam trabalhar de forma harmônica, com seus campos de atuação delimitados. O primeiro, como é legitimado diretamente pelo princípio da soberania popular, tem a função de representar os interesses da maioria; o segundo, que não pode ser legitimado diretamente pela soberania popular, tem o escopo de concretizar os mandamentos constitucionais, protegendo os interesses da minoria que encontra respaldo na Constituição. Ambos devem exercer as suas atividades em sincronia para que tanto a maioria quanto a minoria tenham seus direitos preservados.

Tanto o Poder Legislativo como o Supremo Tribunal Federal são órgãos importantíssimos para o aperfeiçoamento da democracia brasileira, ajudando a encontrar soluções que possam resolver o grave problema de exclusão social que aflige a sociedade brasileira. A grande conexão entre esses dois órgãos deve ser estabelecida no sentido da defesa dos direitos fundamentais, que é o requisito essencial para a construção da sociedade desejada por todos os brasileiros.

O problema consiste em como delimitar o espaço de atuação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário para que o espaço político não seja arrefecido, porque de acordo com o posicionamento defendido por Oppenheim toda interpretação judicial é uma forma de criação normativa.¹⁵ Quando há uma decisão judicial, segundo o mencionado autor, há uma produção jurídica, que adentra na competência do Poder Legislativo, e, portanto, causa um

¹⁴ SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 78

¹⁵ OPPENHEIM, Felix E. "The Judge as Legislator". In: *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: Giappichelli, 1995. P.293.

arrefecimento da seara política, o que ocasiona um conflito entre essas duas dimensões.¹⁶

A função da jurisdição constitucional não é a de criar normas constitucionais, cabendo-lhe interpretá-las, se bem que é difícil distinguir quando há a realização de uma produção jurídica ou uma interpretação judicial, por isto, que a composição do órgão que exerce a jurisdição constitucional deve ser a mais democrática possível.

Embora seja oportuno frisar novamente que analisar a natureza da interpretação judicial foge dos limites estipulados para o tema proposto, o que não quer dizer que toda interpretação judicial possa ser considerada como uma criação normativa, nem que o risco de se adentrar na esfera política esteja afastado. A função da jurisdição constitucional é aplicar os dispositivos normativos contidos na Constituição, o que, em decorrência da própria natureza da sua atividade, implica em um grande teor de discricionariedade, devido às várias possibilidades de aplicação da norma.

A relação entre o Direito e a Política configura-se como uma das relações mais tensas existentes no Estado Democrático Social de Direito. A política simboliza as decisões tomadas pela sociedade com a finalidade de alcançar os objetivos escolhidos pela sua população, tendo como uma de suas principais características a discricionariedade de sua escolha. O Direito tem como uma de suas principais características, de modo inverso, a previsibilidade de sua normatização. Assim, devido ao caráter diverso de suas principais características, o Direito e a Política podem gerar atritos.¹⁷

¹⁶ Também defende a mesma premissa Eugenio Bulygin: “A cognição legal é limitada pela determinação do conteúdo estipulado pelo princípio geral aplicado ao caso concreto, mas como existem várias possibilidades de aplicação, nas quais o juiz pode escolher uma para incidir no caso proposto, então, diversas normas podem ser criadas do mesmo princípio geral [...] desde que todas elas estejam se desenvolvendo dentro dos parâmetros da norma geral, o ato de escolher uma dentre essas possibilidades não é um ato de cognição, mas um ato de criação: é uma decisão política”. BULYGIN, Eugenio. “Cognitio and Interpretation of Law”. In: *Cognitio and Interpretation of Law*. Giappichelli: Torino, 1995. P. 14.

¹⁷ “ O problema política-direito no marco do Estado como forma política é insolúvel teoricamente. Não admite mais soluções do tipo prático. Pois, por uma parte, é inegável que o Estado é o ente criador do Direito e não é, portanto, possível a submissão do criador a criatura de forma integral. Por outro lado, tão pouco cabe dúvidas de que a sociedade civil sobre a qual se eleva o Estado é uma sociedade que tende a se configurar como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas e tende , assim, inequivocamente à substituição do poder arbitrário e imprevisível por um poder regrado e controlável. Nenhum destes dois elementos podem ser suprimidos. Ambos coexistem mais ou menos de forma harmoniosa ou contraditória, mas sempre em tensão. Nesse contexto é que se instalam as relações entre a política e o direito. Sim, é possível submeter por

