



## A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DAS DECISÕES DO LEGISLADOR

Paulo Antônio Nunes Nogueira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda a limitação do Poder Judiciário brasileiro. Conceito de jurisdição constitucional. Características favoráveis e desfavoráveis de algumas possibilidades de limitação jurisdicional. Diferencia controle de constitucionalidade difuso do controle de constitucionalidade concentrado. Para realização dessa análise faz-se necessário definir direitos fundamentais positivados na Constituição Federal do Brasil e suas dimensões. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à defesa dos direitos das minorias. Solução do conflito entre jurisdição constitucional e a democracia. Além de contextualizar funções judiciárias e ativismo judicial. Jurisdição constitucional e os limites controle jurisdicional sobre as ponderações do legislador democraticamente legitimado. A atuação da jurisdicional e a proteção dos direitos fundamentais. A tensão entre jurisdicional, direitos fundamentais e democracia. O problema do ativismo judicial e a usurpação do espaço político de tomadas de decisões via jurisdicional constitucional.

**Palavras-chaves:** democracia; direitos fundamentais; jurisdição constitucional.

**ABSTRACT:** The present article addresses the limitation of the Brazilian Judiciary. Concept of constitutional jurisdiction. Favorable and unfavorable characteristics of some possibilities of jurisdictional limitation. Difference constitutionality diffuse control of the control of constitutionality concentrated. To carry out this analysis, it is necessary to define positive fundamental rights in the Federal Constitution of Brazil and its dimensions. Positioning of the Federal Supreme Court in relation to the defense of minority rights. Solution of the conflict between constitutional jurisdiction and democracy. In addition to contextualizing judicial functions and judicial activism. Constitutional jurisdiction and limits jurisdictional control over the weights of the democratically legitimized legislator. The performance of the court and the protection of fundamental rights. The tension between jurisdictional, fundamental rights and democracy. The problem of judicial activism and the usurpation of the political space of decision-making via constitutional jurisdictional.

**Key-words:** democracy; fundamental rights; Constitutional jurisdiction.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Pós-graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP; Pós-graduado em Direito Trabalhista e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Mestrando em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. E-mail: pnunesnogueira@yahoo.com.br



## 1 Introdução

A presente investigação tem por objeto a discussão sobre a atuação da jurisdição constitucional na invalidação das decisões tomadas pelo legislador democraticamente legitimado no espaço de sua atuação política de ponderação de interesses e direitos constitucionalmente protegidos. Essa questão importa na medida em que pode ser constatado uma intensa atuação dos tribunais em desfavor das decisões tomadas pelo legislador, notadamente em casos em que este se mostrou mais preparado, estruturado e aparelhado para a discussão de temas político-constitucionais. O resultado disso, então, seria uma demasiada atuação dos tribunais em desfavor da atividade do legislador, com comprometimento ao princípio da divisão das funções e poderes estatais. (SARLET, 2011, p. 10-12).

No sistema dado na Constituição Federal de 1988, cabe à jurisdição constitucional concentrada e difusa proteger e assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto constitucional. O uso excessivo dessa competência leva, no mínimo, a duas linhas: a primeira no sentido de que o grau de intensidade de intervenção nas decisões do legislador deve ser dado pelo grau de intensidade da violação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o que significa autorização para a jurisdição constitucional exercer controle intenso sobre as ponderações do legislador; a segunda no sentido de que cabe ao legislador a primazia de fazer ponderações sobre interesses e direitos constitucionalmente protegidos, de tal sorte que o controle jurisdicional deve ser mínimo, admitido em casos de extrema violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Em qualquer caso, o problema se agrava quando os tribunais, que atuam no espaço do seu microsistema jurisdicional, não têm condições de reunir todos os elementos do cenário político, econômico, administrativo e social para avaliar a segurança das premissas pressupostas pelas decisões do legislador democraticamente legitimado. Ao tomar decisões sobre essas questões, a jurisdição constitucional incursiona sobre temas que lhe ordinariamente alheios.





texto constitucional, uma espécie de mecanismo de defesa apto a garantir o preservar da ordem democrático-constitucional frente a atos jurídicos lesivos à Constituição. Por conseguinte, esse mecanismo consequentemente propicia a efetividade e realização dos preceitos constitucionais. Frente a isso, observa-se que a jurisdição constitucional possui como pilar fundamental, a defesa do próprio sistema constitucional inaugurado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo um elemento fundamental para a primazia do paradigma do Estado democrático de direito. No que toca à sua legitimidade, a jurisdição constitucional tem por lastro e fundamento a complementaridade entre os termos 'democracia' e 'Estado de direito', tornando-se imperiosa a compatibilização do parlamento' com a 'justiça constitucional'. O primeiro representando o 'Princípio Democrático', e o segundo, a garantia do 'Estado de Direito', levando à formação do 'Estado Democrático de Direito' (MOURA; GONÇALVES; DINIZ, 2015, p. 108-109).

