

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA II**

**ANDRÉ CORDEIRO LEAL**

**MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA**

**VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-133-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II**

---

### **Apresentação**

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção *intuitu personae* e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE SUA UTILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: TRÊS QUESTÕES FUNDAMENTAIS**

**THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION FROM ITS UTILITY ON A DEMOCRATIC STATE : THREE KEY ISSUES**

**Dorli João Carlos Marques  
Lúcia Dídia Lima Soares**

**Resumo**

Em um Estado pautado pela democracia e pela busca da eficácia dos direitos fundamentais a jurisdição constitucional surge como instituição assecuratória da efetividade da Constituição. Entretanto, quando se analisa o poder judicante constitucional situando-o no nível das tensões entre os poderes e do exercício democrático de participação popular, é possível que sua função recrudesça face às questões oriundas de seus aspectos político-democráticos, de legitimação e de finalidade-limite. O presente artigo analisa três questões referentes à jurisdição constitucional, quais sejam, seu grau democrático, sua legitimidade e o limite de seu exercício, a partir de sua utilidade como corolário da estrutura do Estado atual. Para tal, foi utilizado o paradigma do Estado Constitucional Democrático de Direito, tomando como base doutrinária o princípio da legitimidade e os pontos de aproximação e afastamento entre Direito e Política em uma perspectiva constitucional. Concluiu-se pela necessidade do diálogo entre o estudo da jurisdição constitucional e sua utilidade no Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional, Estado democrático de direito, Utilidades da jurisdição constitucional

**Abstract/Resumen/Résumé**

In a State ruled by democracy and the search for the effectiveness of fundamental rights, constitutional jurisdiction arises as an institution guaranteeing the effectiveness of the Constitution. However, when analyzing the constitutional adjudicative power placing it at the level of tensions between the powers and the democratic exercise of popular participation, it is possible that its function worsens face issues arising out of its political and democratic aspects of legitimacy, and order limit. This article looks at three issues of constitutional jurisdiction, namely, its democratic degree, its legitimacy and the limits of its exercise, from its usefulness as a corollary of the current state structure. To this end, the paradigm of the Democratic Constitutional State of Rights was used, based on the principle of legitimacy, as well as the approach points and spacing between law and politics in a constitutional perspective. It concluded the necessity of dialogue between the study of constitutional jurisdiction and its usefulness in the Democratic State of Rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional jurisdiction, Democratic state, Utilities constitutional jurisdiction

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A jurisdição constitucional situa-se no epicentro das macrotensões políticas e sociais do Estado. Ao mesmo tempo em que é invocada, precisamente quando se pressente uma ameaça de vulnerabilização das estruturas basilares da sociedade, da democracia e da liberdade, sua legitimidade é questionada justamente por se desenvolver ao largo de um processo propriamente democrático em sua composição. Não obstante, o paradigma constitucional moderno do Estado, defendido, dentre outros, por BONAVIDES (2004), FERRAJOLI (2011), SCHIER (2014), e AGRA (2015), destaca a necessidade de uma instituição que seja capaz de preservar tal estrutura, assegurando a máxima perpetuidade possível do pacto social subjacente à dinâmica da sociedade – notadamente porque os direitos fundamentais foram incorporados ao texto das Constituições modernas e representam a pedra de toque da Constituição brasileira de 1988.

Na medida em que a jurisdição constitucional assume a tarefa de interpretar e concretizar o texto constitucional, exerce o equilíbrio entre as esferas do poder estatal no sentido de maximizar a distribuição da força política e governamental ante a tripartição dos poderes. Para MONTESQUIEU (1979, p. 25) “todo homem que tem o Poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites. Por isso é necessária a divisão dos Poderes. Para que cada Poder freie o outro; impeça o abuso por parte deste”. No mesmo sentido, KELSEN (1928, p. 253-254) leciona:

Mas é certamente no Estado Federal que a justiça constitucional adquire a mais considerável importância. Não há exagero algum em asseverar que a idéia política do Estado Federal só se realiza plenamente com a instituição de um tribunal constitucional.

