

APONTAMENTOS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

ADOLPHO C. DE ANDRADE MELLO JR.

Juiz de Direito - TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da Unesa

I - À GUIA DE INTRODUÇÃO

A noção de processo, processo judicial, tem na doutrina claro delineamento, não obstante a disputa sobre a sua melhor concepção, natureza jurídica; como o ordenamento lhe assenta. Só a história se acomoda com a idéia de processo como um contrato entre partes e interesses contrapostos, ou um quase contrato, afeição civilista, capaz de propiciar o objeto de julgamento, denominado *litis contestatio*. Na evolução, o processo passou a ser considerado uma relação jurídica, ou um instituto que a contém, de desenvolvimento intenso e complexo, voltado à uma finalidade, a par de direitos e obrigações, deveres, ônus e sujeições, que faz exsurgir, permitindo o exercício de uma função de Estado; função jurisdicional.

O processo como relação jurídica, distinto da relação controvertida que o justifica - esta de direito material, é doutrina que goza de amplo espaço e adesão, na moderna processualística, idéia introduzida a partir das lições de Bülow, em sua clássica obra, **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**, conforme anotado, dentre outros expoentes, por Moacyr Amaral Santos¹. Aliás, foi com Bülow que o Direito processual deixou de ser visto como um simples desmembramento do Direito material, em todas as suas ramificações. A ação judicial passou a ser idealizada como um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo material. Com ele, apartou-se da doutrina civilista, passando o direito processual a ocupar um espaço estruturalmente autônomo, dentro do arcabouço do Direito, como ciência fenomenológica, metodizada.

O processo judicial é ou contém uma relação; é uma situação jurídica, instituição ou entidade complexa, ilações que se completam. O fato é que

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed., Saraiva, 1988, v. 1, p. 274.

o processo tem estrutura normativa e finalidade próprias, sendo, na feliz síntese de Eduardo Couture, em si mesmo, um método de debate². E na verdade, o é. Sistema, estrutura organizada, hábil a fazer, com que, do debate, estimulado pela contraposição de representações, seja revelado, ao final, o sentimento do Estado-julgador, sua vontade fundamentada, ante o que lhe foi posto a discernir, com característica de definitividade. Na dogmática, o processo é trilateral, ante a co-existência de três protagonistas (juiz, autor e réu), dinâmico, progressivo, uníssono, além de teleológico.

O processo é um instrumento da Jurisdição. Método utilizado para o exercício da Jurisdição em sua eloqüência ordinária e constitucional. Segue-se daí a dicotomia necessária, dicção do direito para a solução de casos concretos, lides; e o dizer o direito, como tese, dentro de uma situação abstrata, onde se impõe a proteção das “coisas” constitucionais, em toda a sua amplitude inserida na Lei Fundamental. O processo como método para a solução dos conflitos, em sua qualificação intersubjetiva; e processo, estrutura organizada a servir, objetivamente, à Jurisdição Constitucional. É o processo constitucional que se presta para aferição de compatibilidade das normas e atos do Poder Público frente à Constituição Federal, assim como, para declarar a inadimplência do tornar efetiva a norma constitucional, além de julgar, as arguições de descumprimento de preceitos fundamentais insculpidos na Carta Política, de maior estatura. Também concebe-se o processo constitucional, para tornar viável o exercício dos direitos e liberdades públicas, individual ou coletivamente, quando estejam à míngua de norma regulamentadora, para dar-lhes efetividade. Ressalte-se, por importante, que voltaremos à temática, ao ensejo do alinhamento e tracejo das chamadas ações constitucionais.

II - JURISDIÇÃO - FACE CONSTITUCIONAL

Jurisdição é uma função do Estado; função de dizer e declarar o direito aplicável a um caso concreto. A jurisdição se justifica nas patologias sociais, sendo, destarte, amplo e expansivo o contexto em que se insere.

