



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

LEONARDO FREITAS DE ALMEIDA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, CORTES CONSTITUCIONAIS E O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DISPARIDADES E POSSÍVEIS
HARMONIZAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS

SOUSA - PB
2007

LEONARDO FREITAS DE ALMEIDA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, CORTES CONSTITUCIONAIS E O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DISPARIDADES E POSSÍVEIS
HARMONIZAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Leonardo Freitas de Almeida

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, CORTES CONSTITUCIONAIS E O SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: DISPARIDADES E POSSÍVEIS HARMONIZAÇÕES
PRINCIPIOLÓGICAS

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e sociais.

Aprovada em: de de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Jacynara Farias Souza - Professora Especialista – CCJS/UFCG
Professor(a) Orientador(a)

Professor – CCJS/UFCG
Professor(a)

Professor(a) – CCJS/UFCG
Professor(a)

Dedico este trabalho a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para sua realização. Em especial meus Pais, Avós e à Maria do Carmo, que com sua candura e compreensão me fizera ter força para sonhar e perceber que a estrada vai além do que se vê.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro à Deus, pela vida; a meus Pais e família, pela educação e amor; aos colegas ausentes e presentes, pelas boas lições; aos desafetos, pelas más; à Maria do Carmo, que eu tanto queria que estivesse aqui – how i wish, how i wish you were here – pelas lições; e a todos que, pelos o bons e maus exemplos, ajudaram a dilapidar meu caráter. A estes anjos e vermes, eu agradeço.

“A velha idéia que dominou todo o liberal século XIX, de proteção das liberdades pela lei, tende a ser substituída pela idéia experimental da necessidade da proteção das liberdades contra a lei.”

- Jean Rivero.

RESUMO

A Jurisdição Constitucional apresenta-se como mecanismo de garantia do conjunto ideológico da Constituição contra mudanças que não reflitam a evolução deste conjunto. Tal ideário remonta desde a Grécia antiga, passando pelas revoluções francesa e americana, efetivando-se hoje em dia através da ação das Cortes Constitucionais. Estes órgãos apresentam jurisdição, formas de provimento e processo diferenciado em razão de sua especialidade. Embora vários países a apliquem de acordo com sua realidade local, existem certos atributos mínimos para que sejam realmente efetivas. Existe a questão de que se, no Brasil, o órgão responsável pela execução de tal jurisdição – Supremo Tribunal Federal – é provido destes atributos mínimos, podendo assim ser caracterizado como uma verdadeira Corte Constitucional. A pesquisa será realizada através da documentação bibliográfica, e utilizará os métodos histórico evolutivo, comparativo e o método exegético jurídico, no intuito de abordar o tema de modo eficiente e com a devida profundidade. Para se chegar à resposta, primeiro se definiram e contextualizaram os conceitos de Constituição e Jurisdição Constitucional, demonstrando a evolução histórica do último e justificando sua necessidade; após, foi definido um modelo teórico representando o grupo mínimo de atributos possíveis a uma jurisdição deste tipo. De posse do modelo, foram categorizados os países mais importantes para o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional por tais parâmetros – França, EUA e Áustria – depois se procedendo à mesma categorização do modelo nacional. Este foi devidamente demonstrado a partir de seu contexto histórico, tendo seu órgão atual de Jurisdição Constitucional, o STF, devidamente analisado e categorizado. Levantamos a problemática de sua execução, no sentido de que este órgão dá causa ao atual engessamento do judiciário por acumular excessivas funções. Com este fundamento, foram expostas as discrepâncias do modelo nacional, quando comparado com os outros modelos e percebeu-se que o atual modelo encerra justaposição de institutos dos modelos americano e austríaco, acumulando funções de controle de ambas. Com isso, concluiu-se que o STF representa apenas formalmente uma Corte Constitucional, mas que materialmente não pode ser enquadrado como tal, visto que não realiza controle efetivo, em razão de seu acúmulo de competências. Por último, sugeriu-se que o órgão partilhasse suas competências ordinárias com o STJ e se restringisse apenas ao controle das grandes questões de forma difusa ou concentrada, de modo a ser classificado como efetivamente Corte Constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Cortes Constitucionais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Constitutional Jurisdiction presents itself as a warranty mechanism for Constitution's ideological group against changes that doesn't reflects the evolutions of that group. Such ideas retraces to ancient Greece, passing through French and America's revolutions, accomplishing its goals nowadays by Constitutional Courts actions. Theses organs have different kinds of jurisdiction, election ways and process because of its specialties. Although several countries apply it according to their local realities, there are certain minimum attributes for them to be really effectives. We question if in Brazil, the responsible organ for such jurisdiction's execution – Supreme Tribunal Federal – it is provided with these minimum attributes, being able to be called a Constitutional Court. The research will be done trough the bibliographic method and it will use the historical evolutive, comparative, juridical interpretation and quantitative methods, in a way that approaches the theme efficiently and profoundly. Going for this answer, first we defined and contextualized Constitution's and Constitutional Jurisdiction's concepts, showing historical evolution and justifying its need; after, we defined a theoretical model representing the minimal group of possible attributes to such a jurisdiction. Holding this model, we classified the most important countries for the development of the Constitutional Jurisdiction by such standards – France, USA and Austria – and then we proceed to the same classification of the national model. This was properly demonstrated from its historical context, having its current constitutional jurisdiction organ, the STF, properly analyzed and classified. We raised the problem of its execution, in a way that this organ causes the current judiciary plastering because it accumulates many functions. With this argument, we exposed the flaws of the national model, when compared to the other models and we perceived that the current model represents a merge of institutes form American an Austrian models, adding control functions from both. Herewith, we concluded that STF represents only formally a Constitutional Court, but materially it can't be framed as such, because it doesn't accomplishes effective control, for its competences accumulation. Finally, we suggested that the organ shard its ordinary competences with the STJ and restricts itself only to the control of great concentrated or diffuse questions, so as to be qualified as a real Constitutional Court.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Constitutional Courts. Supremo Tribunal Federal.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Atributos possíveis a um modelo de Jurisdição Constitucional.	34
Tabela 2 - Levantamento dos atributos da Suprema Corte Norte Americana.	41
Tabela 3 - Levantamento dos atributos do Conselho Constitucional Francês.	49
Tabela 4 - Levantamento dos atributos da Alta Corte Constitucional da Áustria.	53
Tabela 5 - Levantamento dos atributos do Supremo Tribunal Federal.	62

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SURGIMENTO E CONSUBSTANCIAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DA ECLÉSIA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	14
1.1 Evolução histórica da jurisdição constitucional	15
1.2 Papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito aliado à necessidade de uma Jurisdição Constitucional efetiva	21
1.3 Conceituação de Constituição e Jurisdição Constitucional	24
1.3.1 Jurisdição Constitucional	28
2 FORMAS DE EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO	35
2.1 Modelo Norte Americano: a Suprema Corte	35
2.2 Modelo Francês: O Conselho Constitucional	41
2.3 Modelo austríaco: a Alta Corte Constitucional	49
3 EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA ESTRUTURA E DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	54
3.1 Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional no Brasil	54
3.2 Atributos e classificação	60
3.3 Problemática da atuação do STF no paradigma constitucional nacional	62
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

As crescentes mudanças nos grupos sociais mundiais, em detrimento do contínuo processo de globalização dos diversos setores que compõem uma sociedade organizada, desencadearam um procedimento cada vez maior de releitura dos conceitos basilares dos grupos sociais. Com o advento das novas tecnologias, surgiram novas formas de interação entre indivíduos e grupos, dinamizando assim a evolução social. Tal evolução exige não somente a releitura das velhas estruturas, mas também a criação de novas, capazes de suprir as atuais demandas da sociedade.

