

A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

The expansion of the constitutional jurisdiction after the 1988 constitution promulgation

Eid Badr¹ , Debora Bandeira Dias Koenow² 

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), email: ebadr@uol.com.br

² Mestranda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, e-mail: kb_debora@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar a expansão da jurisdição constitucional a partir da promulgação da Constituição de 1988. Para tanto, expõe o conceito de jurisdição constitucional, imiscuindo na divergência entre Kelsen e Schmitt acerca de qual seria o órgão responsável pelo exercício deste múnus. Ainda, realizada a diferenciação entre jurisdição constitucional em sentido estrito e em sentido amplo, com a adoção da concepção de jurisdição constitucional em sentido estrito. Posteriormente, delineado o percurso normativo do controle de constitucionalidade ao longo das Constituições adotadas pelo Brasil, sendo evidenciado o reforço do instituto na Constituição da República de 1988 com o correspondente número expressivo de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Por fim, apresentadas as hipóteses propulsoras de expansão da jurisdição constitucional, com destaque para o momento histórico de redemocratização e reforço dos direitos fundamentais, além do movimento pós-positivista com a valorização da força normativa da Constituição.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Controle de constitucionalidade, Força normativa da Constituição.

ABSTRACT

This article aims to analyze the expansion of constitutional jurisdiction from the promulgation of the 1988 Constitution. Therefore, it exposes the concept of constitutional jurisdiction, interfering in the divergence between Kelsen and Schmitt about which body would be responsible for exercising this function. Still, the differentiation between constitutional jurisdiction in the strict and broad sense was made, with the adoption of the concept of constitutional jurisdiction in the strict sense. Subsequently, the normative path of constitutionality control along the Constitutions adopted by Brazil was outlined, with the reinforcement of the institute in the Constitution of the Republic of 1988 being evidenced with the corresponding expressive number of actions for concentrated control of constitutionality. Finally, the propelling hypotheses for the expansion of constitutional jurisdiction are presented, highlighting the historical moment of redemocratization and reinforcement of fundamental rights, in addition to the post-positivist movement with the appreciation of the normative force of the Constitution.

Keywords: Constitutional jurisdiction, Review of constitutionality, Normative force of the Constitution.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresentou mudança de paradigma no constitucionalismo brasileiro. A retomada democrática e a previsão de extenso rol de direitos sociais promoveram a centralidade deste diploma normativo no ordenamento jurídico pátrio.

Correspondente à importância da nossa Carta Magna, surge a demanda crescente por meios de assegurar a observância de suas normas. Nesta seara, a jurisdição constitucional cumpre o papel de instrumento para a garantia da Constituição. O controle de constitucionalidade acaba por se confundir com a própria jurisdição constitucional em sentido estrito.

Apesar de presente em todas as Constituições brasileiras, o controle de constitucionalidade foi aperfeiçoado e expandido na Constituição Federal de 1988, servindo de campo para a expansão da jurisdição constitucional.

Ademais disso, nesta pesquisa são analisados os demais fatores que ensejaram a expansão da jurisdição constitucional sob a égide da atual Constituição: a) de índole normativa com a expansão dos direitos sociais na constituição cidadã; b) de índole filosófica por meio da ascensão do movimento do pós-positivismo, e; c) do fortalecimento da tese da *força normativa da constituição*.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. O INSTITUTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado Democrático de Direito consagrado no artigo primeiro da Constituição da República¹ confere ao texto constitucional a centralidade nas relações sociais. Bonavides (2004) explicita que a Constituição possui duas vertentes, a jurídico-formal e a político-substancial. Afirma o autor que a Constituição vem ganhando força enquanto “*cada vez mais, num consenso*”

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania” (Bonavides, 2004, p. 127). Assim, a jurisdição constitucional ganha destaque como meio de garantir o diploma de a concretização dos direitos fundamentais.