Sérgio Bermudes, numa *allocutione* peculiar, indiscutivelmente preciso, afirma que “exercendo a jurisdição, como farmacêutico que apanha, nas prateleiras da drogaria, ou manipula o medicamento próprio à cura da enfermidade, entregando-o ao doente, o Estado se serve do arsenal de normas

² COUTURE, J. Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3. ed., Forense, 1977, p. 43.

ao seu dispor ou cria a faltante, aplicando-a ao caso que lhe é apresentado para prevenir ou solucionar a lide”.³

Ao dizer o direito frente aos casos emergentes, seja para constituir, condenar, meramente declarar, realizar ou acautelar, o Estado protege a ordem jurídica ameaçada ou violada. Ao declarar o direito aplicável aos fatos, suplementa o professor José Alfredo de Oliveira Baracho, que é a função jurisdicional, “...causa final e específica da atividade do Judiciário”. E mais: “incumbido de garantir à sociedade um ordenamento jurídico, ao exercer a atividade jurisdicional, está o Estado manifestando a soberania que lhe é inerente”.⁴

O exercício da jurisdição, como função do Estado, expressão da sua soberania, é cometido aos órgãos constituídos pelo Estatuto Político Originário. É a Constituição que define quais são, e atribui-lhes competências, numa definição maior. O Estado, através dos órgãos jurisdicionais, cumpre a função de dizer o direito aplicável, em forma de declaração, bem como, na necessidade, transformar a conclusão obtida ao cabo de um processo judicial, numa realidade fática.

A solução das lides é só uma das faces da jurisdição. É certo que face importante, influente, e decisiva para a harmonia das relações sociais, intersubjetivas. O Estado atua, quando provocado, para solucionar os conflitos de interesses, entre partes, tendo como escopo político uma resolução justa. Tal função jurisdicional considera-se de jurisdição ordinária.

Afora a jurisdição ordinária, de resolução de conflitos de interesses, de forma justa, e de administração de interesses socialmente relevantes - jurisdição voluntária, revela-se a jurisdição, também, quando exigida a preservação ou restauração do Estado Democrático de Direito, sua forma, regime de governo e político constitucional, Direitos fundamentais, individuais, coletivos, sociais e todo o rol das chamadas liberdades públicas. E aí situa-se a chamada jurisdição constitucional.

A matiz da jurisdição constitucional é a defesa da Constituição e controle da constitucionalidade das normas frente a ela. Para isso, variante de sistema para sistema, há uma definição de método eficiente hábil e capaz de instrumentalizar a atividade da função. É o processo constitucional.

³ BERMUDEZ, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed., Forense, 1996, p. 18.

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. 1. ed., Forense, 1984, p. 75.

J. J. Gomes Canotilho chama de justiça constitucional, e acentua que “... consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito tomado como parâmetro material a Constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou fiscalização da legalidade. Como em qualquer jurisdição, trata-se de obter a medida do recto e do justo de acordo com uma norma jurídica. Só que, no nosso caso, essa norma é a Constituição, considerada como norma jurídica fundamental do Estado e da comunidade. Da sua especificidade resulta a especificidade das questões jurídico-constitucionais e, conseqüentemente, a especificidade relativa do processo constitucional”.⁵

A jurisdição constitucional, como ressaltado, distingue-se da ordinária. A distinção repousa no material sobre a qual debruça-se a função. A primeira, material normativo constitucional. A segunda, material normativo infraconstitucional, veio ordinário. As normas constitucionais são diferentes das disposições legislativas ordinárias, pontifica José Alfredo de Oliveira Baracho. Destaca o mestre: “... desde que as primeiras visam a estabelecer os fundamentos do ordenamento jurídico. São fundamentos orgânicos, **as rationes** dos programas e dos fins supremos que devem perseguir o Poder Legislativo e os demais Poderes. Como normas de valor, assentadas nos valores consagrados em preceitos positivos, constituem os dados fundamentais do ordenamento jurídico”.⁶