No campo do Direito, têm-se estas novas estruturas materializadas no processo de formação de governos supranacionais, a exemplo da União Européia. Neste modelo, as Constituições dos países formadores do bloco devem se adequar a conceitos comuns mínimos de direitos fundamentais e sua respectiva tutela. Para tanto, coloca-se em pauta o papel da Jurisdição Constitucional neste sentido, como instrumento material para sua realização. Em que pese cada país aplicar esta jurisdição de forma única, o que se reconhece é que há um mínimo de atributos comuns a esta jurisdição, sem os quais se tornariam sem efeito seus decisórios e, por conseguinte, sua aplicação.

Traçando um paralelo com a realidade nacional, o Brasil apresenta-se diuturnamente como uma liderança continental. Almeja a efetivação do bloco comum sul americano – o Mercosul – como maneira de fortalecimento de sua economia e consolidação de seu papel de liderança regional. Para tal efetivação, é necessária a sintonização das diversas legislações de todos os países integrantes, especialmente no que tange à constitucionalidade das leis e atos, quando consideradas questões como os interesses do bloco, em detrimento das realidades nacionais e de princípios como soberania nacional e autodeterminação dos povos.

No entanto, para se chegar a este estágio, deve-se antes realizar um desenvolvimento jurídico mais básico, que se materializaria, no nosso campo de

estudo, na execução de um sistema de Jurisdição Constitucional efetiva no Brasil, como forma de aperfeiçoamento sistêmico do ordenamento jurídico nacional. Com uma Jurisdição Constitucional forte e atuante, o Brasil certamente teria estabilidade e maturidade legislativa suficientes para gerar os padrões jurídicos a serem seguidos pelo Mercosul, o que beneficiaria tanto o bloco quanto elevaria a posição do país a um status de potência emergente.

Assim, surge a questão sobre o grau de efetividade da Jurisdição Constitucional no Brasil. Questiona-se este ponto em virtude da análise empírica da situação do judiciário pátrio, que demonstra-se engessado, custoso e pouco célere. No zênite desta pirâmide encontra-se o atual guardião da Constituição: o STF – Supremo Tribunal Federal. Por sua evolução histórica, assumiu o órgão o cargo de sumo intérprete constitucional, com poderes de ditar a interpretação das normas constitucionais e fazer a subsunção destas com a realidade fática, seja quando da necessidade de tal hermenêutica para a solução de lide em curso, seja quando em análise de constitucionalidade em abstrato.

Consequentemente, pode-se afirmar que o STF é o órgão que exerce a Jurisdição Constitucional no país, auxiliado pelo Judiciário. Entretanto, necessário se faz questionar se suas competências e atuação cumprem com requisitos mínimos, reconhecidos internacionalmente, para a aplicação efetiva da justiça constitucional, ou se apenas o órgão a realiza de maneira randômica, ao sabor do momento. É esta questão que este trabalho se propõe a responder, se o STF integra o firme rol das Cortes Constitucionais ou se é apenas mais um tribunal perdido no espaço infinito do casuísmo.

Tal questionamento apresenta suma importância para a compreensão do caminho trilhado pelo STF e para qual caminho se inclinará no futuro. A edição das leis nº 11.417/06 e 11.418/06 – regulamentando a Súmula Vinculante e a necessidade de Questão constitucional para a apreciação do Recurso Extraordinário – são exemplos de importantes guinadas do STF na direção de sua evolução enquanto Guardião da Constituição.

Em que pesem as críticas a estas medidas, a compreensão da dimensão e da profundidade dessas mudanças, aparentemente simples, indubitavelmente capacitará o ordenamento jurídico a melhor se posicionar diante destas e de outras alterações semelhantes, podendo prolar seus juízos de valor com mais propriedade, porque analisa a questão dentro de seus contextos histórico-social e atual, não de forma isolada.

Ademais, a comparação do instituto pátrio com os internacionalmente reconhecidos como competentes propicia uma análise mais verossímil de sua efetividade, por se tratarem de instituições imbuídas da mesma missão. Desde a percepção das falhas do sistema atual à recepção devidamente contextualizada, no ordenamento pátrio, das soluções consideradas efetivas nas realidades estrangeiras, existe uma miríade de benesses como possíveis frutos de uma comparação, pautada em padrões científicos, da efetividade do Supremo na realização de sua missão com os demais institutos congêneres.

A pesquisa será realizada através da documentação bibliográfica, baseada tanto da doutrina nacional quanto na dos pensadores estrangeiros. Ademais, utilizar-se-á o método histórico evolutivo, no intuito de analisar a evolução desta jurisdição nos ordenamentos jurídicos nacional e mundial. Aliado ao método comparativo, no intuito de analisar como o direito comparado exerceu influência na consubstanciação de nossa Jurisdição Constitucional. Ainda, será manejado o método exegético jurídico, objetivando compreender a composição e estruturação da Jurisdição Constitucional no ordenamento jurídico nacional e a função do STF nesse cenário.

Neste intento, remeterá o primeiro capítulo à evolução histórica da Jurisdição Constitucional, como forma de dar subsídio ao questionamento de maneira devidamente contextualizada. Resgatando *latu sensu* desde seus antecedentes remotos, analisando a possibilidade de se haver uma real necessidade de uma Jurisdição Constitucional *strictu sensu* nos dias atuais, para dar proteção ao conteúdo da Constituição.

A posteriori, serão definidos os próprios conceitos de Constituição e Jurisdição Constitucional, delimitando assim os parâmetros para a análise posterior,

bem como se definirão os atributos que uma Jurisdição Constitucional não deveria olvidar, sob pena de ser desconsiderada como tal.

Limitado o universo desta pesquisa e os padrões pelos quais se analisarão os institutos, o segundo capítulo trará, de forma historicamente contextualizada as formas de exercício da Jurisdição Constitucional nos três países que se destacaram na criação e aperfeiçoamento desta jurisdição, quais sejam, Estados Unidos da América, França e Áustria. Estes terão seus modelos devidamente explanados em seus principais tópicos e entabulados de acordo com os parâmetros propostos.

Em seguida, no terceiro capítulo, será feito um levantamento histórico evolutivo da Jurisdição Constitucional no país, classificando-se o STF pelos atributos propostos e, por fim, objetivando responder à problemática, argumentando se o STF se enquadraria no rol dos órgãos que efetivamente realizam a Justiça Constitucional.