Entretanto, um grupo significativo de constitucionalistas faz emergir das críticas feitas às estruturas de jurisdição constitucional preocupações em relação a um suposto caráter antidemocrático desse controle: se as leis, e neste sentido a própria Constituição, são produzidas sob o crivo da representação política, na maior parte das vezes por parlamentares ou agentes públicos eleitos pelo povo – e, nessa medida, é possível dizer que os atos normativos emanam do próprio povo -, seria de fato razoável que uma Corte constitucional

geralmente formada sem o crivo da eleição democrática possa interferir ou até mesmo anular as mesmas leis ou os demais atos normativos?

Uma jurisdição constitucional aparenta ser, então, antidemocrática ou, na melhor das hipóteses, desnecessária, dado que se há representação política efetiva, as diversas possíveis manifestações da legalidade serão fundamentalmente frutos da sociedade constitucionalmente instituída. Formulada em termos mais precisos, a questão se resume ao aspecto democrático da jurisdição constitucional. Sobre a questão, AGRA (2015)<sup>1</sup>:

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. (AGRA, 2015, p. 113)

Além desta questão, surge outra relacionada com a dinâmica da tripartição dos poderes: a interferência causada pela análise jurisdicional da constitucionalidade de atos normativos ou governamentais seria uma exceção ou uma violação à separação dos poderes? Dentre os três poderes do Estado, uma aplicação indiscriminada da jurisdição constitucional poderia atribuir uma ilegítima supremacia do Judiciário em face dos demais poderes, justamente porque seria ele quem daria a última palavra em termos jurídico-políticos acerca dos atos estatais. Esta mesma problemática assume proporções ainda maiores quando se parte do pressuposto da antidemocraticidade das esferas judiciais da constitucionalidade. Esta seria a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, levantada, dentre outros, por CANOTILHO (2003), BONAVIDES (2004) e BARROSO (2011).

Por fim, um novo horizonte problemático pode surgir também com o exercício de tal jurisdição: dado que a maior parte das normas constitucionais é dotada de um caráter

---

<sup>1</sup> Cabe ressaltar que AGRA (2015) não é adepto deste entendimento, apenas elucida a crítica que se faz à extensão da jurisdição constitucional como ameaça ao regime democrático

essencialmente genérico (para garantir sua máxima amplitude), carente de interpretação para a concretização do seu elemento cogente, a jurisdição constitucional poderia estender ou restringir demasiadamente sua força normativa. Ora, se à Corte constitucional é dado interpretar os dispositivos da Constituição, na maior parte das questões a ela submetidas, é possível verificar um considerável grau de criação normativa para além da própria estrutura constitucional – o que, novamente, poderia ferir ou vulnerabilizar a sustentação do Estado. Esta última seria a questão da finalidade de uma jurisdição constitucional, objeto de estudo.

O presente artigo destina-se a análise da utilidade da jurisdição constitucional dentro da dinâmica social-jurídico-econômica como reflexo de três potenciais problemas apontados, grau democrático, legitimidade e finalidade – a partir de uma perspectiva integralizadora,

## **2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORO DA DEMOCRACIA**

A primeira questão, referente ao grau democrático de uma jurisdição constitucional, possui desdobramentos muito mais profundos do que o mero descompasso entre os sistemas de escolhas dos agentes que produzirão a lei em nome do povo e dos que analisarão estas mesmas leis a partir da perspectiva da adequação constitucional. Enquanto o parlamento é democraticamente eleito, uma Corte constitucional é tecnicamente indicada– e tal fato é apontado por KELSEN (2003, p. 307) como um dos responsáveis pela emergência do nazismo na Áustria; o que apresenta de modo bastante claro as possíveis consequências de uma jurisdição constitucional que seria, *prima facie*, antidemocrática.