Portanto, afirma Bonavides (2004) que *“o conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais”* (Bonavides, 2004, p. 128). Neste sentido, haveria a distinção entre a jurisdição constitucional, pacificamente entendida como legítima para garantir a observância da Constituição, e a legitimidade no exercício da Constituição, esta, sim, controversa quanto à sua operacionalização. Isso em razão de o exercício da jurisdição constitucional pressupor a aplicação de limites no caso concreto de modo a não ultrapassar a atividade jurisdicional e imiscuir-se na atividade legiferante.

Kelsen (2003) conceitua a jurisdição constitucional como *“um elemento do sistema de medidas técnicas que visam assegurar o exercício regular das funções estatais”* (Kelsen, 2003, p. 91). Portanto, a partir de sua experiência com a Constituição austríaca de 1920, Kelsen confere à jurisdição constitucional importância correspondente ao papel conferido aos mecanismos de proteção da norma fundamental.

Por sua vez, Barroso (2017) destaca que jurisdição constitucional seria *“a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”*. Esta definição tem relevância frente ao embate histórico de qual seria o órgão competente para a defesa da Constituição. Schmitt afirmava que ao presidente do Reich caberia a defesa precípua da Constituição. Para o jurista, seria proeminente o controle político da Constituição. Já Silva (2009) esclarece Hans Kelsen defendia a eminência do controle jurídico da norma fundamental, de forma que ao Tribunal Constitucional caberia esta proteção. *“Se, com Marshall, é colocada em prática a ideia de controle de constitucionalidade, o projeto de Kelsen dá vida à ideia de um tribunal especificamente encarregado desse controle e monopolizador das decisões de inconstitucionalidade”*. (Silva, 2009, p. 200).

Inclusive, Pereira e Baracho Junior (2019) apontam que a história do constitucionalismo foi marcada pelos mais diversos órgãos apontados como responsáveis pela defesa da Constituição. No final do século XVIII e início do século XIX, por exemplo, a responsabilidade por tal proteção seria do Senado conservador.

De fato, o modelo kelseniano foi o adotado no Brasil ao conferir a proteção constitucional eminentemente ao exercício da jurisdição por meio do papel dos tribunais constitucionais. Apesar de a todos os Poderes caber cumprir os ditames da Constituição, a sua defesa precípua é feita pelo Poder Judiciário.

Expostas tais balizas, cumpre arguir qual a perspectiva adotada da jurisdição constitucional no presente trabalho. Em aspecto amplo, a jurisdição constitucional corresponderia a todas as competências previstas constitucionalmente para exercício da Corte Constitucional na aplicação dos dispositivos constitucionais. Nesta perspectiva, não apenas o controle de constitucionalidade seria hipótese de jurisdição constitucional, mas também a aplicação de direitos fundamentais, a resolução de conflitos entre os entes federativos, dentre outras temáticas.

Por outro lado, a jurisdição constitucional em sentido estrito seria tão somente o exercício do controle de constitucionalidade. Destarte, o presente artigo tem por objetivo a análise do incremento da jurisdição constitucional após a promulgação da Constituição de 1988 a partir do aspecto estrito do conceito de jurisdição constitucional.

2.2 A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM SENTIDO ESTRITO NAS CONSTITUIÇÕES PÁTRIAS

Sendo a Constituição a norma fundamental da Nação, as suas disposições estão diretamente ligadas aos fatos sociais que lhe circundam. Assim, o histórico da jurisdição constitucional nas Constituições pretéritas é de suma importância para delinear o percurso normativo do instituto.

A primeira Constituição do Brasil remonta de 1824. Neste diploma, o Imperador possuía Poder Moderador, competindo, entretanto, ao Poder Legislativo a tarefa de controlar a legalidade e a constitucionalidade das normas. Vainer (2010) afirma que o Poder Moderador é remanescente do absolutismo e, como tal, estaria o Poder Moderador acima dos demais Poderes do Estado, cabendo-lhe, também, o exercício deste controle. Assim, ainda que derivado do absolutismo, este controle de um poder sobre o outro fortaleceria a tripartição dos poderes.