III - JUDICIAL REVIEW - A DOUTRINA DO JUIZ MARSHALL - ALCANCE E EVOLUÇÃO

A supremacia da Constituição é princípio inafastável (de interpretação) dentro do denominado Estado Democrático de Direito, quando escrita a Carta Magna, e de característica rígida. Às normas constitucionais se exige observância, e a elas todos devem se curvar, seja cidadão, alienígena em trânsito, legislador, administrador e o aplicador do Direito. Exige-se compatibilidade formal e material dentro do contexto normativo. Na precisa lição de Luiz Roberto Barroso, “Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”.⁷

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 2, ed, 1998, p. 859.

⁶ BARACHO, ob. cit., p. 108.

⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Saraiva, 3. ed., 1999, p. 156.

A inspeção judicial, fiscalização da constitucionalidade, correção de antagonismos de normas com a Constituição, traduz o **judicial review** do *corpus* fundamental dos Estados Unidos da América. É unânime na doutrina, estrangeira e pátria, que referido método judicial de controle adentrou e se firmou no constitucionalismo norte-americano, a partir dos fundamentos lavrados por John Marshall, quando Presidente da Suprema Corte, ao decidir o caso *Marbury vs Madison*, em 1803, alinhando: “É evidentemente atribuição e dever do Poder Judiciário dizer o Direito. E aqueles a quem compete aplicar uma regra a casos concretos devem, necessariamente, interpretar esta regra. Se duas leis conflitam entre si, os tribunais devem decidir sobre a incidência de cada uma”.

Ao ensejo, ainda observa-se: “Então, se uma lei estiver em oposição à Constituição; se ambas se aplicarem a um determinado caso, exigindo que o tribunal decida ou de acordo com a lei, sem atenção à Constituição, ou na conformidade da Constituição, sem atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso ao qual ambas se aplicam (...) Assim, a particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as Constituições escritas, de que toda a lei contrastante com a Constituição, é nula”.⁸

Na verdade, a **judicial review of legislation**, foi positivada como resultante de interpretação de texto constitucional, transformando-se, a partir da eloquência do Juiz Marshall, em método judicial de controle da conformação de constitucionalidade, hábil a expurgar do ordenamento jurídico, com pecha de nulidade, leis e atos do Poder Público que estejam em antagonismo com a Constituição.

A lógica foi definida, e logrou repercussão intensa, em outros sistemas jurídicos. Mas como lógica, conjunto de proposições, conseqüentes de relevação lingüística, a par de um caso concreto, sujeita-se a discussões. O ilustre professor José Alfredo de Oliveira Baracho, sobre tal aspecto, registrou em seu *Processo Constitucional*: “Cappelletti, que tem especial relevo nas modernas indagações sobre o tema, em artigo recente, denomina de o formidável problema do controle judicial, numa demonstração de sua autêntica importância e repercussão. Observa que os europeus não deveriam surpreenderem-se de que o controle judicial da constitucionalidade das leis - **judicial review of legislation**, após quase dois séculos, esteja sujeito

⁸ Tradução inserida por Luiz Roberto BARROSO, ob., cit., p. 162.

a contínuas e acaloradas discussões nos Estados Unidos. Reafirma que a lógica da doutrina do presidente da Corte Suprema, Marshall, em *Marbury vs Madison*, de que a Constituição é a lei superior, e os juízes estão obrigados a aplicá-la sobre a lei ordinária que a contraponha, é sólida e simples”.⁹

Doutrina sólida e simples, mas que tem, na aplicação, provocado reações contra a supremacia do Judiciário no exercício do ***judicial review of legislation***.