Ora, este pretenso aspecto da jurisdição constitucional repousa na premissa de que o controle judicial de constitucionalidade é um entrave ao exercício efetivo da democracia, e que esse entrave é, por definição, negativo. Além disso, o fato de existir um controle posterior da constitucionalidade dos atos normativos acabaria por reduzir a importância e a significação do controle prévio, tanto no âmbito da formação de tais atos, em possíveis comissões parlamentares, quanto no âmbito de sua ratificação, na análise e sanção pelo chefe do Executivo.

Se o Judiciário atuará posteriormente – e, mais além, se o Judiciário impingirá uma perspectiva eminentemente técnica na análise dos atos normativos -, estruturas institucionais que estimulem a constitucionalidade antes da promulgação e vigência dos atos normativos seriam diminuídas em sua importância, desestimuladas ou simplesmente afastadas. Uma consequência direta deste enfraquecimento seria o desestímulo da preocupação, por parte da sociedade, em eleger representantes tecnicamente capazes e integrados na dinâmica constitucional específica da sociedade em questão. Ora, se a tarefa de análise é postergada e delegada ao Judiciário, novamente os pressupostos do exercício efetivo e consistente da democracia seriam enfraquecidos. (STRECK, 2009)

O raciocínio que acusa a jurisdição constitucional de antidemocrática acaba por afastar-se das linhas mestras do constitucionalismo contemporâneo. Ao mesmo tempo, quando enfatiza o caráter democrático do processo legislativo ou eleitoral em detrimento da escolha “arbitrária” ou “tecnicista” de juízes constitucionais, assume uma visão turva a respeito da realidade política da sociedade. (SARMENTO, 2009).

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. (AGRA, 2015)

Em primeiro lugar, é possível afirmar que a estrutura constitucional das sociedades do pós-guerra tende à maior distribuição possível do poder entre as várias instituições estatais – de forma que a significação democrática dos Estados não mais é resumida na força das estruturas parlamentares (SILVA, 1996; CANOTILHO, 2011).

Se a separação dos poderes, no constitucionalismo moderno, assume proporções mais claras, é possível dizer que esse movimento de amplificação acompanhou um fenômeno semelhante de valorização de conceitos sociais como a liberdade e a expressão política, normalmente contrapostos ao poder de um Estado monopolista. Assim, o indivíduo é livre exatamente na medida em que as instituições políticas da sociedade diluem o poder estatal, de modo que as limitações à liberdade individual por parte do Estado são significativamente reduzidas.

Paralelamente a isto, o exercício da representação política é também comprometido por conta das circunstâncias fáticas específicas da sociedade – tamanho, dimensão, grau de

interesse político dos cidadãos, esclarecimento e emancipação individuais no processo eleitoral, etc. -, de modo que o pressuposto segundo o qual o poder emana do povo é relativizado à medida que a representação política efetiva perde força. Este argumento pode ser considerado um desenvolvimento das ideias clássicas de representação política, como é o caso de MILL (1981).

Neste sentido, o papel atribuído ao Poder Judiciário resultou da necessidade de se ter um instrumento contramajoritário de proteção dos direitos fundamentais. Seguindo o raciocínio de Streck, o Estado Democrático de Direito centra-se na justiça constitucional como solucionadora das tensões institucionais, passando a poder suprir a inação tanto do Executivo quanto do Legislativo, através de mecanismos jurídicos estabelecidos justamente pela Constituição que o instituiu (SILVA; BRAGA, 2012).

Deste modo, a jurisdição constitucional adquire um caráter precipuamente democrático. Na mesma linha, Sarmiento (2009) aborda a questão a partir de uma perspectiva histórica. Em primeiro lugar, a diluição do poder do Estado nas diversas instâncias (dentre elas o Judiciário) confere a cada uma destas instituições uma parcela considerável deste mesmo poder – e, juntamente com ele, de um aspecto democrático em sua manifestação específica. Ademais, se a representação não é exercida efetivamente no âmbito do Legislativo ou do Executivo, na formação ou na ratificação dos atos normativos, não se pode falar entre uma face “democrática” do poder, de um lado, e outra face “tecnicista-antidemocrática” do outro.