Posteriormente, adveio a Constituição de 1891, a primeira republicana. O controle de constitucionalidade passou a ficar a cargo do Poder Judiciário por meio do exercício do controle difuso, ou seja, empreendido por todas as instâncias jurisdicionais. Foi decisiva a influência do modelo estadunidense nesta abordagem. Cumpre destacar que a mudança no controle de

constitucionalidade foi paradigmática, pois mudou o Poder que exercia o controle, do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, e tornou possível aos cidadãos exercerem a provocação do mesmo.

Já a Constituição de 1934 trouxe inovações no exercício da jurisdição constitucional com a previsão da representação interventiva pelo Procurador Geral da República. Portanto, havia aqui o início no Brasil da jurisdição constitucional exercida por meio do controle abstrato de constitucionalidade. Vainer (2010) esclarece que a Constituição de 1937 foi outorgada de modo a fragilizar a tripartição de Poderes, uma vez que decisões proferidas pela Corte Suprema no controle de constitucionalidade poderiam ser afastadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Em 1946, foi promulgada Constituição permeada pelo retorno à democracia após período ditatorial. Retomado assim o exercício do controle de constitucionalidade com o respeito à cláusula de reserva de plenário. Posteriormente, a Constituição outorgada de 1967 manteve a legitimidade exclusiva do Procurador Geral da República para o ajuizamento da representação interventiva. No mais, tendo em vista o crescimento dos poderes do Chefe do Poder Executivo no período, foi conferida a ele a competência de suspender ato ou lei que o Supremo Tribunal Federal tivesse decretado inconstitucional.

Posteriormente, a Constituição Federal da República de 1988 promoveu mudanças relevantes na jurisdição constitucional. O fim da exclusividade do Procurador Geral da República como legitimado para a propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade trouxe a possibilidade de diversos atores elencados no texto da Constituição formular pedido de controle concentrado de constitucionalidade.

O reforço ao controle abstrato de constitucionalidade também passou pela previsão de novas ações cabíveis em tal intento, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão. Após, a Emenda Constitucional 03/93 trouxe a hipótese da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Emenda Constitucional 45/04 ampliou os legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade concentrado.

Exposto tal panorama, cumpre destacar que ao longo das constituições brasileiras a jurisdição constitucional estava presente em consonância com os fatos sociais e políticos que lhe circundava. De fato, a Constituição da República de 1988 culminou no reforço aos mecanismos de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, na majoração do uso desta ferramenta.

Dado relevante deste reforço à jurisdição constitucional em sentido estrito na Constituição da República de 1988 é o expressivo quantitativo de ações de controle de constitucionalidade concentrado. O ajuizamento de 6.963 Ações Diretas de Inconstitucionalidade², 67 Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão³, 76 Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁴ e 875 Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵ evidencia ampla utilização desses mecanismos de garantia da supremacia das normas constitucionais. Destaque-se que estes são os dados aferíveis. Relevante ainda a importância do controle difuso de constitucionalidade no exercício da jurisdição constitucional.

Assim, importa analisar os motivos da expansão da jurisdição constitucional após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 ENQUANTO PROMOTORA DE EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Exposto o movimento de valorização da jurisdição constitucional após a Constituição de 1988, cumpre perquirir os motivos ensejadores, sejam de índole histórica, normativa ou mesmo do marco filosófico do pós-positivismo.

No tocante ao contexto histórico, a Constituição de 1988 é classificada como Constituição cidadã. Isso, em razão de ter sido promulgada após período ditatorial, tendo a retomada da democracia gerado ânsia de assegurar direitos aos indivíduos de modo pleno e não apenas formalmente. No mais, houve expressiva garantia de direitos sociais. Neste contexto, Bueno (2018) aponta que “a Constituição de 1988 trouxe o reconhecimento da pluralidade e a reconfiguração de novos espaços sociais, permitindo pela primeira vez repensar as desigualdades sociais no país”. (Bueno, 2018, p. 13)

