

INSTRUMENTO DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Eneida Orbage de
Britto Taquary

Resumo

O artigo analisa a jurisdição constitucional como mecanismo de defesa das normas constitucionais sujeitas a interpretações convenientes e arbitrárias. Para garantir a defesa da Constituição o legislador estabeleceu instrumentos pelos quais se garante a estabilidade das normas constitucionais e a conservação do núcleo essencial ou das denominadas cláusulas pétreas contra alterações que não sejam necessárias. O primeiro instrumento é a jurisdição constitucional que tem como uma de suas manifestações o controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Normas Constitucionais. Controle de Constitucionalidade.

1 Introdução

Para garantir a defesa da Constituição, o legislador estabeleceu instrumentos pelos quais se garante a estabilidade das normas constitucionais e a conservação do núcleo essencial ou das denominadas cláusulas pétreas contra alterações que não sejam necessárias.

O primeiro instrumento é a jurisdição constitucional que tem como uma de suas manifestações o controle de constitucionalidade, já que é a

* Professora, mestre em Direito, delegada da Polícia Civil do Distrito Federal, doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília. Artigo elaborado como requisito parcial à conclusão da disciplina Dimensão Histórico-sociológica do Constitucionalismo, ministrada pelo professor doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto.

atividade por intermédio da qual um órgão, integrante ou não de um dos Poderes do Estado, fiscaliza a constitucionalidade das leis, tutelando a aplicação de princípios e normas constitucionais, ao verificar a subordinação das leis ordinárias aos ditames da Lei Maior, e promovendo o cumprimento e a interpretação das normas já em vigor ou daquelas que necessitem de regulamentação para ser cumpridas, mediante caso submetido a sua apreciação ou não.

A terminologia *jurisdição constitucional* não pode ser confundida com *controle de constitucionalidade*. Aquela é gênero enquanto essa é espécie, uma vez que é apenas uma das diversas manifestações da justiça constitucional. Cappelletti assevera que:

O controle de constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada 'justiça constitucional', não obstante um dos aspectos mais importantes.”¹

Note-se que a justiça constitucional tem como função precípua a manutenção do Estado Democrático de Direito, com todas as suas decorrências, como o respeito aos direitos fundamentais do homem em qualquer tempo. Para realizar essa atividade, utiliza mecanismos para a manutenção da supremacia da Constituição, irradiando sua força normativa e obstando confrontos aos seus princípios. Exemplo clássico dessa vital função nos Estados de origem romano-germânica é o acolhimento do instituto do controle de constitucionalidade das leis. Outro exemplo robusto é o art.20, al.

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das Leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p.23-24.

3 e 4 da Constituição alemã, que confere o direito de resistir, se não há outro meio, contra quem queira destruir o ordenamento jurídico.²

Também não se pode deixar de mencionar como instrumento de proteção da Constituição a hierarquização das normas que estabelece a Constituição como “a norma das normas, a lei fundamental do Estado”,³ à qual todas as outras se subordinam, de forma a constituir um sistema escalonado, reconhecidamente um valor normativo superior e fonte de toda a produção normativa.

No âmbito do direito interno, o processo legislativo e o sistema de elaboração da norma, fonte primeira do direito, são especificados na Constituição Federal, estabelecendo o poder competente, os seus órgãos e a hierarquia das normas. O processo legislativo caracteriza-se como centralizado e verticalizado, porque não é qualquer órgão que pode elaborar a norma, a qual é hierarquizada, pois uma possui maior valor sobre outras.

Inversamente, é o sistema de elaboração da norma internacional, se é que se pode falar em sistema, porque não existe, como visto acima, um órgão nuclear encarregado da função de criar a fonte imediata – a norma internacional – e que estabeleça a hierarquia desses meios de produção. É, pois, descentralizado e horizontalizado, na medida em que os Estados são os sujeitos responsáveis pela elaboração dos vários meios de produção das regras internacionais.

O ordenamento jurídico pode, segundo a ótica de Norberto Bobbio, ser paritário, pois “existem várias fontes colocadas no mesmo plano,

² Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 94.