Robert H. Jackson, em passagem citada por C. A. Lúcio Bittencourt, aludindo a usurpação de poder, conclui: “em um instrumento que estabelece um governo de poderes cuidadosamente limitados, o poder final e incontrollável - ***the most final and uncontrolled of powers*** - atribuído ao órgão de menor responsabilidade perante o povo ou seus representantes, não encontram uma só palavra que o estabeleça, defina ou regule”.¹⁰

Inobstante as constantes críticas, o que vem à lume, com possibilidade de conclusão, é que o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano permanece hígido, sendo exemplo de democracia na prática do respeito aos direitos fundamentais e imutáveis, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário, dentro de limites estabelecidos pelos “casos” e “controvérsias”.

O **Justice Day**, em trecho anotado por Lúcio Bittencourt, no caso *Muskrat vs United States*, firmou: “O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento de seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque o direito dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial, requer que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional”.¹¹

⁹. BARACHO, ob. cit., p. 153.

¹⁰. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Forense, 2. ed., 1968, p. 18 e 19.

¹¹. BITTENCOURT, ob. cit., p. 23.

IV - O MODELO INGLÊS

Na Inglaterra, exemplo de democracia consolidada, de delineamentos e prática translúcidos, não há método de controle judicial, fiscalização da constitucionalidade. O que prepondera, no sistema inglês, até pela própria essencialidade do Direito adotado, sem Constituição escrita, não é a supremacia da Constituição, mas a preeminência do Parlamento.

A explicação para a falta de controle judicial de constitucionalidade afirma-se na falta de rigidez da Constituição, sendo costumeira, não teorizada à semelhança das Constituições escritas, formais e rígidas. A Constituição inglesa é só material, não formal. Por conseguinte, flexível.

Clèmerson Merlin Clève, sobre a temática, acentua que “se a vontade do Parlamento, expressada pela maioria, é ilimitada, inexistindo constituição escrita na Inglaterra, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade”.¹²

Ressaltando os traços do Direito Inglês em sede de constitucionalismo, Mauro Cappelletti, no seu **Controle Judicial de Constitucionalidade**, inseriu: “O Parlamento pode fazer tudo exceto transformar a mulher em homem ou vice-versa”.¹³

V - O MODELO FRANCÊS - CONTROLE POLÍTICO - O JURIS CONSTITUTIONNAIRE. COMITÉ CONSTITUCIONAL E CONSELHO CONSTITUCIONAL

No tríptico conceito de inconstitucionalidade, entelado por Ernst Freund, de três tipos são os sistemas constitucionais. O tipo inglês, caracterizado pela ausência de constituição escrita e supremacia do Parlamento. O tipo continental, de constituição escrita, mas sem fiscalização judicial. O tipo americano, de revisão judicial, controle jurisdicional dos atos do Congresso. No primeiro, a inconstitucionalidade não tem conteúdo. No segundo, revela uma censura. No terceiro, a consequência da inconstitucionalidade declarada é a nulidade do ato normativo afrontoso.

O modelo francês, pós-revolucionário, plantado na rigidez da separação dos poderes, constitui o tipo intermédio, com conteúdo, mas sem fiscalização pelo Poder Judiciário. O princípio da separação dos Poderes

¹². CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Revista dos Tribunais, 1. ed., 1995, p. 47.

¹³. CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 53.

foi tratado de forma absoluta, sem a mecânica dos *checks and balances*, preconizado pelos Estados Unidos da América. Em França, o Poder Judiciário, pela desconfiança que suscitava, um dos estímulos à Revolução de 1789, não podia interferir nos chamados negócios de Estado. A correção de abusos e ilegalidades do Executivo era cometida ao Conselho de Estado, cabendo ao Poder Judiciário, tão-somente, em exercício de jurisdição ordinária, aplicar a lei.

O modelo francês, do tipo continental, adota um controle de constitucionalidade político, não judicial. Primeiro com o Conselho de Estado, depois com a instituição do Comitê Constitucional, pela Constituição de 1946, e desde 1958, tal mister passou para o Conselho Constitucional.

O *jure constitutionnaire* de Sieyès, sugestão de mecanismo de fiscalização da constitucionalidade, manteve-se numa feição tipicamente política, apesar da distinção que empreendeu entre poder constituinte e poder constituído.