Assim, o suposto desequilíbrio entre as expressões legiferantes do poder e a expressão jurisdicional-constitucional é desfeito; em outras palavras, se não há democracia efetiva na criação das leis, a jurisdição constitucional é justamente o que lhes conferiria este aspecto democrático, na medida em que as submeteria ao crivo técnico de um grupo de juizes que também são, em certa medida, representantes políticos, e que seria responsável justamente por adaptar as intenções do legislador à dinâmica específica da sociedade. ARABI (2013) associa à jurisdição exatamente os mesmos aspectos do procedimentalismo democrático: o pluralismo, a controvérsia, a conjuntura sócio-polarizada; mas aprofunda estes mesmos caracteres no âmbito do Judiciário.

Salienta FERRAJOLI (1997) que o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo é a sujeição do juiz à Constituição. Isto porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia são garantidos a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, fato que exige um juiz terceiro e independente, e em condições de poder censurar, como inválidos ou ilícitos, os atos praticados nos exercícios dos demais poderes.

A jurisdição constitucional não seria, então, uma violação à democracia, mas um foro no qual a própria democracia seria exercida – justamente porque a integração entre a jurisdição e as dinâmicas sociais do poder seria uma forma de conferir mobilidade estrutural à Constituição de uma sociedade cuja representatividade política é insuficiente e cuja distribuição do poder estatal engloba também as estruturas judicantes.

### **3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA ESTRUTURA DO ESTADO**

A segunda questão relaciona-se também com o equilíbrio entre as diversas esferas do poder estatal – mais especificamente na expressividade da tripartição dos poderes, na linha das constituições modernas. Temos em LOCKE (1973), MONTESQUIEU (1979) e nos *Federalistas* (MADISON, HAMILTON & JAY, 1993) referências fundamentais em se tratando da separação de poderes no Estado moderno. Em tese, Executivo, Legislativo e Judiciário formariam um arcabouço perfeitamente orquestrado, o qual seria delimitado e atribuiria âmbitos específicos de atuação.

Desde o início do constitucionalismo, a tripartição dos poderes é tida como elemento garantidor da liberdade individual frente ao Estado, justamente porque teria o mérito de limitar intrinsecamente o poder estatal. Este mesmo elemento é reproduzido nas constituições contemporâneas, e com significação renovada, na medida em que as liberdades individuais ganham força e a dinâmica sócio-política torna-se cada vez mais dependente da limitação do poder estatal (GROHMANN, 2001).

No entanto, a jurisdição constitucional poderia representar um fator de desequilíbrio nas relações entre os Poderes, porquanto pressupõe uma faculdade do Judiciário de rever, anular, modular ou reinterpretar atos normativos (e, neste sentido, atos de governabilidade) do Executivo e do Legislativo. O Judiciário assumiria, aparentemente, uma posição de supremacia em face das demais instituições de poder – violando assim o paradigma da independência, harmonia e igualdade entre os poderes. Em tese, qualquer ato governamental é passível de questionamento em face da Constituição, e se o Judiciário é quem dará a última palavra acerca da validade ou invalidade de tais atos, a impressão que se tem é que se forma uma hierarquia de fato entre os poderes – ou, na pior das hipóteses, uma “ditadura dos juízes”, principalmente quando os juízes possuem a prerrogativa de delimitar o alcance das disposições constitucionais por meio da interpretação judicante ministrando a “microjustiça” a partir da “macrojustiça” – (BARROSO, 2011, p. 9).

Assim, quando se associa à tripartição de poderes a noção de liberdade individual e limitação do poder do Estado, uma análise superficial da jurisdição constitucional pode dar a impressão de violação desta mesma liberdade individual. A crítica ao ativismo judicial é um argumento derivado de tal interpretação, deslocando a questão para a absoluta dissociação entre a vereda política e a jurídica, pena de “hipertrofiar o Judiciário”, inviabilizando sua atuação (LUNA, 2011, p. 17)<sup>2</sup>.