³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 162.

o que significa, sem metáfora, várias normas que têm o mesmo valor; e hierárquico ou hierarquizado, o ordenamento no qual há várias fontes não colocadas no mesmo plano, mas colocadas em planos diferentes, isto é, não têm o mesmo valor, mas sim um valor diferente, maior ou menor, visto que estão hierarquicamente subordinadas umas às outras”.⁴ Diferencia também os sistemas em simples e complexos, segundo possuam única fonte ou várias fontes, sempre hierarquizadas, admitindo que, historicamente, a investigação sobre os sistemas jurídicos nos conduziria sempre a um sistema complexo.

A conjugação da superlegalidade material – que se traduz pela supremacia da Constituição sobre todas as normas, isto é, a subordinação de todos os atos do Estado e de todos os seus poderes às normas e aos princípios constitucionais – e da superlegalidade formal – que caracteriza a Constituição como fonte primária de produção jurídica – dá ensejo à rigidez das leis constitucionais e à origem do princípio de constitucionalidade dos atos normativos, somente válidos e eficazes quando o seu processo de elaboração for o previsto constitucionalmente – a sua produção formalmente seguida – e estiver em consonância com os princípios estabelecidos nas normas constitucionais. Outro importante instrumento de garantia da Constituição é o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Ao estabelecer-se a necessidade de proteger a Constituição, surge a controvérsia acerca de que órgão deveria exercer tal papel e como seria realizado. Kelsen defende que a instituição da jurisdição constitucional

⁴ Segundo Norberto Bobbio, em sua obra *O positivismo jurídico*, p.161, fontes do direito são aqueles fatos ou aqueles atos aos quais determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. (Falamos de fatos ou de atos em relação aos quais se prescinde da consideração do elemento subjetivo – conhecimento e vontade – próprio do agir do ser humano, ou são comportamentos humanos que abrangem tal elemento subjetivo. Com referência aos fatos, falamos de competência; com referência aos atos, falamos de capacidade).

é o meio necessário e eficiente para assegurar o cumprimento das normas constitucionais por intermédio do controle dos atos estatais por órgão diverso daquele que elaborou as normas, de forma que haverá um legislador positivo e um negativo. O primeiro elabora a lei, e o segundo declara-a inconstitucional, de forma a gerar um hiato entre os dois legisladores.⁵

O antagonismo a que se refere Kelsen não chega a configurar ofensa à Constituição, porque, por intermédio do controle judicial de constitucionalidade das leis, fica evidente que os poderes constituídos do Estado, apesar de independentes e harmônicos entre si, podem ser fiscalizados por outro, estabelecendo o que Canotilho denomina de ordenação constitucional de funções e controles interorgânicos e intra-orgânicos dos órgãos de soberania.⁶ É o caso da competência do Senado Federal, no direito brasileiro, que estabelece, privativamente, processar e julgar o presidente da República, os ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes de responsabilidade, conforme art. 52, inciso I, da Constituição Federal.⁷ Todavia, Kelsen adverte:

A possibilidade de uma lei emitida por um órgão legislativo ser anulada por outro órgão constitui uma restrição digna de nota do poder deste primeiro órgão. Tal possibilidade significa que existe, além do legislador positivo, um legislador negativo, um órgão que pode ser composto segundo um princípio totalmente diferente daquele do parlamento eleito pelo povo. Então, um antagonismo entre os dois legisladores, o positivo e o negativo, é quase que inevitável. Esse antagonismo pode ser diminuído,

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.383.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 783.

⁷ BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 73.

estabelecendo-se que os membros do tribunal constitucional serão eleitos pelo parlamento.⁸

Carl Schmitt, contradizendo Kelsen, defende a idéia de que a Constituição, por seu conteúdo político, não se confunde com leis constitucionais, pois expressa valores que nela são inseridos por decisão política, motivo pelo qual não admite que a ofensa à Constituição seja reparada por uma Corte Constitucional com poderes para tanto, integrante do Poder Judiciário. O órgão político tem prevalência sobre o jurídico, de forma que os conflitos entre poderes e entre leis somente seriam revistos pelo órgão político sob pena de gerar a “politização da justiça.”⁹ A polêmica entre Kelsen e Schmitt serviu para que aquele, em 1920, criasse, na Constituição da Áustria, o modelo europeu de controle de constitucionalidade das leis, impulsionado pela não-adoção, na Europa, do sistema norte-americano de controle, *o judicial review of legislation*.