1 SURGIMENTO E CONSUBSTANCIAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DA ECLÉSIA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Jurisdição Constitucional representa o último componente necessário para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, porque encerra em sua função o caráter de ser meio de proteção do sistema constitucional. Tal qual a jurisdição comum, que encerra mecanismos que visam a mediação dos conflitos de interesses de indivíduos e grupos, a fim de distribuir justiça como meio de manter a sociedade saudável, a jurisdição constitucional traz em seu bojo instrumentos que permitam a conciliação dos interesses do poder constituinte originário, materializado na Constituição, e do poder constituinte derivado, representado pelos poderes constituídos.

Entretanto, por vezes o poder constituinte derivado, na execução de seu mister, entra em conflito com o preconizado na Constituição, porque realiza ação ou omissão que lhe é proibida pelas regras vigentes. Contudo, às vezes o conflito ocorre porque a própria Constituição vai de encontro à realidade, impedindo a realização da medida mais justa para sanar o problema em questão, seja porque o documento não previu a hipótese que se configura ou então porque a situação mudou de tal maneira que a forma preconizada, além de não atender mais às demandas sociais, impede o atendimento destas. Disto resulta a necessidade de sazonal atualização do conteúdo constitucional, no intuito de vivificar seu conteúdo.

Independente do caso, quando há o choque entre esses poderes – constituinte originário e derivado – é necessária a atuação de um órgão imparcial, investido de poderes para a resolução desta lide, e a existência de regras claras quanto a como se processará tal resolução e seus efeitos. Neste ponto insere-se a Jurisdição Constitucional, agindo como mediador entre a vontade difusa do povo e a do órgão criado para velar por ele, o Estado. Sintetiza com maestria Rivero (apud MORAES, 2000, p. 74) a missão da Jurisdição Constitucional:

A velha idéia que dominou todo o liberal século XIX, da proteção da liberdade pela lei, tende a ser substituída pela idéia experimental da

necessidade da proteção das liberdades contra a lei. E essa evolução tem sido possível graças a esse fenômeno extraordinário que é a existência de uma autoridade superior ao legislador, de uma autoridade encarregada de impor ao legislador o respeito à Constituição.

E para que se possa haver uma compreensão acurada do conceito e da necessidade de uma Jurisdição Constitucional efetiva, como pressuposto de existência de um Estado Democrático de Direito, necessário se faz realizar um estudo em retrospectiva, evidenciando as nuances históricas que levaram à criação e aperfeiçoamento do instituto.

Isto no intuito de se poder delimitar com propriedade a inserção e as características do ideário de justiça constitucional no ordenamento estatal, desde sua forma embrionária até seu estágio de desenvolvimento atual. É da análise da supremacia da norma constitucional, ou a ela assemelhada, abrangendo desde o período anterior ao constitucionalismo, que se poderá compreender que a idéia de hierarquia de normas está intimamente ligada à evolução das sociedades humanas.

1.1 Evolução histórica da jurisdição constitucional

Pode-se considerar como antecedente histórico mais remoto de Jurisdição Constitucional a instituição do "*grafon paranomon*" grego. Consistia numa ação que tinha por finalidade "fazer o paralelo ou a (sic) contrasteação entre a lei ou o ato e o costume" (MELLO, 1968, p. 40). Viamonde (apud MELLO, 1968, p. 40) explicita melhor o instituto, ao definir

La acción denominada '*graphé paranomon*', que consistía en una acusación contra el autor de una ley inconstitucional, es, sin duda, la primera forma que adquiere en la historia la garantía de inconstitucionalidad, cuando en el sistema ateniense la atribución de juzgar la constitucionalidad de las leyes pasó del Areópago a la 'ecclesia' o asamblea del pueblo¹.

¹ Tradução livre do parágrafo: A ação denominada "*graphé paranomon*", que consistia em uma acusação contra o autor de uma lei inconstitucional é, sem dúvida, a primeira forma que adquire na história a garantia de inconstitucionalidade, quando no sistema ateniense a atribuição de julgara constitucionalidade das leis passou do *Areópago* à "*Eclésia*" ou assembleia do povo.

Em Atenas, existiam dois tipos de leis: "(sic) o *nómos*, ou seja a lei, num sentido estrito, e o *pséfisma*, algo equivalente ao decreto." (MELLO, 1968, p. 40) Quando Atenas passava por um período conturbado, era comum se governar por decreto, a *pséfismata*. Mas, tais *pséfismas* não deveriam estar em contraste com os *nómoi* vigentes, podendo ser o *graphé paranomon* manejado perante a Eclésia – ou "tribuna do povo" – para garantir o cumprimento da lei maior quando o *pséfisma* a contrariasse.

Tal situação demonstra claramente o embrião do conceito de hierarquia normativa, materializado no interesse de que fossem cumpridas leis tidas como superiores em detrimento de outras tidas como inferiores. Começou assim a se pensar que algumas leis por serem mais antigas, especiais ou gerais, deveriam ter seu cumprimento assegurado, especialmente em face de outras, posteriores, que lhe contrastavam.

Após a Grécia, pouco se desenvolveu esta idéia. No direito romano, por seu cunho eminentemente civilista, não houve um estudo aprofundado da matéria. A produção neste sentido foi minguada, excetuando-se Cícero, que contribuiu indiretamente para o conceito de jurisdição constitucional, mais precisamente para criação do *judicial review*, com seus postulados "sobre o direito natural e sobre o papel do juiz como aquele que fala pela lei" (MELLO, 1968, p. 41).

Na Idade Média, a doutrina do Direito Natural pregada pelos pensadores canônicos contribuiu com a concepção de Jurisdição Constitucional. A idéia central, sintetizada por São Tomás de Aquino, era de que não se deveria cumprir uma lei que contrariasse uma norma superior. Para os pensadores da época, a lei superior era o Direito Natural; Afonso Arinos (apud MELLO, 1968, p. 42) comenta:

"(sic) filosoficamente a superioridade da Constituição (sic) sobre a lei ordinária corresponde ao transplante, para o direito positivo, da mesma idéia antiga, [...] da superioridade do direito natural sobre o direito comum, ou elaborado".

Nesta fase, a idéia de hierarquia de normas agregou-se a outras, em especial ao ideal de "limitação do poder estatal e proteção ao indivíduo da atuação arbitrária

das autoridades públicas” (MORAES, 2000, p. 33). Era o reconhecimento à existência dos Direitos Fundamentais, e que estes só poderiam ser exercidos através da limitação do poder estatal. Por sua vez, para que tal limitação ocorresse, necessário se fazia lançar mão de instrumentos que efetivamente pudessem tolher a ação abusiva das autoridades.