Como já se adiantou, uma tal análise é superficial, e por um motivo muito simples. A tripartição dos poderes está no escopo da tutela da jurisdição constitucional – de modo que o chamado sistema de freios e contrapesos é um dos elementos que as Cortes constitucionais têm de proteger (SILVA, 1996).

No Brasil, tal fato assume uma significação peculiar, porquanto a separação dos poderes é eleita como cláusula pétrea (art. 60, § 4o, III) e sua limitação não pode sequer ser apreciada pelo Legislativo – o que, evidentemente, não afasta a jurisdição constitucional, dado que não raro o Judiciário é invocado para administrar situações nas quais a interferência

---

<sup>2</sup> Para efeitos de clareza, importa destacar que LUNA não é partidário da crítica. Ao contrário, valoriza a jurisdição constitucional inclusive como corolário das liberdades individuais e da estrutura política do Estado – mas a argumentação passa pela análise detida das críticas ao ativismo judicante em âmbito constitucional.

legislativa na separação dos poderes é inevitável<sup>3</sup>. BARROSO (2006, p. 25) estabelece novo liame entre a ratificação do caráter democrático da jurisdição constitucional (mormente quando há deficiência no caráter representativo das instituições precipuamente democráticas, como o Legislativo) e sua imprescindibilidade no equilíbrio orgânico do Estado:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional. BARROSO (2006, p. 25)

Assim, uma das funções da jurisdição constitucional é assegurar a plenitude e perpetuidade do sistema político instituído pela própria Constituição, justamente porque a guarda da Constituição é sua tarefa – é neste sentido que SILVA (1996, p. 120) afirma que ela “irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”.

As Cortes constitucionais (e também juízes, no caso brasileiro), de consequência, seriam instituições assecuratórias da estrutura do Estado, na qual se inclui a separação dos poderes e a consequente promoção das liberdades individuais. Um argumento complementar é trazido por BARROSO (2011, p. 13), o qual atribui à jurisdição constitucional a noção de “capacidade institucional” por conta do escopo essencialmente técnico da matéria envolvida – o que surge também como legitimação institucional do poder judicante<sup>4</sup>. Assim, ao contrário

---

<sup>3</sup> Como o caso da Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, objeto de ao menos dois Mandados de Segurança no STF (MS 32036 e MS 32037), ambos de relatoria do Min. Dias Toffoli.

<sup>4</sup> As linhas gerais do estudo de BARROSO indicam os pontos de aproximação e afastamento entre Direito e Política de uma perspectiva constitucional, situando a jurisdição no epicentro desta rede de tensões. No início do texto, o autor aborda rapidamente as mesmas três questões que analisamos aqui.

de ser um polo de interferência, a jurisdição constitucional é um plano de potencialização da delimitação entre o Estado e o indivíduo por meio do respeito à separação de poderes.

#### **4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO OU PRESSUPOSTO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Por fim, a última questão é relativa aos limites do exercício da jurisdição constitucional quando contraposta à aplicabilidade da própria Constituição. Na maior parte das vezes, a análise dos preceitos constitucionais por parte do Judiciário implica na amplificação ou restrição de seus efeitos, em um raciocínio interpretativo que busca extrair um sentido implícito da Constituição.

CANOTILHO (2011, p. 1218) fala em “caracteres semânticos” da norma constitucional, aduzindo que “o texto da norma aponta para um referente, o que quer dizer constituir o texto um sinal linguístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto”. Ora, esta mesma adaptação à “realidade exterior ao texto” exige do intérprete a capacidade de produzir uma certa relação bi-vetorial entre estrutura e sentido, como bem delineia MARRAFON (2012, p.197): a tarefa do jus-hermeneuta vincula-se, a priori, ao modo de compreender ontológico que fornece o sentido da verdade das proposições, ou “sentido da estrutura”.