Atualmente, o controle de constitucionalidade das leis é expresso por dois sistemas clássicos: o modelo **difuso ou americano**, que permite ao juiz fiscalizar a constitucionalidade das leis, ao aplicá-las a um caso submetido à sua apreciação, e o modelo **concentrado ou austríaco**, no qual a um único órgão é atribuída competência para julgar, definitivamente, a constitucionalidade das leis, podendo ser um órgão jurisdicional comum, ordinário ou especialmente criado para esta função.

O modelo francês guarda suas origens no movimento revolucionário e na rígida separação de poderes. Prevê um controle de

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 383

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86

constitucionalidade preventivo, pois, para que qualquer norma ingresse no ordenamento jurídico, submete-se, *a priori*, a uma análise da constitucionalidade do texto, realizada por um órgão político. Não há controle judicial.

A fusão dos sistemas tradicionais mencionados (americano e austríaco) deu ensejo aos sistemas híbridos, assim denominados porque legitimam a arguição de inconstitucionalidade de leis e atos normativos de órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Resta mencionar que o controle de constitucionalidade das leis determina alguns pressupostos. São eles:

- A supremacia da Constituição sobre as demais, pois o sistema vigente é hierarquizado, tornando-a ponto de referência, além de ser a fonte primária da produção normativa;
- A concretização dos princípios e dos preceitos constitucionais quando os juízes ou os tribunais aplicam norma contrária à Constituição, ou quando aplicam as normas que consagram direitos, liberdades e garantias;
- A conexão entre Constituição e jurisdição constitucional, que, segundo a doutrina de Canotilho, é

O caráter de uma norma jurídica e imediatamente vinculativa atribuído à Constituição e a necessidade de considerar a garantia e a segurança imediata da lei fundamental como uma das tarefas centrais do Estado democrático constitucional colocam, logicamente, o problema do controle principal da conformidade dos atos dos poderes públicos com a Constituição como uma das questões-chave da moderna constitucionalidade.¹⁰

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 782.

- Por intermédio da jurisdição constitucional, surgem novos instrumentos de garantia do Estado Democrático de Direito, como o recurso contencioso dos cidadãos contra atos ilícitos praticados pela Administração e, no caso do Brasil, a garantia de acesso ao Poder Judiciário contra quaisquer lesões, inclusive oriundas de atos da Administração Pública;
- A possibilidade de os juízes, ao examinarem conflitos de leis, controlarem a sua constitucionalidade e decidirem pela supremacia da Constituição;
- A justiça constitucional abrangeria também o que se chama de justiça do Estado, sempre que houver conflitos entre os poderes. São os denominados litígios constitucionais;
- O conhecimento e o julgamento de atos que violem a Constituição são atribuídos a um órgão jurisdicional;
- O controle da regularidade da formação dos órgãos constitucionais oriundos de sufrágio ou de outros direitos políticos;
- A proteção dos direitos fundamentais também se consubstancia na justiça constitucional, por intermédio de remédios dos direitos fundamentais¹¹, como o recurso do amparo, dos caribenhos, o mandado de segurança e de injunção, dos brasileiros, e o *Verfassungsbeschwerde*, dos alemães;

¹¹ Terminologia utilizada por ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina. 1998. p.335.

- A influência direta e significativa do Direito Constitucional Austríaco, que criou um tribunal com função específica de controlar abstratamente e de forma concentrada a constitucionalidade das leis, independentemente de casos submetidos aos tribunais.