Neste sentido, a Inglaterra se destacou. Vários documentos jurídicos da época, como a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 1215, e outros posteriores reconheceram tais direitos e forneceram os referidos instrumentos, tais como: a *Petition of Rights*, que constava de uma “declaração dos direitos fundamentais de uma pessoa que o rei deve concordar honrar²”; o *Habeas Corpus Act*, instrumento análogo e inspirador do remédio constitucional pátrio; a *Bill of Rights*, que “determina, entre outras coisas, a liberdade, a vida e a propriedade privada³”; e o *Act of Settlement*, que “configurou-se em um ato normativo reafirmador do princípio da legalidade”. (MORAES, 2000, p.34)

Este movimento inglês, encabeçado por John Coke, adicionou o ponto fundamental que une os conceitos de hierarquia de normas, constitucionalismo e justiça constitucional: “a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado” (MORAES, 2000, p.34).

Movimentos posteriores ao inglês também deram sua contribuição à Jurisdição Constitucional, através do desenvolvimento de formas alternativas de controle, que preconizaram meios diferenciados de exercício daquela jurisdição. O mais contundente foi o norte americano. Segundo MELLO (1968, p. 51):

Na verdade, assim como o inglês da metrópole se opunha à concentração de todo o poder em mãos do rei, assim também os ingleses das colônias

² Tradução livre da frase: “a statement of a person's fundamental rights which the King should agree to honour.” Disponível em: <http://www.thevickerage.worldonline.co.uk/ecivil/petition_of_right.htm>. Acesso em: 02 Mai 2007.

³ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_dos_Cidad%C3%A3os>. Acesso em: 02 Mai 2007.

se opunham à concentração de todo o poder político, em relação às colônias, no governo de Westminster.

Formada como consequência da *Boston Tea Party*⁴ de 1773, a confederação das 13 colônias britânicas já clamava por uma forma de garantir a efetividade de suas Constituições. Autonomamente, cada estado desenvolvia seu método, como por exemplo, a criação de um conselho de censores pela Pensilvânia ou a comissão de revisão do estado de Nova York.

Somente com a convenção da Filadélfia de 1787, onde ocorreu a mutação da confederação em federação, que se constatou a necessidade de uma Constituição comum para reger e organizar o novo Estado Federal. Consequentemente, também surgiu a necessidade de que fossem decididas de antemão as formas de salvaguardar a mesma. (ACCIOLI, 1987, p. 96 e 97). Ainda sobre esta temática, entende MELLO (1968, p.52):

Na Convenção, da qual resultou a Constituição de 1787, surgiu a idéia do Judiciário como defensor da Constituição. As idéias giravam no sentido de se criar um Comitê de Censores ou, então, atribuir-se a missão ao Judiciário. Na convenção havia uma média de cinquenta e cinco membros presentes à reunião. (sic) Dêsses,[...] vinte e cinco foram o elemento decisório. Pois bem, (sic) dêsses últimos, dezessete se declararam direta ou indiretamente favoráveis ao (sic) contrôle pelo Judiciário. O judiciário como guarda da Constituição sempre foi uma questão polêmica, mas sempre a tese vencedora. Na verdade, o que se pretendia era um govêrno de leis e não de homens.

Deste governo de leis resultou o modelo que lançou as bases do moderno constitucionalismo: controle de constitucionalidade pela via judicial. Os Estados Unidos introduziram essa nova jurisdição, baseado na defesa judicial do que se decidiu como fundamental na Constituição.

Neste ponto, começa a haver a transição do constitucionalismo antigo para o moderno, cuja principal característica, segundo MORAES (2000, p. 36) é que "diferentemente do constitucionalismo antigo, o moderno limita o poder não só do soberano (Executivo) e dos tribunais (Judiciário), como também do próprio Parlamento, cujo respeito ao texto constitucional deve ser observado".

⁴ Tradução livre: Revolta do chá de Boston.

Na França, o conceito de Jurisdição Constitucional começou a ganhar forma e conteúdo a partir da revolução de 1791. "Diferente da Inglaterra onde o constitucionalismo surge paulatinamente, a França, inopinadamente, destrói um regime absolutista e acolhe um democrata e liberal" (MELLO, 1968, p. 48). Isto porque o caráter primordial da sociedade francesa da época era eminentemente revolucionário. Lá se chegou ao conceito de Jurisdição Constitucional somente após sucessivas revoluções, cada uma acompanhada de sua respectiva Constituição.

Pontua-se o início da discussão sobre Jurisdição Constitucional com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789. No mesmo ano, Emmanuel Joseph Sieyès, em seu livro *Qu'est-ce que le tiers état?*⁵ Sugere a criação de um órgão de controle denominado "*Jurie Constitutionnel*": Tal órgão seria, para Sieyès, um tribunal à parte dos tribunais de direito comum, constituído de legisladores com a função de anular, com efeitos *erga omnes*, atos inconstitucionais.

Entretanto, tal proposição de Sieyès não logrou êxito. Para os franceses, a idéia de controle de constitucionalidade se realizaria melhor pela via do controle político realizado pelo legislativo. Assim explica MORAES (2000, p. 137):

As razões apontadas para essa aversão à criação de um controle jurisdicional de constitucionalidade estão ligadas, basicamente, à adoção dos revolucionários franceses da idéia de Rousseau, em relação à supremacia da lei, e conseqüentemente do Parlamento, enquanto representantes da vontade soberana da sociedade.

Daquela época até a recente, o controle da constitucionalidade dos atos e leis francesas sempre "foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária" (CAPPELLETTI apud MORAES, 2000, p. 137). Esse órgão tinha cunho político e competência mitigada, resumida a um controle preventivo de leis.

Outro modelo importante para a Jurisdição Constitucional foi o austríaco. Desde a Constituição de 1867 que há no país um órgão que exerce a Jurisdição Constitucional, o *Reichsgericht*. Battaglini (apud MAFRA FILHO, p. 4) explica:

⁵ Tradução livre: Que é o terceiro Estado?

A Constituição imperial, de 1867, primeiramente se manifestou acerca do Tribunal Constitucional. Instituído pela lei constitucional de 21 de dezembro de 1867, regulamentado em 18 de abril de 1869, o Tribunal Constitucional ou Tribunal do Império era competente para julgar conflito positivo de atribuições entre dois Estados-Federados; conflito positivo de atribuição entre os Estados-Federados e órgãos estatais e julgar os recursos dos cidadãos por violação dos direitos políticos garantidos pela Constituição, esgotado o trâmite no juízo administrativo.

A inovação do modelo austríaco foi a realização de algo semelhante ao proposto por Sieyès, com a criação de um órgão eminentemente Judiciário e exclusivo para o julgamento de questões constitucionais. Muito embora sua atuação fosse direcionada para a proteção aos direitos individuais (MELLO, 1968, p. 54), inegável a contribuição do *Reichsgericht* como primeiro tribunal constitucional do mundo.

Em 1885, Jellinek lança seu livro *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*⁶ que, em síntese “reclamava a extensão dos poderes do tribunal [imperial] e sua transformação numa verdadeira Corte Constitucional” (MELLO, 1968, p. 54), lançando assim as bases para a criação de um juízo constitucional com contornos idênticos aos atuais.