Se por um lado o exercício da jurisdição constitucional se daria a partir da capacidade cognitiva de adaptação de realidades ontologicamente distintas (associada ao entendimento de um “sentido da estrutura”), o passo anterior liga-se à compreensão destas mesmas realidades (no qual o problema se desloca à semiótica, à linguagem, enfim, à “estrutura do sentido”) (MARRAFON, 2012, p. 198).

Deste modo, o processo de decisão e de aplicação de qualquer norma jurídica envolve “uma racionalidade hermenêutica impregnada com a condição de ‘ser-no-mundo’ do intérprete” (MARRAFON, 2012, p. 199) – e, deste modo, vincula igualmente o órgão judicante responsável pela interpretação da constituição. O trabalho hermenêutico subjacente

a qualquer jurisdição constitucional pressupõe a reorganização de universos compreensivos associados à linguagem.

Neste ponto específico, a jurisdição pode ser problemática precisamente por concentrar a tarefa de interpretar os dispositivos constitucionais para além dos termos normativos – o que poderia trazer eventuais distorções ou desvios de uma eventual força volitiva da Constituição. Em outras palavras, o problema resume-se em delinear o escopo de atuação do Judiciário na interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais, e se é legítimo ou mesmo positivo reprimir tal atividade interpretativa em homenagem à segurança jurídica.

Uma eventual amplificação das normas constitucionais normalmente vai além do texto da norma *sub judice*, de modo que a atividade judicante consiste em extrair precisamente o que não é expresso na norma, sempre visando a concretização e a aplicação razoável da norma constitucional. O resultado de tal extração varia a depender das circunstâncias (políticas, jurídicas, individuais, econômicas) – e a tarefa interpretativa é uma das questões mais problemáticas do Direito.

No entanto, deixando de lado a problemática relacionada à isenção do intérprete, e restringindo-se ao campo específico da análise da utilidade de uma jurisdição constitucional, é impossível não fazer referência ao fato de que a maior parte dos pontos submetidos ao Judiciário em termos constitucionais (mormente ao Supremo Tribunal Federal) é fundamentalmente política e por vezes até moral – o que acaba potencializando a problemática. Neste sentido, BONAVIDES (2004, pp. 131-132) assevera que o controle concentrado conduz inevitavelmente à politização da jurisdição constitucional.

Se as controvérsias não são puramente jurídicas, como é possível assegurar que a inovação trazida pela atuação da jurisdição constitucional não seria contrária à própria Constituição ou à estrutura do Estado?

Se o escopo da jurisdição constitucional é justamente o de concretizar a Constituição, de realizá-la na dinâmica das relações sociais, de torná-la factível, a interpretação de seus dispositivos nas querelas específicas é uma atividade tipicamente jurisdicional – porque é feita técnica e metodicamente, um "trabalho normativamente vinculado" (CANOTILHO, 2011). E é precisamente com base no texto constitucional e, conseqüentemente, nas normas

infraconstitucionais (esta como concretização daquela) que se desenvolve o trabalho concretizador, obtendo-se uma norma solucionadora dos problemas concretos. (CANOTILHO, 2011, p. 1222)

À jurisdição constitucional é dado, então, concretizar os dispositivos da Constituição. Ora, na medida em que as Constituições modernas elegem os direitos fundamentais como linha-mestra da organização e distribuição do Estado, a atividade interpretativa é o meio mais eficaz de concretizar a plêiade, muitas vezes abstrata, de direitos fundamentais. A efetividade dos direitos fundamentais encontra seu limite precisamente na transposição da letra da lei para a concretude das relações jurídicas factuais – e o estabelecimento deste liame é precisamente a tarefa da jurisdição constitucional.

Assim, atribuir ao Judiciário a prerrogativa de interpretar dispositivos constitucionais é a mesma coisa que conferir-lhe legitimidade para delimitar o escopo dos direitos fundamentais, os quais serão amplificados o mais possível, para cumprir com o princípio da máxima efetividade.