Procedendo-se à análise da jurisdição constitucional, infere-se que é imperioso exigir uma interpretação que compatibilize, simultaneamente, a representação popular, a defesa dos princípios consagrados constitucionalmente, e os direitos fundamentais. Verificando-se, dessa forma, a necessidade de que sejam direcionadas todas e quaisquer regras de hermenêutica a fim de assegurar a plenitude de aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais e dos mandamentos constitucionais.

Com relação à atuação da jurisdição constitucional brasileira, pode-se concluir que tal função, liderada pelo Supremo Tribunal Federal, passa, desde a instituição da Constituição Federal de 1988, por um processo de amplo aspecto no que toca ao seu desenvolvimento, tomada de posições às vezes conservadoras, mas em muitas outras, corajosas, ao tutelar o direito das minorias, tais como a proteção da comunidade indígena e quilombola e a efetivação dos direitos dos homossexuais. O compromisso em proteger e efetivar os direitos de segmentos sociais minoritários (o ponto de vista social e jurídico) faz com que a Corte Suprema atue de forma contramajoritária. Tal conduta possui importância indelével, pois é capaz de anular atos legislativos oriundos do posicionamento majoritário representativo, que violam normas constitucionais, inclusive, as que declaram direitos. Mais do que isso, o







### **3.2 Limitação da jurisdição constitucional pela própria constituição que lhe cabe guardar (vinculação constitucional)**

Preleciona que o Poder Judiciário, assim como os demais Poderes deve se submeter à Constituição no exercício de suas funções, principalmente quando esta função seja a de guardar a própria Carta Magna, apesar de décadas anteriores aparenta de significativa atualidade a orientação de Alexander Hamilton de que o poder de controlar a conformação de validade constitucional pelo Poder Judiciário não atribuiria a este a condição de ser superior ao Poder Legislativo, pois ambos os Poderes devem submeter-se às determinações constitucionais à medida que “o poder do povo (que institui a Constituição) é superior a ambos (os Poderes)” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 28).

Há considerável tempo já se argumentava que cabendo às Cortes Superiores enunciar o sentido da Constituição, não poderia o Poder Judiciário apresentar “sua vontade” ao invés do seu julgamento, pois estaria usurpando as pretensões normativas do legislador constituinte originário pelas suas próprias pretensões judiciais, o que, obviamente, não pode ser o desejo da Constituição quando confere ao legislador o poder privativo de inovar a ordem jurídica positivada para concretizar suas “promessas constituintes” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 28).

Esse antigo ensinamento é de extrema atualidade, por que se tem alegado que diante da necessária característica político-jurídica da jurisdição constitucional e de toda a diversidade e complexidade que marca a contemporânea aplicação do direito pelo juiz haveria que se suportar uma certa discricionariedade judicial sobre as regulações do legislador para o alcance da vontade constituinte (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 45-46).

A Constituição Federal brasileira não confere poder ao magistrado para atuar livremente substituindo o legislador; primeiro, porque é o legislador o natural detentor da função constitucional de inovar a ordem jurídica; segundo, porque se de um lado a proteção da Constituição e toda a gama de “casos difíceis” que são submetidos à decisão do juiz exige-lhe postar-se como co-



criador do direito a ser aplicado em cumprimento aos preceitos constitucionais vigentes, não se pode olvidar, por outro lado, que a atuação jurisdicional deve pautar-se por parâmetros jurídicos impostos pela própria Constituição criadora do direito justo (JOLOWICZ, 2007, p. 161).

Conferir à jurisdição constitucional a competência de controlar o exercício do poder político não significa atribuir ao juiz constitucional o poder de realizar funções estritamente políticas, pois tal função de natureza jurisdicional deverá ser sempre realizada “de acordo com parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da Constituição” à medida que só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais de conformação do poder político podem os Tribunais apreciar a violação desses parâmetros (CANOTILHO, 2000, p. 1224).