Essa possibilidade de tensão entre a seara política e a seara jurídica tem gerado uma oposição contra uma maior atuação da jurisdição constitucional.¹⁸ Devido à experiência do *New Deal*, em que a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucionais várias de suas medidas, setores políticos ligados mais ao espectro da esquerda, que defendem uma intervenção do Estado na economia para garantir o desenvolvimento econômico e assegurar direitos sociais, vêm com uma certa desconfiança o aumento da atuação da jurisdição constitucional, pelo fato de que esse órgão não conta com a legitimação direta da soberania popular, podendo se constituir em um órgão autônomo e passar a decidir independente dos anseios sociais. Na Grã-Bretanha, Suíça e nos países Escandinavos os partidos socialistas e trabalhistas apenas recentemente vêm admitindo uma maior atuação da jurisdição constitucional.¹⁹

A política, em uma concepção habermasiana, deve ser entendida como um *locus* onde se desenvolvem as relações vitais do senso ético, uma forma de reflexão sobre os nexos deontológicos da sociedade, impondo aos cidadãos a consciência de sua dependência recíproca. O espaço público deve se regulamentado no sentido de propiciar uma maior densidade dos princípios éticos. A regulamentação da esfera política, assim, deve ser implementada pelos agentes políticos que foram votados pelo povo e não pelos membros que compõem o órgão que exerce a jurisdição constitucional.

Vários autores consideram que a delimitação entre a política e o direito pode ser facilitada pelo legislador constituinte. Se o texto constitucional for escrito de forma precisa, sem o recurso de termos

completo o Estado ao Direito, também é possível estruturar inteiramente um Estado à margem do respeito às normas jurídicas. Todavia, o que interessa é ressaltar os seguintes extremos: 1) que as sociedades estatais têm oferecido ao longo da história da humanidade exemplos tanto de melhor controle do poder político pelo Direito, conhecido hasta la fecha (democracias ocidentais), como a subtração mais bruta do poder do Estado do controle das normas jurídicas (ditaduras fascistas); 2) que a justiça constitucional é o instrumento histórico mais desenvolvido que se tem conhecimento até hoje para a justificação da política”. ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid: Tecnos, 1988. P. 14-15.

¹⁸ Esclarece Pizzorusso: “Se analisarmos os problemas do Poder Judiciário em uma perspectiva não exclusivamente italiana, devemos nos interrogar, infelizmente, das razões por que muitos países apresentam, especialmente na segunda metade do século XX, um crescente papel exercido pelos órgãos jurisdicionais ou órgãos independentes e as reações que este processo determina”. PIZZORUSSO, Alessandro. *Giustizia e Giudici*. Disponível na Internet: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>. Acesso em: 04/03/2004.

¹⁹ VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching In”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 20-21.

vagos ou ambíguos, a atuação da jurisdição constitucional poderá ser melhor definida, impedindo a prática de decisões políticas porque a estrutura do seu texto permite antever um direcionamento das decisões. Se, ao contrário, o texto constitucional não for escrito de forma precisa, agasalhado muitas normas programáticas, haverá a ausência de uma definição para a atuação da jurisdição constitucional, o que ensejará a prática de decisões judiciais de cunho político.²⁰

Esse tipo de afirmação, de que a demarcação entre a política e o direito pode ser realizada pela construção de mandamentos constitucionais de forma precisa, padece de elementos fáticos para a sua fundamentação. Primeiro, porque qualquer texto normativo pode ser objeto de análise, podendo-se modificar o seu conteúdo normativo, mediante o método hermenêutico utilizado. A norma jurídica mais precisa pode ser modificada por recursos hermenêuticos. Depois, é praticamente impossível a elaboração de uma Constituição sem a utilização de princípios, que pela sua própria natureza, apresentam uma densidade semântica aberta. Por fim, a utilização de normas programáticas configura-se de suma importância, principalmente em países periféricos, onde esse instrumento jurídico se mostra eficaz para a concretização dos objetivos estabelecidos pelos legisladores constituintes, representando as mais legítimas aspirações da sociedade.

De forma precisa, Torbjörn Vallinder define o processo de judicialização da política: “A expansão da atuação dos tribunais e dos juízes acarreta a conseqüente redução de atuação das esferas política e administrativa, isto é, a transferência da produção normativa do Poder Legislativo, do Executivo e das agências administrativas para os tribunais; significa da mesma forma a expansão do método de produção normativa da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário para fora de sua seara de atuação específica. Portanto, pode-se dizer que o processo de judicialização da política essencialmente consiste em modificar o procedimento de alguma coisa para a forma de um procedimento judicial”.²¹

²⁰ A exemplo de Danilo Zolo, Javier Perez Royo etc.