Uma ponte semelhante entre a utilidade e a legitimidade de uma jurisdição constitucional é fornecida também por WALDRON (2006): um poder judicante constituído em tais termos, no interior de uma sociedade verdadeiramente democrática, repousaria em instituições legiferantes efetivas, em uma instância judicial de amparo crítico a tais instituições, em potenciais conflitos envolvendo direitos fundamentais e, principalmente, na orientação para a concretização dos mesmos direitos. Deste modo, na medida em que uma sociedade adquire o qualificativo de “democrática”, a proteção jurisdicional constitucional aos direitos fundamentais cresce em importância, como condição *sine qua non* – de maneira que a legitimidade da jurisdição constitucional confunde-se com sua utilidade em face da tutela dos direitos individuais. Neste sentido, WALDRON (2006, p. 20):

I assume that the commitment to rights is not just lip service and that the members of the society take rights seriously: They care about them, they keep their own and others' views on rights under constant consideration and lively debate, and

they are alert to issues of rights in regard to all the social decisions that are canvassed or discussed in their midst<sup>5</sup>.

Associam-se, então, aos direitos fundamentais as estruturas institucionais hermenêuticas aptas a torná-los reais, factíveis, operáveis (CANOTILHO, 2011, p. 398) – e é precisamente por isso que a jurisdição constitucional surge como corolário de uma estrutura de direitos fundamentais, porquanto nenhum deles teria eficácia caso a existência de instâncias hermenêuticas dotadas de força política no arcabouço estatal não fosse, no mínimo, assegurada. É o que nos diz AGRA (2015) ao dizer que o conceito de jurisdição constitucional é, algumas vezes, estabelecido com a mesma definição de garantias constitucionais, simbolizando a importância que os direitos fundamentais assumem no ordenamento jurídico (AGRA, 2015, p. 106).

Uma consequência deste fato é que o próprio direito ao *due process of Law* é também um direito fundamental – significando que nenhum direito fundamental teria sentido caso não houvesse uma jurisdição constitucional. Neste sentido, afirma CANOTILHO (2011, p. 496) que o núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária (direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais) conexiona-se com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça, esta a cargo do Estado, resultante não apenas da Constituição, mas do princípio geral que impõe dever de proteção através dos tribunais do Estado.

Não podemos, entretanto, olvidar as críticas postas por BONAVIDES (2004) quanto a possibilidade dos juízes constitucionais “resvalar(em) no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior”. Neste sentido, assevera:

A abertura, porém, ao debate e à reflexão há de levar de forma imperiosa à busca de vias institucionais legitimantes daquele controle; estas não podem ser encontradas senão mediante a reformulação ou a criação de novos critérios e fundamentos de legitimidade do controle constitucional, diligência que passa

---

<sup>5</sup> Parto do pressuposto que o compromisso com os direitos individuais não é apenas algo da boca pra fora, e que os membros de uma tal sociedade os levam a sério: se importam com eles, mantêm tanto as suas opiniões a respeito de tais direitos quanto as dos outros em constante consideração e vívido debate, e são alertas a questões envolvendo direitos individuais relativas às decisões sociais que são angariadas ou discutidas em seu meio [tradução livre].

pela reforma democrática das instituições em máximo grau de profundidade possível. (BONAVIDES, 2004, p. 132)

Ao realizar sua finalidade específica, a jurisdição constitucional acaba por potencializar a rede de direitos individuais, de forma que sua importância fica clara do ponto de vista da utilidade. Uma sociedade que pretenda valorizar o indivíduo por meio do plexo de direitos a ele associados não pode prescindir de estruturas institucionais aptas a delimitarem o âmbito, a concretude e a significação de tal plexo, e é precisamente aí que se encaixa a atuação jurisdicional constitucional.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

O presente artigo pretendeu analisar a utilidade da jurisdição constitucional dentro da dinâmica social-jurídico-econômica a partir de sua utilidade no Estado Democrático de Direito, em especial no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, debruçou-se sobre as principais contendas a respeito do tema.