A pretensão de um juiz no exercício da função jurisdicional, ao atuar sob critérios eminentemente políticos, sem submeter-se aos ônus impostos pela Constituição aos agentes estritamente políticos – submissão a eleições, perda de mandato, *impeachment*, dentre outros – importaria em evidente violação ao sistema político-jurídico instituído pela Constituição vigente, pois esta não admite que o juiz, sob uma suposta aplicação criativa do direito, substitua as escolhas estritamente políticas feitas por outros órgãos constitucionais pelos seus próprios critérios pessoais de justiça ou por seus sentimentos de escolhas sociais mais adequadas (BARROSO, 2005, p. 314-315).

Entende-se por correto que o dever da jurisdição constitucional em decidir *contra legem* ou *praeter legem* - quando a lei ou a sua falta estejam em desconformidade com as determinações constitucionais -, não importa em conferir discricionariedade ao juiz, nem mesmo a uma Corte Constitucional, para decidir afastando-se da Constituição que fundamenta o direito vigente, sempre buscando neste os fundamentos para suas decisões, porque é um “direito fundamental do cidadão que o Estado cumpra a Constituição”, sendo obviamente aplicável essa aspiração constitucionalista de todo cidadão também ao Poder Judiciário (STRECK, 2011).

A atribuição de controle de constitucionalidade ao juiz não importa em conferir-lhe liberdade para atuar ao largo do direito vigente, especialmente da própria Constituição, pois “a decisão e determinação do juiz, como decisão





constitucional vigente e evita-se que se decida contra a Constituição com o consequente esvaziamento de sua força normativa (MORAIS, 2012).

### **3.3 Respeito judicial à abertura do sistema de controle de constitucionalidade**

Há nos Estados Unidos da América uma dualidade entre duas teses por lá denominadas como “*the final say*” e “*nonsupremacy*”: na primeira corrente entende-se que a Suprema Corte norte-americana deve, dentre suas funções, conferir a última interpretação da Constituição, coagindo os demais Poderes, na segunda corrente sustenta-se que a Corte deve respeitar as diversas interpretações produzidas pelos demais Poderes no âmbito de suas competências definidas pela própria Constituição, evitando-se com isso o poder do povo de dispor sobre o direito possa ser cooptado por um possível despotismo do Judiciário (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 326-327).

Considerando as significativas distinções entre a Constituição norte-americana e a brasileira, aparentemente é possível trazer essa discussão tipicamente norte-americana para nossa realidade institucional quando verificamos que, apesar da Constituição Federal de 1988, reconhecer expressamente que a última palavra a respeito da interpretação e aplicação da constituição é do STF, simultaneamente essa constituição, não conferiu ao STF poderes e funções exclusivamente constitucional, atribuiu-lhe de forma apenas precípua a guarda da Carta Magna, e prevê diversos outros meios de controle de constitucionalidade, inclusive de natureza não jurisdicional (VELLOSO, 2004, p. 191-202).

O STF deve ter a última palavra a respeito da interpretação e da aplicação da constituição, não se pode pretender caracterizá-lo guardião exclusivo da constitucionalidade, porque deve este também respeitar a vontade constitucional de não lhe atribuir exclusivamente tal poder, quando a própria Constituição Federal de 1988 não o estipulou como um tribunal exclusivamente constitucional e estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade misto (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 327-328).



Diante dessa normatização constitucional, devem os juízes constitucionais observar a competência dos demais poderes constitucionais denominados como “fiscais” da Constituição e reconhecer os limites dos efeitos de suas decisões, tal como definidos pela própria Carta Magna e pela legislação processual vigente, pois isto contribui consideravelmente para a manutenção da legitimidade democrática que a própria Constituição atribui-lhe como principais, mas não exclusivos guardiões da constituição (RAMOS, 2007, p. 106).

Esse entendimento pode fundamentar-se, inclusive, no fato de tanto o legislador constituinte originário, quanto as diversas manifestações do legislador constituinte derivado que o sucederam, nos termos do art. 102, §2º da Constituição Federal de 1988, terem estabelecido que a eficácia vinculante das decisões do STF limita-se, subjetivamente, aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública brasileira.