²¹ VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching In”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 13.

Torbjörn Vallinder elaborou um interessante quadro comparativo mostrando as diferenças de resolução dos conflitos pela Suprema Corte norte-americana e pelo Poder Legislativo. Com relação aos participantes, no primeiro atuam duas partes e um terceiro que é o juiz, no segundo, atuam diversas partes. Referente ao método de trabalho, a Suprema Corte realiza um processo ouvindo os argumentos das partes para depois valorá-los; no Poder Legislativo o método é o da negociação, através de compromissos pactuados, geralmente efetuados fora do alcance da opinião pública. Quanto ao processo de produção normativa, o primeiro o realiza sob a decisão imparcial de um juiz, e o segundo através do princípio majoritário. Com relação ao modo de concretização de suas decisões, a Suprema Corte os realiza por intermédio da apreciação de um caso particular, prestando atenção aos precedentes judiciais, principalmente aos relacionados ao *judicial review*, já o Poder Legislativo concretiza suas decisões através de normas genéricas e abstratas. Inerente às implicações das decisões tomadas, o primeiro as estabelece diante dos casos concretos e dos dispositivos normativos inerentes à matéria, enquanto o segundo as estabelece de acordo com os valores preponderantes na sociedade.²²

Como o regime democrático foi transformado em um dogma em grande parte dos países e a expansão da atuação da jurisdição constitucional não é sustentada de forma direta pelo princípio da soberania popular, a maior crítica que se faz contra o processo de judicialização é que ele afronta a democracia. Muitos doutrinadores, a exemplo de Ingeborg Maus, consideram o processo de extensão da jurisdição constitucional uma ameaça contra o regime democrático, o princípio majoritário e o princípio da responsabilidade popular, no sentido de que o povo pode escolher os seus representantes.

Acontece que em um Estado Democrático Social de Direito as decisões políticas, para serem aplicadas, devem contar com a legitimação da população, por intermédio de instrumentos, principalmente da democracia participativa. Já as decisões da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário não se amparam de forma direta no sufrágio universal, mas de forma objetiva têm a missão de concretizar os dispositivos da Constituição Federal. O ponto em

²² VALLINDER, Torbjörn. "When the Courts Go Marching In". In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 14.

comum entre a seara jurídica e a política é o respeito pelos mandamentos constitucionais e pelas normas do ordenamento jurídico, de uma forma geral. Portanto, a relação entre a política e o direito não será sempre conflitiva porque as duas searas devem subordinar as suas atuações aos mandamentos constitucionais.

Quanto maior forem a falta de sintonia dos representantes políticos com os anseios da sociedade, a presença de corrupção para a tomada de decisões e o imobilismo causado pelo antagonismo social, menor será a legitimação da classe política. Por outro lado, quanto maior for a reputação dos membros do órgão que exerce a jurisdição constitucional e maior o grau técnico de suas decisões, maior será o seu grau de credibilidade e maior serão as possibilidades de legitimação de sua atuação. Como conclusão, depreende-se que a debilidade dos agentes incumbidos de proferir as decisões políticas pode favorecer uma maior atuação da jurisdição constitucional nesta seara.

Para que haja o desenvolvimento do Estado Democrático Social de Direito de forma harmônica, sem o conflito dos poderes estabelecidos, as decisões políticas têm que se ater aos parâmetros legais e as decisões jurídicas não podem extrapolar os seus limites e desempenhar o papel reservado aos atores políticos, principalmente, a jurisdição constitucional que exerce um grande poder pelo seu papel de intérprete máximo da Carta Magna. A jurisdição constitucional tem a importante missão, dentro de uma sociedade pluralista, de demarcar os limites de incidência das decisões políticas, para que os princípios almejados pelos legisladores constituintes sejam preservados. O que não quer dizer que ela não deva direcionar o desenvolvimento de suas atividades pelos dispositivos contidos na Constituição.

Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político. A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como a concentração dos meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares. Como a classe política se apresenta distante da população, a atuação da jurisdição constitucional é vista como um avanço, principalmente se o seu objetivo for concretizar um direito fundamental.