A priori buscou-se pensar a jurisdição em sua relação com a democracia, entendendo-se não haver violação desta em relação àquela. A integração entre a jurisdição e as dinâmicas sociais do poder seria uma forma de conferir mobilidade estrutural à Constituição de uma sociedade cuja representatividade política é insuficiente e cuja distribuição do poder estatal engloba também as estruturas judicantes.

Passou-se, então à análise da legitimidade das Cortes Constitucionais em sua relação com a estrutura do Estado, na qual se inclui a separação dos poderes e a consequente promoção das liberdades individuais. Entendeu-se a jurisdição constitucional como um plano de potencialização da delimitação entre o Estado e o indivíduo por meio do respeito à separação de poderes.

Por fim, a última questão é relativa aos limites do exercício da jurisdição constitucional quando contraposta à aplicabilidade da própria Constituição. Associam-se, então, aos direitos fundamentais as estruturas institucionais hermenêuticas aptas a torná-los

operáveis, fazendo da jurisdição constitucional corolário de uma estrutura de direitos fundamentais.

A importância deste trabalho deve-se não à falta de interesse sobre o assunto na literatura, em que existe uma riqueza de estudos sobre o papel da Corte Constitucional. No entanto, ainda é muito pouco desenvolvido o diálogo entre o estudo da jurisdição constitucional e sua utilidade no Estado Democrático de Direito.

Dessarte, a tarefa interpretativa realizada pelas Cortes Constitucionais, por mais que ligada a questões não própria ou puramente jurídicas, por mais que exercida por indivíduos não propriamente eleitos, e por mais que sujeita a eventuais desvios circunstanciais, consiste em um importantíssimo instrumento de concretização dos direitos individuais, políticos e sociais típicos das Constituições do constitucionalismo moderno.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A Expansão Da Jurisdição Constitucional. **FIDES**, v.6 , n. 1, Natal, jan./jun. 2015.

ARABI, Abner Youssif Mota. A Ascensão do Judiciário e a Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e a Reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011). In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, v. 1, mai.2013. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/827/604>>. Acesso em: 14 ago.2015.

BARROSO, Luis Roberto. **O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil?pagina=25](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=25)>. Acesso em: 14 ago.2015.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: **Revista Eletrônica do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. n. 11. jan-mar.2011. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 14 ago.2015.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados* 08/2004; 18(51):127-150.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

FERRAJOLI, Luigi (2011). The Normative Paradigm of Constitutional Democracy. *Res Publica* 17 (4):355-367.

FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del derecho em tempos del constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, pp. 162 - 164.

GROHMANN, Luís Gustavo. A separação de poderes em países presidencialistas: a América latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, Santa Maria, nº 17, pp. 75-106, nov. 2001.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo : Abril Cultural, 1973.

MADISON, J., HAMILTON, A. & JAY, J. 1993. Os artigos federalistas : 1787-1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

LUNA, Leonardo Athayde. Federalismo, democracia participativa e a Constituição de 1988: uma aproximação entre o Direito e a Política. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 5, v. 2, ago-dez.2013. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/779/544>>. Acesso em: 14 ago.2015.

MACHADO, Ednilson Donisete. *Ativismo Judicial*. 1. Ed. Letras Jurídicas, 2012.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**. A decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2008.

MILL, John Stuart. **Sobre o governo representativo**. Brasília: UnB, 1981.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. NOVELINO, Marcelo. Salvador: JusPodivm, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60.

SILVA, Allender Barreto Lima da; BRAGA, Marina Lisboa. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22156>>. Acesso em: 14 ago.2015. (NBR 6023:2002 ABNT)

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em 15/08/2015.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**. n. 115. No. 6 (Abr., 2006) , pp. 1346-1406.