Emmanuel Joseph Sieyès afirmou a superioridade da Constituição, doutrinando acerca da ausência da limitação jurídica ao poder constituinte. O poder constituinte não deve nenhuma obediência à ordem jurídica anterior. Todavia, não o deixa totalmente livre, posto que acima dele, entrou o direito natural, como um verdadeiro supradireito.

Na França, segundo consistente lição do professor José Alfredo de Oliveira Baracho, “o problema da constitucionalidade surge com intensidade no período revolucionário. O projeto mais bem elaborado e mais complexo é de Sieyès. O órgão denominado Senado seria uma espécie de poder moderador que preveniria ou reprimiria todos os abusos de autoridade. Seria organizado para assegurar a todos os indivíduos perfeita igualdade de proteção por parte da ordem social, isto é, de todas as leis e de todas as instituições nacionais. As discussões a respeito das Constituições, ali surgidas, enfrentaram, assim, as questões referentes à constitucionalidade das leis. Chegou-se até a falar em corte constitucional”.¹⁴

Como já aludido, o Sistema francês contempla o controle de constitucionalidade das leis, mas com feição não jurisdicional. Controle político, fora do Poder Judiciário.

Clèmerson Merlin Clève, escrevendo sobre a forma de controle adotado pelo Direito francês, assinala que: “somente com a Constituição de 1958 o

¹⁴. BARACHO, ob. cit., p. 150/151.

País passou a experimentar um autêntico controle de constitucionalidade das leis. Embora o Conselho Constitucional seja dotado de caráter político, não exercendo, portanto, no que se refere à fiscalização de constitucionalidade, função jurisdicional, ele foi organizado de modo a alcançar uma importância, hoje, pouco contestada no quadro das instituições francesas. Sua atuação, por outro lado, vem permitindo a emergência de uma respeitabilidade sem precedentes no meio jurídico e político francês.¹⁵

O Conselho Constitucional francês, traço importante, só atua preventivamente, por provocação obrigatória ou facultativa. Isto é uma deficiência, ao que parece, posto que promulgada a lei, mesmo estando em antagonismo com a Carta Política, a mesma deverá ser cumprida, à míngua de mecanismo de controle posterior.

VI - O MODELO AUSTRIACO DE CONTROLE - CONCEPÇÃO KELSENIANA

O Sistema austríaco, implantado pela Constituição de 1920, e aperfeiçoado na Reforma de 1929, é tipicamente concentrado. Tal aspecto o distingue do **judicial review** norte-americano. A competência de controle é atribuída e reservada a um único órgão, com função constitucional autônoma.

Na verdade, o órgão a quem é cometida a função de controle não exerce atividade judicial **estricta**, posto que não julga em decorrência de conflito intersubjetivo, lide. Atua politicamente, em função de legislação negativa. Gomes Canotilho, ao tratar dos modelos de justiça constitucional, esclarece que “o juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (VEREINBARKEIT) de uma lei ou norma com a Constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado a apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma atividade judicial”.¹⁶

O modelo de controle adotado pelo Direito austríaco, autônomo e concentrado, inspirou-se na doutrina de Hans Kelsen. A partir da Constituição da Áustria, foi concebida uma outra função de jurisdição. Fala-se em jurisdição constitucional. Conforme acentuado por Canotilho, emérito constitucionalista lusitano, “a concepção kelseniana diverge substancialmente do **judicial review** americano: o controle constitucional não é propriamente

¹⁵ CLÈVE, ob. cit., p. 49.