Já que é quase impossível encontrar limites precisos à separação entre a seara política e a seara jurídica, de melhor alvitre seria solidificar a consciência de respeito aos dispositivos constitucionais, especialmente às normas relativas aos direitos fundamentais e que tanto o Poder Legislativo quanto o órgão que desempenha o exercício da função, pudessem fiscalizar a atuação dos órgãos estatais para saber se eles se adequam ou não aos ditames da Constituição.²³

A essência da crítica exposta contra a jurisdição constitucional é a falta de legitimidade popular para amparar as suas decisões. O erro desse argumento é que a jurisdição constitucional não é ontologicamente contraditória ao regime democrático, muito pelo contrário, pode se constituir em um importante instrumento para o seu aperfeiçoamento. O órgão que exerce a máxima função judicante pode ser formado com a participação dos poderes estabelecidos, o que evita que ele perca o laço com os interesses da sociedade. Como sustenta Neal Tate, o princípio democrático se configura como um dos requisitos para o processo de judicialização, existindo uma relação bilateral entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional.²⁴

A tensão entre o universo político e a jurisdição constitucional, em decorrência da taxionomia de cada uma dessas searas e da densidade de poder que representam, jamais pode ser prefixada de forma rígida, entretanto, essa indeterminação pode ser arrefecida pela revalorização da supremacia das normas constitucionais, pela especificação do “conteúdo mínimo” dos direitos fundamentais e pela sua consolidação por intermédio do *entrenchment*. Atrelando essa maior atuação da jurisdição constitucional a missão de efetivar os direitos fundamentais, os confrontos entre a seara política e a jurídica será muito menor.

²³ “E o que será no futuro? As perspectivas são claramente diferentes de país para país, dependendo da tradição constitucional e da situação política. Portanto, não se pode definir se o desenvolvimento do processo de judicialização será revertido ou mesmo paralisado. Apresenta, no momento, alguma expansão, como no leste europeu. A Hungria, por exemplo, promulgou uma declaração de direitos e instituiu um tribunal Constitucional. Em contra partida, regimes ditatoriais têm sido estabelecido fora do mundo ocidental. No final, em muitos países, um novo equilíbrio pode ser obtido entre os direitos dos cidadãos e os direitos e obrigações da maioria”. VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching In”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 24.

²⁴ TATE, C. Neal. “Why The Expansion of Judicial Power”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 29.

4.) Conclusão

A jurisdicização da esfera política, considerada como uma tendência irreversível do Estado Democrático Social de Direito, provoca em várias searas um choque entre a atividade da jurisdição constitucional e o regime democrático, o que engloba as estruturas que representam a democracia representativa. O objetivo desta pesquisa é explicitar que a maior incidência da atuação da jurisdição constitucional, para garantir a concretização dos direitos fundamentais, não arrefece o regime democrático, muito pelo contrário, aprimora o seu funcionamento.

O princípio majoritário é um dos componentes da legitimação da jurisdição constitucional, mas não é o único. Um assentimento mais denso da tutela constitucional pode ser aferido pelos direitos fundamentais que formam invariáveis axiológicas mais consolidados do que o princípio majoritário que é muito cambiante. Não obstante, o princípio majoritário se configura em um elemento essencial para o funcionamento do regime democrático e não pode ser relegado.

A função da jurisdição constitucional como instrumento de garantia dos dispositivos constitucionais é uma realidade que paira acima de qualquer crítica, mormente em países cujas Constituições são rígidas, separando de forma nítida as normas constitucionais das normas infraconstitucionais. Indubitável o seu papel para o desenvolvimento de um Estado Social Democrático de Direito, fazendo com que a Lei Maior possa ser aplicada integralmente. Todavia, a Corte Constitucional não pode ser um órgão preponderante em relação aos outros poderes e até mesmo acima das leis constitucionais. A sua seara de atuação está circunscrita a um fator teleológico: a aplicação dos mandamentos constitucionais, densificando a concretude dos direitos fundamentais.

A jurisdicização constitucional não é um mal em si, mal é a ausência de legitimidade de suas decisões, a afronta de postulados constitucionais ou o cerceamento dos direitos fundamentais. As decisões judiciais têm que ser tomadas a partir de um processo que promova amplas discussões na sociedade para que ela possa realizar a formação política de um consenso, tomando como parâmetro as normas jurídicas.

Como conclusão pode-se afirmar que a jurisdicização constitucional não é intrinsecamente contrária ao regime democrático, seu funcionamento, tomando como parâmetro a Constituição, ajuda a fortalecer a participação popular nas decisões políticas e incentiva a consolidação da democracia. Fazendo parte os direitos inerente à cidadania da quinta dimensão dos direitos fundamentais e sendo esses direitos uma das bases da legitimação da jurisdição constitucional, não pode haver anacronismos entre a tutela da Constituição e a participação política dos cidadãos, já que um constitui pressuposto do outro.