2 Jurisdição constitucional

2.1. Conceito de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade está contido no instituto da jurisdição constitucional como uma de suas mais importantes funções, porque visa à garantia da constitucionalidade. É, pois, o instrumento de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos que se realiza com a submissão das normas, consideradas incompatíveis com as constitucionais, ao órgão controlador, político ou judicial, para que, após a sua apreciação sob os aspectos formais (externos de forma) e materiais (intrínsecos de conteúdo), decida acerca de sua compatibilidade, excluindo-a, se incompatível, do ordenamento jurídico.

A atividade realizada pelo órgão competente em examinar a constitucionalidade da lei ou de ato normativo enseja a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, segundo seja a norma, sob apreciação, derivada de ação ou omissão do agente ou do órgão público compatível ou incompatível com os princípios constitucionais. Não se deve confundir o controle de constitucionalidade com o de legalidade, pois, no primeiro caso, a norma constitucional é que disciplina o ato sob exame, enquanto, no segundo, é a lei. Nesse sentido, Oswaldo Luiz Palu: “tudo depende da norma que disciplina o ato em questão. Se aquela for a

Constituição, o ato será inconstitucional: caso contrário, se o requisito se encontra na lei, a sua falta torna o ato ilegal”.¹²

A inconstitucionalidade poderá ser por ação positiva, quando o ato normativo ofende as normas constitucionais, ou negativa, quando há omissão no dever de legislar, não abstrato, mas conexo com uma exigência constitucional de ação. Daí ser uma omissão significativa e relevante. Pode ainda ser total ou parcial, segundo atinja todo o ato normativo ou parte dele.

A denominada inconstitucionalidade superveniente ocorre quando uma lei infraconstitucional já em vigor, logo anteriormente à promulgação da norma constitucional, oriunda do poder constituinte originário, de revisão ou emendas, é com ela incompatível, não é adotada pelo Brasil, pois o Supremo Tribunal Federal considera-a revogada. Contrapõe-se à inconstitucionalidade originária decorrente da promulgação da Constituição anteriormente à lei, ou ao ato normativo, que lhe é contrária.

Quando a contrariedade se dá entre duas ou mais normas constitucionais, as anteriores consideram-se revogadas, tratando-se da nova constituição ou apenas de normas constitucionais. O fundamento é o princípio de que a lei posterior revoga a anterior quando com ela é incompatível. As normas vigentes anteriores e não contrárias à constituição são assimiladas pela nova ordem constitucional. Como exemplo, podemos mencionar a recepção pela Constituição brasileira do inquérito policial, que é tratado no Código de Processo Penal, publicado na década de 1940, e, a senso contrário, a revogação da permissão à autoridade policial em expedir mandado de busca e apreensão.

¹² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade:** conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis nº 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.74

As conseqüências normativas da declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato poderão ensejar a sua inexistência, nulidade, anulabilidade ou irregularidade, consoante não produza efeitos desde a sua edição e não necessite de declaração de inconstitucionalidade, ou, então, não produza efeitos desde a sua edição e necessite de declaração de inconstitucionalidade, ou somente deixe de produzir efeitos quando declarada a inconstitucionalidade, ou, por fim, não deixe de produzir efeitos dados à mera irregularidade.

Com o advento da Lei nº. 9868/99, art. 27, a posição do Supremo Tribunal Federal foi modificada para deixar de considerar a declaração de inconstitucionalidade como fator gerador da nulidade do ato, para considerá-lo anulável, em razão do Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social poder decidir o momento que a declaração venha a produzir efeitos, ou restringi-los.

3 Abordagem histórica dos sistemas de controle judicial de constitucionalidade

A primeira expressão do controle judicial de constitucionalidade das leis surge com a Constituição americana de 1787 e a desafiadora decisão do juiz Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, obviamente sem os contornos hoje existentes, mas num período da história da jurisprudência da Corte americana muito rico em contribuições para a consolidação do princípio da supremacia do Judiciário sobre o controle da constitucionalidade das leis.¹³

¹³ O caso mencionado refere-se à nomeação para o cargo de juiz de paz de Madison, em 1801, para o distrito de Columbia. Sua posse foi negada por Madison, secretário

A contribuição americana para o instituto do controle de Constitucionalidade das Leis é significativa, porque não se tem notícia de que, na Europa ou em outra parte do mundo, houvesse um instituto ao menos parecido. Não se pode desprezar, também, o fato de que, com a Constituição americana de 1787, teve início o período do Constitucionalismo e da filosofia de que as Constituições não podem ser mudadas por meio de leis ordinárias.