¹⁶ CANOTILHO, ob. cit., p. 791.

uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma, que tendencialmente se pode concretizar como função de legislação negativa”.¹⁷

A doutrina de Kelsen, que serviu de suporte para a inscrição do sistema de controle autônomo, acomoda-se com os seguintes postulados: a lei inconstitucional não é nula, mas anulável, e vigora até a declaração. A função de controle da constitucionalidade não é própria do Poder Judiciário, mas função comparável à função legislativa. Necessidade de criação de um tribunal constitucional para o exercício do mister. A revogação de uma lei pode se dar pelo princípio *lex derogat priori*, e em razão do controle autônomo, através de processo disciplinado para tal fim definido na Constituição. A norma constitucional é fundamento de validade das demais que compõem o ordenamento.

Registre-se, ademais, e por oportuno, que com a reforma constitucional de 1929, ao lado do controle abstrato, foi introduzido o controle concreto, segundo afirmação de Clèmerson Merlin Clève, “provocado no curso de uma demanda judicial”. Neste caso, completa o citado autor: “reconhece-se efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Todavia, este controle concreto (por via de exceção) apenas pode (ainda hoje) ser suscitado pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária não cabe mais do que aplicar a lei, ainda quando sobre ela parem dúvidas quanto à sua compatibilidade com a Constituição”.¹⁸

VII - CONTROLE AUTÔNOMO - MODELO ALEMÃO

As concepções de Kelsen, mormente quanto à necessidade de criação de uma Corte com competência em matéria constitucional, controle de validade das normas ordinárias frente às normas constitucionais, e proteção dos direitos fundamentais, influenciou o Sistema de justiça alemão.

O Tribunal Federal Constitucional Alemão não faz parte da chamada jurisdição ordinária. Introduzido pela Lei Fundamental, a competência do referido órgão jurisdicional circunscreve-se às questões constitucionais, seja as advindas de provocação para exame em tese, controle abstrato, seja as decorrentes de casos concretos, via recurso constitucional.

¹⁷. CANOTILHO, ob. cit., p. 792.

¹⁸. CLÈVE, ob. cit., p. 55.

A Corte Constitucional não é uma instância de julgamento do complexo das jurisdições ordinárias, conforme conclui Gilmar Ferreira Martins. Leciona o citado autor: “Ao revés, desempenha uma função especial - a jurisdição constitucional. Ele não atua como uma instância de revisão ou como um tribunal ou um supertribunal de revisão, destinado a examinar a legitimidade dos julgados de tribunais inferiores. Sua competência não resulta de uma cláusula geral, sendo definida precisamente na lei fundamental”¹⁹.

Aspecto de relevo vem à lume, através da doutrina do mestre José Alfredo de Oliveira Baracho, o qual esclarece: “A lei que regula o Tribunal Constitucional Federal preceitua, como condição de sua utilização, a existência de lesão dos direitos fundamentais, acarretada pelo poder público. Esta circunstância determina a possibilidade processual de provocação do Tribunal Constitucional Federal. A expressão poder público compreende o Legislativo, o Judiciário e a Administração Pública, sendo que esta última é convocada, nas ocasiões de conflito decorrentes de normas do direito público, isto é, quando editados atos administrativos”²⁰. Note-se que também há o controle abstrato, sendo legitimado para promovê-lo o Governo Federal, os governos do Länder e um terço dos membros do Bundestag.

A Corte Constitucional alemã, órgão proeminente, e desta forma tratado pela Lei Fundamental, exerce papel político de relevo. O professor Baracho, citando Wilhelm Buerstedde, acerca do papel da Corte, alinhou suas competências, como segue: “a) competência quase penal, que permite à Corte sancionar as omissões, quanto às regras constitucionais; b) os poderes de jurisdição constitucional *stricto sensu*, ou poder de interpretação autêntica, por ocasião de divergência de opiniões entre os órgãos constitucionais e o controle abstrato das normas; c) controle judiciário da constitucionalidade das leis, por requerimento de um tribunal, por ocasião de um processo colocado diante dele, conforme a expressão alemã, acarreta o controle concreto das normas; d) a garantia dos direitos fundamentais, contra os atentados causados por atos, de qualquer dos poderes públicos, efetua-se por meio de requerimento dirigido à Corte, por um simples cidadão e, em certos casos, a pedido dos comuns, por meio do recurso constitucional; e) a competência consultiva e avisos jurídicos da Corte”²¹.