Uma vez elencada uma série de direitos fundamentais na Constituição de 1988, que tem por característica ser analítica, surge, conseqüentemente, a demanda da proteção e garantia de tais

² Dado disponível em 15 de agosto de 2021. Acesso em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6236233>

³ Dado disponível em 15 de agosto de 2021. Acesso em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6167952>

⁴ Dado disponível em 15 de agosto de 2021. Acesso em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6093061>

⁵ Dado disponível em 15 de agosto de 2021. Acesso em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6234708>

direitos previstos. Assim, sendo os direitos sociais, de segunda dimensão e eminentemente prestacionais, o Poder Judiciário passa a ocupar papel central na persecução de tais direitos, traduzindo-se em um dos fatores para o crescimento da jurisdição constitucional.

Quanto aos contornos normativos ensejadores de tal acréscimo, importa destacar o aperfeiçoamento na Constituição de 1988 dos meios de exercício do controle de constitucionalidade. A expansão dos legitimados previstos no art. 103 da Carta Magna permitiu que aos mais diversos atores sociais fosse possível provocar o Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade em abstrato. Anteriormente, apenas o Procurador Geral da República era apto a promover ação de controle concentrado.

Carvalho (2010) afirma que, sob o aspecto técnico, o fim do monopólio da iniciativa do Procurador Geral da República foi benéfico uma vez que a unidade do legitimado seria situação abusiva, pois configuraria uma espécie de instância de análise prévia de constitucionalidade que acabava por se sobrepor à própria função do Poder Judiciário. A provocação por um legitimado exclusivo não permitiria a ampla apreciação da constitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário.

O texto constitucional de 1988 ainda conferiu uma série de mecanismos para o exercício do controle de constitucionalidade concentrado, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, posteriormente através da Emenda Constitucional 03/93, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ferraz (2009) aponta que a partir das Leis 9.968/99, 9.882/99 e da Emenda Constitucional 45/2004 houve “profunda modificação na jurisdição constitucional no Brasil, com nítida prevalência do modelo jurisdicional concentrado e significativa minimização do controle difuso, e manutenção de aspectos do controle político de constitucionalidade” (Ferraz, 2009, p.142).

Com a ampliação e aperfeiçoamento dos meios de exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o acesso à sua utilização foi maximizado. Cumpre destacar que o efeito *erga omnes* da decisão neste tipo de controle e a visibilidade pública e política dele decorrente geraram campo para a ampliação da jurisdição constitucional, que passou a incidir sobre os mais diversos fatos sociais de grande relevância política, econômica, jurídica ou social.

Por sua vez, o pós-positivismo foi marco filosófico de grande relevância para o crescimento da jurisdição constitucional. Maia (2011) aponta que o pós-positivismo teve por principais protagonistas Ronald Dworkin e Robert Alexy, que preconizaram a importância dos princípios e

dos valores que lhe são correspondentes, de modo a romper com o positivismo clássico, no qual o texto legal era central na normatividade. Conferir caráter normativo aos princípios abriu caminho para uma reconfiguração do papel do julgador no preenchimento de conceitos indeterminados e no objetivo de otimizar o conteúdo normativo correspondente aos princípios.

Assim, esta configuração normativa pós-positivista colabora para que a Constituição tenha papel normativo central, de modo que a carga principiológica que dela decorre, e que passa a ser impugnável judicialmente, leva a um acréscimo da judicialização das demandas e consequentemente da jurisdição constitucional.

Neste sentido, opera-se a força normativa da Constituição, na qual o conteúdo da Constituição ganha relevo normativo e simultaneamente há ferramentas para assegurar a sua normatividade. Tal processo simultaneamente reforça o incremento da jurisdição constitucional e da força normativa da Constituição. Destarte, a jurisdição constitucional conforme delineada na Constituição da República de 1988 torna-se terreno fértil para o florescimento das garantias e dos direitos nela previstos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição constitucional é mecanismo essencial à proteção da Constituição. Frente ao embate de Kelsen e Schmitt quanto a quem seria o órgão legítimo para a defesa precípua da Constituição, o Brasil adotou a posição kelseniana de que o exercício da jurisdição constitucional fica sob a incumbência do Poder Judiciário.