O direito ateniense já diferenciava *nómos*, lei em sentido estrito, de *pséfima*, que possuía o sentido de decreto. O *nómos* somente poderia ser alterado em casos extremos e que, realmente, demonstrassem ser necessários. A assembleia popular (*ecclésia*) poderia propor a elaboração de leis, mas as ordinárias, que possuíam as características de *psefismata*, jamais deveriam ser contraditórias ou afrontar os princípios das *nómoi*. Os decretos, quando inoportunos ou ilegais, sujeitavam o seu idealizador à responsabilidade, que era apurada por intermédio da ação pública de ilegalidade (*grafê paranómon*), e o ato normativo ficaria sujeito à invalidade, pois, em um conflito estabelecido entre uma lei de caráter constitucional (*nómos*) e uma lei ordinária (*pséfima*), deve prevalecer a primeira.

Entre os medievos, não se pode deixar de mencionar a influência direta e preponderante da doutrina jusnaturalista sobre o controle das leis, disseminando a idéia de que o direito natural era norma superior e fonte primária de todas as outras e que impunha ao julgador a sua obediência e até a sua “desaplicação” quando com ela se conflitava ou descumpria um preceito de direito natural. Não obrigava, pois, o julgador. Segundo Cappelletti, “a concepção medieval foi, então, na sua formulação, mais

do governo, seguindo instruções do presidente Jefferson. Houve a impetração do *mandamus* contra Madison. Marshall, em decisão política, ressaltou a obediência aos preceitos constitucionais, afirmando que o ato de Madison era ilegal e, como tal, não poderia ser convalidado frente à lei suprema.

difundida na distinção entre duas ordens de normas: a do *jus naturale*, norma superior e iderrogável, e a do *jus positum*, obrigada a não estar em contraste com a primeira”.¹⁴

Também merece destacar que só foi possível controlar o poder do legislador por intermédio de um sistema positivado. Os princípios de direito natural formam universalizados com as obras de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino e consagrados nos ideais da Revolução Francesa, influenciando obras, como a de Montesquieu, sem nos esquecer de que a Independência Americana (1776) veio primeiro, e logo se estabeleceram, na Constituição de 1787, os princípios da doutrina jusnaturalista, instituídos no Estado Constitucional, que veio a positivizar os direitos inatos do homem, como os civis e os políticos, sem deixar de prever o limite dos poderes, inclusive o do legislativo e o controle de constitucionalidade.

O constitucionalismo americano e o seu sistema de controle não nasceram da noite para o dia. Ao contrário, resultaram das idéias de Edward Coke, que propugnava a supremacia da *commow law* sobre a *statory law* e a função dos julgadores de completar as lacunas da lei. Logo, aos juízes caberia o poder de controlar os excessos por parte do Parlamento e do Rei, estabelecendo a supremacia da *commow law*. Essa doutrina, apesar de ter vigorado muitos anos, veio a ser alterada para ser substituída, na Inglaterra, a partir da Revolução de 1688, pela Supremacia do Parlamento. Os juízes perderam o poder de controlar as leis. Todavia, no Direito americano, o caminho foi inverso, pois as colônias, a partir da Declaração de Independência em 1776, ficaram sujeitas às suas Constituições, que não

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das Leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 52.

poderiam ser contrariadas por outras leis, mantendo o poder dos juizes de “desaplicar” uma lei contrária à lei fundamental que constituía o Estado.