Sua filosofia alinhou-se com a de Hans Kelsen, que desejava uma Corte Constitucional independente do judiciário, com a função de guardar e respeitar a Constituição. Estas doutrinas viriam a se concretizar com a criação da Alta Corte Constitucional da Áustria em 1920. Comenta QUEIROZ NETO:

O Controle concentrado de constitucionalidade foi instituído nesse país [Áustria] pela Constituição de 1920 e aperfeiçoado em 1929. O antigo Tribunal do Império transformou-se em Alta Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), com competência para, de modo concentrado e exclusivamente por via de ação direta, efetuar o controle abstrato de normas, mediante requerimento especial (Antrag) formulado pelos entes competentes.⁷

Tal órgão acabou gerando outro modelo de aplicação da justiça constitucional, a jurisdição através de um órgão judiciário exclusivo para questões constitucionais e cujo controle se dá em abstrato, da lei enquanto tese.

⁶ Tradução livre: Uma Alta Corte para a Áustria.

⁷ Disponível em: <http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=1876&>. Acesso em: 02 Mai 2007.

1.2 Papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito aliado à necessidade de uma Jurisdição Constitucional efetiva

A idéia de jurisdição constitucional nasceu da necessidade que o Estado teve de, ao separar seus poderes de acordo com a teoria da tripartição funcional, encontrar um meio de efetivar o disposto em sua Constituição. Meio este que pudesse manter a coesão do sistema, impedindo a supremacia de um poder sobre o outro, dando real funcionamento ao sistema de freios e contrapesos idealizado.

Dentro do ideal preconizado por Aristóteles e aperfeiçoado por Montesquieu, o Estado moderno deveria ser composto de três poderes: um legislativo, responsável pela feitura das leis; um executivo, incumbido da execução das leis e um judiciário, com a missão de cuidar “de incidentes do desenvolvimento da lei no tempo e no espaço”. (MELLO, 1968, p. 18) Desde o início, o papel do Judiciário dentro do Estado não estava de todo bem definido. Carl Schmitt (apud MELLO, 1968, p. 18) melhor sintetizou esta imprecisão ao asseverar:

Sobre este tercer Poder [Judiciário] formula Montesquieu la opinión misteriosa de que es ‘en alguna manera nulo’, *en quelque façon nulle*. Queda pues, para lo que aquí interesa, solo la distinción entre Legislativo y Ejecutivo.⁸

Embora restasse tal imprecisão doutrinária, as cartas políticas que primeiro implantaram o ideário da tripartição funcional foram bastante enfáticas no sentido de declarar o Judiciário como um dos poderes que compunham um Estado Democrático de Direito. Na esteira da Declaração dos Direitos da Virgínia, que enunciava “*that the Legislative and Executive powers of the State should be separate and distinct from the Judiciary*”⁹ (MELLO, 1968, p. 22) a Constituição Americana de 1787 veio a consagrar o instituto, ainda que de forma velada.

⁸ Tradução Livre do parágrafo: “Sobre este terceiro poder [judiciário] formula Montesquieu a opinião misteriosa de que é ‘de alguma maneira nulo’, de qualquer forma nulificado. Resta pois, para o que aqui interessa, somente a distinção entre Legislativo e Executivo”.

⁹ Tradução livre da frase: “Que os poderes Legislativo e Executivo do Estado deveriam ser separados e distintos do Judiciário”.

Inclusive, foi justamente o conflito gerado pela imprecisão do papel do Judiciário na Constituição Americana que instigou a discussão filosófica da época, onde autores como Madison vigorosamente defendiam a independência do Judiciário dentro da nova ordem Constitucional. Sobre o assunto MELLO (1968, p. 27) assevera que vários autores assim pensavam:

[Havia] polêmica a respeito de existirem apenas dois momentos no desenvolvimento do poder – o da feitura da lei e o de sua execução. Distinguia-se ao tempo, a função de julgar, sem, contudo, (sic) dar-se-lhe a dignidade de poder do Estado.

Ou seja, ao Judiciário caberia apenas um papel secundário e auxiliar do executivo na ordem Estatal. Contudo, Hamilton, Madison e Jay, no seu *The Federalist*, defendiam a necessidade do Judiciário ser considerado efetivamente como poder Estatal, por sua missão de fazer valer os poderes constitucionalmente repartidos, limitando-os quando estes exorbitassem sua área de atuação. Destaca MELLO (1968, p. 29 e 30):

De fato, na doutrina americana da época da Constituição se notam as primeiras manifestações no sentido de dar ao judiciário a sua real missão, qual seja de, julgando em geral, proteger, acima de tudo, a própria norma fundamental. Pois, do contrário, os representantes seriam maiores que os constituintes, os servos estariam acima de seus senhores. [...] Nesse sentido, os juizes deveriam regular suas decisões pelas leis fundamentais, ao invés das não fundamentais.

Logo a celeuma restou encerrada, com o advento da lei judiciária que organizou a Suprema Corte americana. Sob a batuta do *Chief Justice* John Marshall, o órgão tratou de sedimentar o Judiciário enquanto Poder Estatal equiparado ao Executivo e Legislativo e definiu sua atuação como guardião da Constituição, através de sua função de legislador negativo.

No célebre caso *Marbury vs Madison*, aqui vertido para o vernáculo pátrio pelo mestre Ruy Barbosa (apud MELLO, 1968, p. 30), Marshall foi incisivo em declarar, simultaneamente, a função do Judiciário e a superioridade da Constituição, àquela em decorrência desta:

Si o acto legislativo, inconciliável com a Constituição é nullo, ligará elle, não obstante a sua invalidade, os tribunaes, obrigando-os a executarem-n'o? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual si o fosse? Seria subverter de facto o que em theoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

Examinemo-lo, todavia mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de forçosamente explanal-a, e interpretal-a. Si duas leis se contrariam, aos tribunaes incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e applicando-se á espécie a Constituição e a lei, [...] inevitável será eger, d'entre os dois preceitos oppostos, o que dominará o assumpto. Isto é da essencia do dever judicial.

Si, pois, os tribunaes não devem perder de vista a Constituição, e si a Constituição é superior a qualquer acto ordinário do poder legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, ha de reger o caso, a quem ambas dizem respeito.

Deste momento em diante, tornou-se indissociado o controle jurisdicional das leis e atos normativos da própria garantia de efetividade constitucional. Nos Estados Unidos da América, diante da tradição casuística de seu direito e da atuação diligente de Marshall ao comando da *Supreme Court*, este órgão terminou por assumir o papel de culminante hermeneuta daquela Constituição.

Entretanto, outras realidades jurídicas precisavam de uma forma de efetivar este conceito, de que são necessários dois fatores para a instituição de um Estado Democrático de Direito: uma lei maior, "a Constituição, como sùmula do pensamento médio aferido de uma certa coletividade, num dado momento histórico" (MELLO, 1968, p. 35); e a sua proteção, como processo lógico de dignidade do seu significado. No dizer de Marshall (apud MELLO, 1968, p. 35 e 36):

A Constituição ou é uma lei suprema que não pode ser mudada pelos meios ordinários ou é um ato que está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e que a legislação pode modificar quando assim deseje. Se é verdadeira a primeira parte da alternativa, um ato legislativo contrário à Constituição não é lei. Se é verdadeira a segunda parte, as Constituições escritas são absurdas tentativas de um povo para limitar um poder por sua natureza ilimitável.