É que assim o fazendo, a constituição deu liberdade ao legislador e afastou-o do “autoritarismo que consistiria na criação de um Estado judicial (Jurisdiktionstaat)” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 328) no Brasil, já que essa expressa definição dos limites da eficácia vinculante determinada pela Constituição Federal de 1988 deixou clara a pretensão de permitir-se um singular controle posterior da jurisdição constitucional pelos demais Poderes, seja através da possibilidade de que o Poder Legislativo emende a Constituição, através do exercício do amending power ou da possibilidade de que o Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo - no exercício da função estritamente política de iniciativa legislativa - resistam às decisões proferidas pelos juízes constitucionais, através da edição de ato normativo idêntico ao que foi declarado inconstitucional, permitindo-se assim que cada órgão constitucional possua “a faculdade constitucional de persistir em sua interpretação constitucional, mesmo após decisão contrária do outro” (RAMOS, 2007, p. 107-109).

Se, por um lado deve-se impedir que o Legislativo possa derrubar o poder dos juízes constitucionais mediante uma reforma meramente formal da Constituição, por outro lado “o peso do controle de constitucionalidade (por via judicial) deve ser compensado com o poder dos órgãos políticos de “responder”



de algum modo aos juízes constitucionais, já que, de outro modo, a instituição do controle judicial perderia sua legitimidade” (STRECK, 2011, p. 191) por não respeitar a condição do Legislador como intérprete/aplicador da constituição, cujas “escolhas no campo da concretização constitucional merecem ser respeitadas, desde que não ultrapassem os limites demarcados pela Lei Maior” (SARMENTO, 2010, p. 198).

### **3.4 Fundamentação jurídica das decisões judiciais de controle de constitucionalidade**

Atualmente não é mais admissível que se faça uma interpretação mecanicista da constituição, como também não será admissível que a interpretação político-jurídica da constituição pelos juízes e tribunais seja uma atividade essencialmente discricionária, pois elementos objetivos de interpretação apresentam-se como limites da interação entre os intérpretes e o texto constitucional e existem determinações constitucionais e processuais que impõem limites jurídicos ao exercício da função jurisdicional (SARMENTO, 2010, p. 198).

A observância do direito processual constitucional vigente realiza função de relevância significativa à legitimação da jurisdição constitucional (MARINONI, 2006, p. 401) à medida que o procedimento de tomada de qualquer decisão estatal deve ser conduzido de acordo com este. Como um dos modos normais de agir do Estado, possui o processo a responsabilidade de influir nas decisões do Estado-juiz através da procedimentalização e da racionalização que lhes são inerentes (BARROSO, 2010, p. 40).

É por isso que o poder de prestar a jurisdição constitucional não outorga aos órgãos do Poder Judiciário qualquer afastamento não controlável e injustificável dos limites processuais que lhe são estabelecidos pela própria Constituição e pela legislação processual infraconstitucional que a complementa, já que, sob um Estado constitucional democrático de direito, é inconcebível imaginar que o juiz,positor da eficácia constitucional, a ela não





#### 4 Considerações finais

À guisa de conclusão, importante ressaltar que nem mesmo a proteção de direitos fundamentais pode fundamentar a pretensão de que a jurisdição constitucional seja exercida sem controle democrático anterior, concomitante e posterior, pois o poder estatal, seja de qual natureza for, só pode ser exercido nos termos da constituição e em prol dos interesse dos cidadãos.

Por isso, é recomendável – ou melhor, exigível – que o Poder Judiciário esteja atento a alguns nortes de atuação que mantenham a função jurisdicional sob parâmetros de legitimidade democrática desejáveis pela constituição, e pelo direito vigente, cabendo-lhe, ao exercer o controle substantivo da constituição, moderar-se e respeitar as decisões políticas produzidas pelo legislador, sem olvidar que, mesmo detentor do papel de co-criador do direito, não pode afastar-se da vinculação e/ou do pré-compromisso fixado pela constituição enquanto espécie de norma jurídica suprema, sendo o limite da sua interpretação constitucional o próprio texto das disposições constitucionais positivadas.

Afinal, justamente porque reconhecida a importância da jurisdição constitucional, deverá o Poder Judiciário observar o equilíbrio institucional desejado pela constituição, através do reconhecimento judicial de que os demais órgãos constitucionais - especialmente o Legislador - precisam de mecanismos de “resposta” aos juízes constitucionais, já que de outro modo a instituição do controle judicial perde sua legitimidade.

Por fim, deve o Judiciário observar a normatização processual-constitucional que lhe é imposta, em especial a plena fundamentação e a ampla publicidade que se deve conferir às decisões judiciais, permitindo que às partes, e a qualquer cidadão ou instituição, seja possível averiguar a racionalidade e o acerto jurídico das decisões judiciais proferidas em nome da constituição, permitindo, assim, uma jurisdição constitucional democrática, transparente e mais participativa.