Cappelletti comenta que John Marshall, chefe da Suprema Corte Americana, decidiu pela Supremacia da Lei Constitucional sobre as demais, não o fez apenas por um “um gesto de improvisação, mas, antes, de um ato amadurecido através de séculos de história: História não apenas americana, mas universal”.¹⁵ Esta posição é contradita por Rodrigues.¹⁶

4 Modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos

A análise dos modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos inicia-se com a diferenciação do controle judicial ou judiciário e do político. O judicial é realizado pelos órgãos do poder Judiciário, pois todos juizes têm legitimidade para arguir a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo quando apreciam uma questão a eles submetida ou é conferido apenas a um órgão do Judiciário. Esse modelo de controle pode ser incidental ou concentrado, segundo seja eventualmente feito quando o julgador decide a lide que lhe foi proposta ou quando o poder é concentrado em um único órgão do Judiciário. Daí existirem dois modelos clássicos de controle judicial: o americano ou difuso e o austríaco ou concentrado. Outro modelo que é mencionado na

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das Leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 63.

¹⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

doutrina de Iacyr de Aguiar Vieira¹⁷ é o político realizado por órgãos não-compreendidos na estrutura do Poder Judiciário, como o francês.

4.1 Controle judicial difuso, concreto ou americano (via de exceção)

Encontra suas raízes no ano de 1803, quando o caso *Marbury v. Madison* foi submetido ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos, e reconheceu-se que tanto as leis federais como as leis dos Estados estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, estabelecendo a grande diferença com o direito inglês. A grande questão debatida naquele caso foi a probabilidade de o Poder Legislativo alterar a Constituição por meio de leis ordinárias. A decisão acerca do caso levou à afirmação do princípio da supremacia da Constituição, impondo aos juízes de quaisquer tribunais a competência para desaplicar uma lei que contrariasse as normas constitucionais ou seus princípios e um procedimento especial para a modificação da Constituição.

Atualmente, por intermédio do controle de constitucionalidade, qualquer juiz de qualquer instância, estadual ou federal, poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei, desde que se encontre diante do dever de julgar um caso em que exista conflito entre a norma ordinária e a constitucional, devendo aplicar a última. Por esse instituto, não apenas é imposta aos poderes do Estado a submissão e a obediência aos princípios constitucionais, mas também se impõe a coerência na interpretação dos preceitos constitucionais, implicando a uniformidade de interpretação das leis, porque é adotado o princípio do *stare decisis*, que enseja a anulação da

¹⁷ VIEIRA, Iacyr de Aguiar, O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas, **Rev. de Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, p. 39 ss, jan./mar. 1999.

lei de forma definitiva, com efeitos *erga omnes* e retroativos, ainda que deixe de ser aplicada pelo juiz num caso, sem ensejar a sua desaplicação em outros casos, mas é tratada como lei em desuso ou como letra morta.¹⁸

4.2 Controle judicial concentrado, abstrato ou austríaco (via de ação)

Esse sistema, ao contrário do difuso ou americano, concentra o controle de constitucionalidade em um único órgão do Poder Judiciário, não havendo possibilidade de o juiz de qualquer instância, federal ou estadual, afastar uma lei ou ato normativo, ao decidir um caso que lhe foi submetido, sob o fundamento de ser inconstitucional. É denominado de controle judicial concentrado, abstrato, e via de ação, porque é efetuado por órgão específico do Poder Judiciário, a quem é atribuída competência exclusiva para conhecer de todos os casos de inconstitucionalidade das leis, em abstrato, pois não existe demanda judicial a ser decidida entre partes, apenas um controle sobre a lei - forma de nascimento e conteúdo.

Note-se que é denominado de sistema austríaco, porque foi criado por Kelsen e vigorou na Constituição de 1920, mediante exclusiva

¹⁸ Para Mauro Capeletti, in **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p.81: “o reconhecimento final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora, também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas, possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de determinada lei, por meio do sistema das impugnações, a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores, em particular, pela *Supreme Court*, cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir verdadeira eficácia *erga omnes*; não se limita, então, a trazer consigo o puro e simples efeito da não-aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que, em outros casos, a lei seja, ao invés, de novo aplicada.”

provocação do Governo Federal, que deveria promover o processo via de ação. A dicotomia entre os dois sistemas, como já foi esposado, significou, também, o hiato entre o pensamento de Kelsen e Carl Schmitt, porque, enquanto o primeiro entendia que a constitucionalidade das normas deveria ser controlada por um único órgão judicial, o segundo entendia o controle por um órgão imparcial, como o presidente do *Reich*.