De posse dessa premissa, cada país adotou seu próprio modelo de Justiça Constitucional, adequando o disposto nos modelos iniciais a seu paradigma local, levando em consideração sua história e o ideal de Estado que desejavam projetar para o futuro. Entretanto, uma Constituição despojada de mecanismo sistêmicos de

proteção estava fadada a não ter efetividade real. Logo, surgiu a Jurisdição Constitucional justamente como meio de prover tal proteção sistêmica.

Nítida é a percepção de que os países cujas Constituições mantiveram-se amparadas por uma Jurisdição Constitucional atuante conseguiram aperfeiçoar-se, porque houve a proteção de seu núcleo ideológico contra as vontades populares passageiras, os clamores precipitados do povo e arroubos de autoritarismo dos poderes Estatais.

Em última instância, uma Jurisdição Constitucional efetiva garantiria não só o funcionamento do Estado, mas também de toda a sociedade, na medida em que possibilitaria a segurança das relações jurídicas e sociais. Aqui merece atenção o comentário de DALLARI (apud MORAES, 2000, p. 14):

A partir da publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, reafirma-se constantemente o ideal democrático mas, ao mesmo tempo, para que isso não fique apenas como proclamação abstrata, sem compromisso com a prática, proclama-se o Estado de Direito com síntese dos valores e compromissos de uma sociedade democrática e a Constituição deixa de ser concebida como simples manifesto público e ganha eficácia jurídica, a partir do seu preâmbulo e dos princípios que ela consagra. Como decorrência natural dessas novas concepções e desses novos compromissos ganha extraordinária importância a jurisdição constitucional, tornando-se fundamental e urgente a busca de meios eficientes de controle de constitucionalidade, para que haja Estado de Direito e, em última análise, para que se concretize a democracia.

No Brasil, após vários momentos constitucionais, chegou-se à garantista e inovadora Constituição de 1988. Esta prevê, ainda que de forma implícita a Jurisdição Constitucional, facultando aos órgãos do judiciário seu exercício e concentrando determinadas competências no órgão tido com o guardião desta Constituição, o Supremo Tribunal Federal, o qual será devidamente analisado em momento posterior neste trabalho.

1.3 Conceituação de Constituição e Jurisdição Constitucional

De posse dos modelos clássicos e da evolução histórica da Jurisdição Constitucional, cumpre agora definir o instituto, para que se possa passar para a problematização de sua aplicação no Brasil. Contudo, urge primeiro definir o próprio conceito de Constituição, documento que encerra a razão de ser desta jurisdição.

Constituição, para Alexandre de Moraes (2000, p. 37) seria o “produto legislativo máximo do direito constitucional, [...]elaborada para exercer dupla função: *garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro.*” Pinto Ferreira (apud ACCIOLI, 1981, p.23) a conceitua como:

O conjunto das normas convencionais ou jurídicas que, repousando na estrutura economico-social e ideológica da sociedade, determina, de uma maneira fundamental e permanente, o ordenamento do Estado.

Em que pese tais conceituações serem todas válidas, estas não definem a Constituição com elementos suficientes para embasar uma apurada conceituação de Jurisdição Constitucional. Do estudado, verificou-se que somente HESSE e CANOTILHO conseguiram realizar tal conceituação. Para HESSE (1998, p. 37):

A constituição é a *ordem fundamental jurídica da coletividade*. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais (sic)ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é “o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade”.

Percebe-se que o referido autor conceitua de forma una, embora extensa. Já CANOTILHO (2002, p. 52 e 53) amplia o entendimento, dando conceituação diferenciada para a Constituição de acordo com seu momento histórico: as classifica em históricas e modernas.

Por constituição moderna, entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. [...] Por constituição em sentido histórico (sic) entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social. (grifos nossos)

Do exposto infere-se que enquanto Hesse traça um perfil objetivo de cunho sistêmico, reunindo atributos, Canotilho adota uma abordagem mais generalista. Justifica-se por achar sua própria conceituação “um conceito ideal, que não corresponde sequer [...] a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo”. (CANOTILHO, 2002, p. 52)

Para o referido autor, tal ideal só poderia ser percebido quando observado pelo prisma de pelo menos um dos três seguintes modelos por ele propostos: o Historicista, o Individualista ou o Estadualista. Em síntese, cada modelo representa a forma que o conceito de constitucionalismo encontrou de ser materializado respectivamente na Inglaterra, França e Estado Unidos da América, não coincidentemente os três países considerados pais do constitucionalismo. CANOTILHO (2002, p. 55) assim pondera:

Se o constitucionalismo é uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, parece aceitável a abordagem desta teoria através de modelos, isto é, estruturas teóricas capazes de explicar o desenvolvimento da idéia constitucional.

A compreensão de tais modelos será necessária para a correta valoração do papel da Jurisdição Constitucional nos países que a adotam, pois sua importância e a de seus atributos só podem ser corretamente considerados quando devidamente contextualizados com sua realidade constitucional.

Ao contrário da recente corrente de pensamento possuída pelo legislador pátrio, criar mecanismos para exercer uma Jurisdição Constitucional exorbita a simples absorção integral de institutos estrangeiros. Antes, a manutenção de uma Jurisdição Constitucional efetiva demanda acurada adequação do que foi absorvido com a realidade nacional, contextualizando o instituto que se deseja empregar com o texto constitucional pátrio, sob pena de assim não procedendo, incorrer em incongruências sistêmicas.

O modelo Historicista consubstancia-se no desenvolvimento do ideal de Constituição através de um longo período de tempo, onde reiteradas decisões concordando sobre mesmo assunto, prolatadas pelos poderes instituídos, elevaram

o mesmo da categoria de direito sob litígio a direito adquirido. A criação de determinados documentos pacificando o entendimento sobre tais assuntos, aliada à exegese jurídica finda por cimentar estes direitos como comuns, *common law*. Tal modelo dá-se quase que exclusivamente na Inglaterra.

Já o modelo Individualista pauta-se “no campo das rupturas revolucionárias ocorridas no século XVIII.” (CANOTILHO, 2002, p. 57). Aqui, uma Constituição representa não só a lei fundamental do Estado, mas também uma ruptura com o modelo de sociedade então vigente. Justifica-se a nova Constituição pelo aparecimento de um novo Estado, com novos valores a serem tidos como fundamentais e, portanto, constitucionais.

Nesta nova ordem, há a idéia de poder constituinte, um poder “originário e pertencente à nação, o único que, de forma (sic) autónoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a constituição.” (CANOTILHO, 2002, p. 58). Tal forma de implantação de uma Constituição deu-se primeiramente na França, que em cada revolução recriava seu próprio Estado e sua Constituição, de acordo com os ideais do grupo revolucionário no poder.