¹⁹. MARTINS, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. Saraiva, 2. ed. 1988, p. 14.

²⁰. BARACHO, ob. cit., p. 239.

²¹. BARACHO, ob. cit., p. 246.

VIII - O CONTROLE JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

O Sistema português de controle de constitucionalidade dos atos normativos frente à Constituição é do tipo misto ou complexo. Há o controle concentrado, a cargo do Tribunal Constitucional, pela via direta, e o controle difuso, incidental ou por exceção, desenvolvido por qualquer órgão jurisdicional, diante de caso concreto submetido a julgamento.

Na realidade, e assim esclarece Gomes Canotilho, “No atual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem exceção, são órgãos da Justiça Constitucional”.²²

A jurisdição constitucional provocada pela via direta, controle abstrato e concentrado, é função do Tribunal Constitucional, órgão de soberania, com competência para administrar a justiça, em nome do povo (artigo 202 da Constituição da República Portuguesa). O artigo 221, do mesmo diploma, CRP, especificando a competência do Tribunal Constitucional, reafirma a sua natureza de órgão jurisdicional, incumbido de administrar a justiça, mormente em matéria de cunho jurídico e constitucional.

Interessante registrar, além de oportuno, que o controle difuso adotado pela República Portuguesa tem base no próprio texto da Carta Magna, onde, sobre a apreciação da inconstitucionalidade, concretiza o artigo 204, da CRP: “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os Tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

É a consagração da supremacia da Constituição, normas fundamentais e princípios positivados, além dos implícitos, densificadores.

Sobre a referência de parametricidade do direito suprapositivo, leciona Gomes Canotilho: “Como se vê, só a Constituição pode ser considerada como a norma de referência ou parâmetro normativo do controle da constitucionalidade dos actos... Saliente-se, ainda: é a Constituição, no seu todo, tanto, pois, no que toca às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e valores nela incorporados - que é tomada como padrão de julgamento da inconstitucionalidade. Todavia, e mais uma vez, o programa normativo constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao texto da Constituição. Há que densificar..., as normas e princípios da Constituição, alargando o bloco da constitucionalidade

²². CANOTILHO, ob. cit., p. 809.

a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo constitucional como forma de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”.²³

A guarda da Constituição Portuguesa pertine a todos os Tribunais e, em última instância, ao Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional é quem manifesta a última palavra sobre questões constitucionais. O seu papel no constitucionalismo português é de política jurisdicionarizada. Declara o direito, com fundamento na ordem jurídica; atividade vinculada, com reflexão política de contexto normativo e social. E a política advém do governo que empreende. Governo em sentido lato, ato de soberania.

Sobre a temática entelada, e para concluir, mister a transcrição de precisa e conclusiva lição de Gomes Canotilho: “O Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controle jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos valorações políticas com apreciação de mérito político (a doutrina fala aqui do princípio da autolimitação judicial ou *judicial self restraint*) não se pode furtar a tarefa de guardião da Constituição, apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitucional do compromisso pluralístico plasmado na Constituição”.²⁴

IX - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Assegurar a supremacia da Constituição, competência dos Poderes de soberania e o equilíbrio federativo, constituem o objeto do controle de constitucionalidade, máxime o abstrato, por ação direta, e de competência do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é a nossa “Corte Constitucional”, órgão de cúpula do Poder Judiciário, composto por onze membros, com denominação de ministros, sede na Capital Federal, e jurisdição em todo o território nacional (parágrafo único, artigo 92, da CF).

Ao STF, na dicção do artigo 102, da Carta Política Pátria, precipuamente, compete a guarda da Constituição da República. Neste compasso,

²³. CANOTILHO ob. cit., p. 812.

²⁴. CANOTILHO, ob cit., p. 594.

vê-se de logo que o exercício da jurisdição constitucional é o essencial, principal da atividade do STF.