Apesar da contribuição de ambos, Hans Kelsen foi o responsável pela elaboração do projeto de controle de constitucionalidade que integrou a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, asseverando que o ato de criação de uma norma ou o seu conteúdo poderiam estar em desconformidade como os preceitos constitucionais, e seria necessário que um Tribunal especial pertencente a um poder do Estado diverso daquele que elaborou a norma a anulasse para que os seus efeitos pudessem alcançar a todos, o que não ocorreria se qualquer juiz decidisse desaplicar a lei considerada inconstitucional em determinado caso. Somente as partes seriam atingidas com a decisão, mas a lei continuaria a vigorar e seria aplicada em todos os demais casos, inclusive naqueles em que o juiz a entendesse constitucional. Ademais, a declaração anulatória da lei, retirando-lhe a validade, tem natureza jurídica de sentença constitutiva e não meramente declaratória, quando seus efeitos são *ex tunc*, retroagindo ao início de sua elaboração ou entrada em vigor.¹⁹

Ao ser idealizado, em 1920, o modelo de controle permitia apenas ao Governo Federal a competência para promover o processo via de ação, e, somente em 1929, com a reforma da Carta Constitucional, houve a possibilidade, via exceção, de os órgãos judiciários ordinários provocarem a

¹⁹ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 372-375.

ação de inconstitucionalidade, gerando um sistema misto. Esse sistema vigorou na Lei Constitucional de sete de dezembro de 1929, todavia, no período que medeia esse ano e 1945, não foi adotado, somente vindo a ganhar força novamente em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, em razão das ofensas aos princípios constitucionais, como o desrespeito aos direitos humanos.

Apresenta Paulo Bonavides como falhas desse sistema a restrição à defesa do conteúdo da ordem constitucional e dos direitos e garantias individuais, pois não confere legitimidade ao cidadão, atingido ou não com a lei inconstitucional, de promover a sua anulação, de forma a garantir seus direitos, permitindo que a legitimidade seja restrita a órgãos ou autoridades, realizando um controle apenas formal da norma.²⁰

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A SAFEGUARD FOR THE CONSTITUTION

Abstract

The paper approaches constitutional jurisdiction as a necessary safeguard for the protection of constitutional norms which are often subjected to convenient, situational and arbitrary interpretations. In order to secure the Constitution, its drafters established instruments capable of guaranteeing the stability of constitutional norms and preserving the text's essential core – the so-called unchangeable clauses – from unnecessary modifications. Foremost

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p.278.

among these instruments, constitutional jurisdiction has the control of constitutionality as one of its fundamental manifestations.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Constitutional Norms. Control of Constitutionality.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 1998.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituição do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMPO, Hélio Márcio. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das Leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. CARPIZO, Jorge. **La Constitución Mexicana de 1917**. 10. ed. México: Editorial Porrúa, 1997.

DAVID, Renné. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ESPAÑA. **Constituição da Espanha**. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1986.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FRANÇA. **Constituição da França**. Rio de Janeiro: Gráfica e Editora Dior, 1986.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, trad. Gilmar Ferreira Mendes., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1997.

JENNINGS, Sir William Ivor. **A Constituição Britânica**. Trad. De Carlos Alberto Lamback. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado editor. 1979.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LABASTIDA, Horácio. **Las Constituciones Españolas**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica, 1994.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. **Constituição da República Portuguesa**. 2. ed. São João do Estoril - Cascais: Editora Principia. 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1997. Tomo I. Preliminares.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1998. Tomo III

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. et. al. **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. Revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis 9.868 E 9882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SENELLE, Robert. **La Revisión De La Constitución Belga y La Adaptación De Las Instituciones A Las Realidades Contemporáneas**. Bruselas: Ministerio de Asuntos Extranjeros y del Comercio Exterior, 1965.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. **Rev. de Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, 40-62, jan./mar. 1999.