Por último, o modelo Estadualista, implantado pelos Estados Unidos, encerra um meio-termo ente o modelo Historicista e o Individualista. Assim como os britânicos, os americanos ratificaram os direitos tidos como fundamentais por sua evolução histórica; mas, como os franceses, eles lançaram mão de uma revolução para que o próprio povo, não um ente estatal, decidisse em que termos esse reconhecimento se daria.

Desta via do meio surgiu a idéia de que uma Constituição encerra não qualquer tipo de lei, mas sim uma “*paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer ‘lei’ de nível inferior, [...] se esta infringir os preceitos constitucionais.” (CANOTILHO, 2002, p. 60). A elevação da Constituição, ao que Kelsen depois chamaria de “lei [hipotética] fundamental, [...] base da ordem jurídica nacional” (ACCIOLI, 1981, p. 60) é a característica marcante deste modelo.

Diante do exposto, a conceituação de Constituição deste estudo se pautará pelos conceitos de Canotilho, com sua ótica dos três modelos, e de Hesse, com sua análise sistêmica, por serem mais harmonizadas com as nuances da jurisdição constitucional que pretende-se evidenciar.

1.3.1 Jurisdição Constitucional

Definida a ótica pela qual se pode conceituar uma Constituição, passa-se à definição do que seria uma Jurisdição Constitucional. Em sua explanação acerca do tema, MELLO (1968, p. 60 e 61) define a relação entre a Jurisdição Constitucional e a própria Constituição, assim posicionando o instituto no direito positivo:

Surgidas as Constituições escritas, e estabelecendo as mesmas um critério rígido para sua modificação, passou a norma fundamental a representar realmente um documento de alta significação e que, por isso mesmo, deveria ser estritamente observado.

Sem essa observância, ou melhor, sem a anulação de qualquer ato que a contrariasse, jamais a Constituição representaria o papel que estava fadada a desempenhar.

Daí, a importância da Justiça Constitucional, que tem por fito principal descobrir, ainda que por provocação de interessado, as possíveis inconstitucionalidades, através de métodos e sistemas jurídicos, anulando os efeitos de atos como tais considerados.

Por sua vez, CANOTILHO (2002, p. 880) compreende que um dos fatores de existência da Constituição é a sua defesa, e que esta pressupõe a existência de instrumentos que possibilitem a sua garantia. Para o autor, a forma de agir da jurisdição constitucional encerra-se no controle normativo exercido pelos Tribunais Constitucionais. Tal controle remete à idéia de legislação negativa, onde o “tribunal constitucional ‘controla’ a legitimidade constitucional [das leis], anulando os (sic)actos legislativos contrários à lei fundamental” (CANOTILHO, 2002, p. 883).

Esta função do Tribunal Constitucional justifica-se porque, ao purgar a inconstitucionalidade do sistema constitucional, este ajuda a desenvolver e concretizar o próprio direito constitucional, aperfeiçoando o ordenamento jurídico a partir da base, a Constituição, o que aperfeiçoa a democracia como um todo. Finda

por definir CANOTILHO (2002, p. 884) a Justiça Constitucional como “o complexo de (sic) actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes”.

Konrad Hesse (1998, p.55), de maneira complementar, alerta para outra peculiaridade da Jurisdição Constitucional: “ainda que o tribunal esteja autorizado para determinar com obrigatoriedade esse conteúdo [da constituição] ele, contudo, não é superior à Constituição, à qual ele deve sua existência.” Ou seja, a atividade da Jurisdição Constitucional não pressupõe superioridade dos Tribunais Constitucionais à Constituição, mas sim conformação daqueles a esta, na medida em que mantém sua pureza e revelam sua intenção, mantendo o sistema constitucional harmônico. Complementa o mesmo autor (1998, p. 419):

[...]A jurisdição constitucional contribui para a conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia; e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional – o papel que a Constituição, nomeadamente em seus direitos fundamentais, desempenha na vida da República Federal assenta-se, não em último lugar, nisto, que a questão da observância das vinculações jurídico-constitucionais sempre pode ser feita acessível à decisão do Tribunal Constitucional Federal. [...]

Tarefa da Jurisdição Constitucional é, em casos de Direito Constitucional controvertido ou violado, de decidir autoritariamente sob recurso, seja na relação entre órgãos da federação, entre estados, entre federação e estados ou na relação entre Estado e cidadão[...]; jurisdição constitucional serve exclusivamente à conservação da Constituição.

Por último, Alexandre de Moraes (2000, p. 312) define os órgãos que atuam na Jurisdição Constitucional como “verdadeiro poder moderador em defesa da plena aplicabilidade das normas constitucionais e para garantir a integral efetividade da proteção aos Direitos Humanos Fundamentais”.

Situa o referido autor a conceituação da Jurisdição Constitucional pela via de sua legitimidade, como instrumento de correção do descompasso entre a Constituição formal, editada pelos Poderes Estatais, e a real, formada pelo encontro das verdadeiras forças sociais atuantes no país. (MORAES, 2000, p. 40).

Quanto à natureza jurídica desta jurisdição, devido à sua atuação enquanto “legislador negativo” e à aplicação em algumas realidades jurídicas de um controle eminentemente político, questiona-se se seria jurisdicional ou legislativa. MORAES (2000, p. 63) explica a problemática e, *incontinenti*, aponta como infundada tal concepção, posto que as Cortes tenham natureza eminentemente jurisdicional:

Alguns autores, [...] colocam em dúvida a natureza jurisdicional dos Tribunais Constitucionais, do ponto de vista da ciência política, uma vez que ora participam da elaboração das leis, como por exemplo no Conselho Constitucional francês, ora afastam sua vigência e eficácia, como na maioria das Cortes Constitucionais, preferindo eles referir-se como colegisladores ou terceiras câmaras.

Observe-se, porém, que essa advertência é afastada por Hans Kelsen, ao apontar a diferença entre a elaboração das leis e sua anulação. Assim, “a anulação de uma lei consiste basicamente na aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a atividade legislativa falta por completo nesse caso”.

Neste trabalho a natureza jurídica da Jurisdição Constitucional será considerada eminentemente judiciária, com base na teoria Kelseniana. Considera-se tal natureza legislativa somente quando esta justiça for aplicada à lei antes de sua promulgação e por órgão diferente do legiferante original.

Em sede agora da competência da Jurisdição Constitucional, aduz-se que cada país adota critérios de acordo com a necessidade e conveniência de seu momento constitucional histórico. Contudo, doutrinariamente, combinadas as definições dadas por CANOTILHO (1998, p. 887) e MORAES (2000, p. 66), chega-se ao seguinte rol mínimo de domínios típicos deste tipo de jurisdição, assuntos que, pela sua natureza, acabam desaguando na competência dos Tribunais Constitucionais.