Adotado o aspecto estrito da jurisdição constitucional, que se caracteriza como o exercício do controle de constitucionalidade, fica evidente que desde a Constituição de 1824 já havia mecanismos de proteção à norma constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Não obstante, a Constituição de 1988 promoveu verdadeiro marco no aperfeiçoamento e expansão do controle de constitucionalidade.

Assim, relevante a análise dos motivos pelos quais após a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve expansão da jurisdição constitucional. Tal fator é expresso, inclusive, através do acentuado número de ações de controle concentrado de constitucionalidade ajuizadas após a Constituição da República de 1988.

O momento histórico da promulgação da Constituição de 1988 de retomada da democracia com a expansão dos direitos sociais e a necessidade de resguardo de tais direitos de índole prestacional foi apontado como um dos fatores que justificaram o acréscimo da jurisdição constitucional. Esta seria uma mudança de caráter material do direito resguardado constitucionalmente. De índole formal, a mudança dos mecanismos de controle de constitucionalidade com a expansão do rol de legitimados para a sua propositura e a previsão de novas ações também merece ser considerada. No mais, apontado ainda o movimento do pós-positivismo com a valorização dos princípios e a atribuição de força normativa à Constituição.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promoveu a expansão da jurisdição constitucional com a mudança do próprio papel da Constituição no ordenamento jurídico. O alargamento dos direitos previstos, até mesmo decorrente dos princípios, e o meio de lhes assegurar através de um complexo sistema de controle de constitucionalidade, seja difuso, seja concentrado, propiciaram campo para o acentuado acréscimo da jurisdição constitucional que tende a abranger cada vez mais demandas de relevância nas mais diversas áreas do convívio social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Saraiva Educação SA, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. **Estudos Avançados** [online]. 2004, v. 18, n. 51 [Acessado 12 Agosto 2021], pp. 127-150. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>>. Epub 08 Ago 2008. ISSN 1806-9592. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>.

BUENO, Chris. 30 anos da Constituição Cidadã. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 70, n. 4, p. 11-13, Oct. 2018. Available from <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252018000400004&lng=en&nrm=iso>. access on 16 Aug. 2021. <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602018000400004>.

CARVALHO, Ernani. Política Constitucional no Brasil: a ampliação dos legitimados ativos na Constituinte de 1988. **Cadernos Temáticos “Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito”**, p. 97, 2010. Acesso em: 16 ago 2021. Disponível em: <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfseminario.pdf#page=98>

DA SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009. Acesso em 30 set 2009. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5392752/mod_resource/content/1/Texto%20do%20Professor%20Virgilio%20Semin%C3%A1rio%20TGE.pdf

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da Jurisdição constitucional no Brasil. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, p. 137-180, 2009. Disponível em: file:///C:/Users/kb_de/Downloads/Dialnet-20AnosDaConstituicaoDe1988-5124289.pdf. Acesso em: 16 ago 2021.

KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**. Direito Público, v. 1, n. 1, 2003. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1401/869>. Acesso em: 13 ago 2021.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo**. Revista Quaestio Iuris, v. 4, n. 1, p. 1-86, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/10212/7990>. Acesso em 16 ago 2021.

OLIVEIRA, Carlindo Rodrigues de e Oliveira, Regina Coeli de. **Direitos sociais na constituição cidadã: um balanço de 21 anos**. Serviço Social & Sociedade [online]. 2011, n. 105 [Acessado 16 Agosto 2021], pp. 5-29. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-66282011000100002>>. Epub 21 Mar 2011. ISSN 2317-6318. <https://doi.org/10.1590/S0101-66282011000100002>.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. O DEBATE ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT SOBRE A CUSTÓDIA DA CONSTITUIÇÃO. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 35, n. 1, 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/304>. Acesso em: 13 ago 2021.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/233>. Acesso em: 13 ago 2021.