A definição da competência, a nossa mais alta Corte de Justiça julga originariamente, e em grau de recurso. Tem competência originária, e competência recursal, ambos os critérios, de natureza absoluta.

Em matéria de jurisdição constitucional, é competência originária do Supremo Tribunal Federal processar e julgar a “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (artigo 102, I, a, da CF). Também compete ao STF, o julgamento de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e de injunção, dentro das hipóteses previstas na Constituição Federal. Observe-se que o STF tem competência de controle abstrato da conformação das leis e atos normativos com a Constituição, assim como e diante de caso concreto, processar e julgar ações que têm assento na nossa Lei fundamental, e que servem de garantia dos direitos fundamentais.

O Sistema jurídico brasileiro, no que tange ao controle de constitucionalidade, assemelha-se ao *judicial review* do direito norte-americano. Qualquer órgão jurisdicional, integrante do Poder Judiciário (artigo 92 da CF), pode e deve discernir no julgamento de caso concreto, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo de aplicação possível para a solução da pendência. Podem conhecer, declarar, não como objeto da demanda aforada, mas no preceito, pressuposição lógica, razão de decidir. É o chamado controle difuso, incidental ou por exceção. Portanto, inserido no constitucionalismo brasileiro, o controle abstrato de competência originária do Supremo Tribunal Federal, e o controle difuso, exercitado por qualquer agente político com investidura jurisdicional, que pode, inclusive, chegar ao Supremo, através da via recursal, recurso extraordinário, a teor do inciso III, artigo 102, da CF.

Além da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou declaratória de constitucionalidade, ao STF compete, em ação direta, originária, declarar a existência de mora, omissão do poder de tornar efetiva a norma constitucional (parágrafo 2º, artigo 103, da CF). Atinge-se tal desiderato, pela chamada ação de inconstitucionalidade por omissão, remédio jurídico que também integra o arcabouço jurídico normativo português. Sobre o controle abstrato por omissão, anota Gomes Canotilho, em sua alen-tada obra de Direito Constitucional: “O processo de inconstitucionalidade

por omissão destina-se a verificar a inexistência de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis certos preceitos constitucionais. Trata-se, pois, de uma pretensão que assenta não a existência de normas jurídicas inconstitucionais, mas na violação da lei constitucional, pelo silêncio legislativo (violação por omissão)”.²⁵

Desde a introdução de referido método de controle, abstrato de inconstitucionalidade por omissão, acalorada discussão instalou-se na doutrina e jurisprudência, acerca dos contornos, finalidade e efetividade do novo instituto, vindo com a Carta Constitucional de 1988. Questão sobre o alcance da declaração, possibilidade ou não do STF substituir o poder moroso, para tornar efetiva a norma constitucional, de eficácia contida, suprimindo a omissão. Chamada a atuar, a Corte Maior consolidou entendimento que se vê do trecho de acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da ADIn 529 - DF: “A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do artigo 103, parágrafo 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei - seja ela absoluta ou relativa - há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra”.

A normatização constitucional brasileira é de fato pródiga, quanto aos métodos de controle de constitucionalidade. Aos já mencionados, some-se a “argüição de descumprimento de preceito fundamental” decorrente da Constituição, delineada no parágrafo 1º, artigo 102, da CF, cujo processo de julgamento recebeu disciplina recente, através da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

O Supremo Tribunal Federal, para exercer a sua função de jurisdição constitucional, serve-se de processo que qualifica-se pela finalidade a que se dispõe. Processo judicial, método dialético capaz de possibilitar ao STF dizer o direito acerca de matéria constitucional, originariamente, ou em decorrência de recurso. É o processo constitucional, complexo e dinâmico, que serve ao exercício da função precípua do Supremo Tribunal Federal, que é a guarda da Constituição. ◆

²⁵. CANOTILHO, ob. cit., p. 874.