São eles: Solução jurisdicional de litígios constitucionais entre órgãos supremos do Estado (Judiciário, Executivo e Legislativo); Solução jurisdicional de litígios emergentes da separação vertical dos órgãos constitucionais (No caso do Brasil, da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios); Controle da constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público; Proteção direta e autônoma aos direitos fundamentais, ameaçados ou violados; Controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais; Controle das regras da democracia representativa

(eleições) e participativa (referendos e plebiscitos); Intervenção nos processos de averiguação e apuração da responsabilidade constitucional e defesa da constituição contra crimes de responsabilidade cometidos por representantes de órgãos supremos do Estado (*impeachment*).

Quanto à legitimação da Jurisdição Constitucional, seu estudo é importante por determinar sua razão de existir e o respaldo de seus julgados. BRITTO (apud MORAES, 2000, p. 67) esclarece:

O problema do fundamento da jurisdição constitucional é tão-somente o problema de sua legitimação democrática. [...] por que razão deveriam os juizes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder (sic) afectar a força duma lei democrática? Não é isso governo dos juizes em vez de governo do povo? A teoria tradicional vê, portanto, na jurisdição constitucional um limite ou uma restrição ao princípio do governo do povo pelo povo. A questão será, portanto, a de justificar essa restrição.

Neste tocante, Alexandre de Moraes (2000, p. 67 a 81) apresenta profícua doutrina. Aduz que, para a existência de uma plena compatibilidade entre o governo da maioria – democracia – e o Estado de Direito, é preciso a realização de três sustentáculos básicos de legitimidade da jurisdição constitucional.

O primeiro deles é a complementaridade entre a democracia e o Estado de Direito. Parte-se do pressuposto que para a Democracia - que é o governo da maioria - ser constitucionalmente justa, há a necessidade de que esta se conjugue com o Estado de Direito. Desta conjugação resulta a defesa dos interesses não só da maioria, mas também das minorias, sendo nesta defesa dos direitos de todos legítima a jurisdição constitucional.

O segundo sustentáculo seria a participação popular na escolha dos membros do Tribunal Constitucional, pois a eleição dos ministros pelo legislativo encerra uma participação popular, ainda que indireta, posto que os parlamentares são seus representantes.

Por último, elenca como sustentáculo legitimador a aceitação das decisões do Tribunal Constitucional pela opinião pública e pelos outros poderes constituídos. Esta aceitação encerra o maior sustentáculo, pois as decisões do Tribunal

constitucional somente aperfeiçoam o ordenamento jurídico com a anuência e observância nacional de seus julgados.

Concluindo, enumeram-se as formas, os atributos possíveis a uma Jurisdição Constitucional, no intuito de listar suas características formadoras, gerando assim parâmetros pelos quais se possam comparar institutos da mesma natureza. Neste sentido, CANOTILHO (1998, p. 887 a 896) traz útil classificação, enumerando e agrupando atributos de acordo com o prisma, com o foco observado.

Pelo prisma organizacional, ou seja, pela forma com que se organizam as Jurisdições Constitucionais, estas podem se dividir em modelo unitário e de separação. No modelo unitário “a Jurisdição Constitucional não se distingue substancialmente das outras formas de jurisdição” (CANOTILHO, 2002, p. 883). Ou seja, sequer existe um órgão específico para julgar questões constitucionais, cabendo aos juízes e tribunais ordinários este mister. Associa-se este modelo ao controle difuso praticado especialmente nos Estados Unidos.

Já no modelo de separação, a Jurisdição Constitucional é exercida por um órgão específico, separado dos outros tribunais e com autonomia institucional, como no caso da *Verfassungsgerichtshof*, a Alta Corte Constitucional austríaca.

O prisma dos sujeitos de controle define a natureza dos órgãos judicantes do controle de constitucionalidade. Pode ser realizado por órgãos de natureza política, a exemplo do conselho constitucional francês, ou por órgãos de natureza jurisdicional. Este último pode se subdividir em controle difuso, realizado por qualquer órgão do judiciário, ou concentrado, realizado por um órgão específico para este fim.

Por sua vez, o prisma dos modos de controle analisa os meios pelos quais se realiza o controle propriamente dito. Divide-se em controle pela via incidental, onde “a inconstitucionalidade do (sic) acto só pode ser invocada no decurso de uma (sic) acção principal” (CANOTILHO, 2002, p. 883). No caso, a apreciação da inconstitucionalidade surge como elemento acessório à resolução de uma lide principal.

Associa-se este modelo com o controle difuso e concreto, já que todos são apreciações acessórias, embora não se confundam entre si: “em Portugal, o (sic) controlo difuso pode conduzir a um (sic) controlo concentrado através do Tribunal Constitucional” (CANOTILHO, 2002, p. 891). Já no controle pela via principal, a questão da inconstitucionalidade é levantada mediante processo autônomo com vistas a saná-la. Associa-se ao controle concentrado e abstrato, posto que os três manifestam-se de forma objetiva e autônoma.

Pelo prisma temporal, diferem-se as jurisdições pelo momento em que realizam o controle: no controle preventivo, a lei pode ser purgada do sistema jurídico antes de sua entrada em vigor, enquanto que no controle sucessivo, somente é passível de controle lei que já tenha entrado no ordenamento jurídico.

Quanto à legitimidade ativa das partes, esta pode ser universal, quando qualquer do povo puder argüir a inconstitucionalidade e restrita, quando somente alguns sujeitos, definidos pela Constituição, assim o puderem.

Em relação aos efeitos do controle, estes se dividem em gerais (*erga omnes*), expansíveis e aplicáveis à toda coletividade e particulares (*inter partes*), quando a declaração de inconstitucionalidade só aproveita às partes envolvidas no processo. Retroativos (*ex tunc*), quando decorrentes da invalidação e desconstituição de todos os atos praticados sob a égide do ato declarado inconstitucional; e prospectivos (*ex nunc*), quando a invalidade só começa com a decisão transitada em julgado, não atingindo relações anteriores.

A este numeroso rol, adiciona-se ainda a divisão básica fundamental exposta por MELLO (1968, p. 77 e 78), importante por lastrear a divisão deste estudo. Agrupa o doutrinador as possibilidades de Jurisdição Constitucional de acordo com critério empírico, oriundo da observação de seu desenvolvimento em outros países:

O problema da constitucionalidade das leis [...] é versado nas várias legislações positivas, segundo quatro grandes critérios. De fato, ou a matéria é entregue aos órgãos jurisdicionais comuns; ou a órgãos políticos; ou a órgãos especiais, operando com métodos jurisdicionais; ou, finalmente, sistema misto, onde o controle é outorgado a órgãos jurisdicionais e políticos ao mesmo tempo [...].

Abaixo, segue quadro sinótico resumindo os atributos em questão, combinando as definições de CANOTILHO e MELLO:

Tabela 1 - Atributos possíveis a um modelo de Jurisdição Constitucional.

Modos de evolução do conceito de Constituição			
Historicista	Individualista		Estadualista
Prismas classificatórios	Atributos		
Organizacional	Modelo unitário	Modelo de separação	
Sujeitos de controle	Controle de natureza política	Controle de natureza jurisdicional (controle difuso ou concentrado)	
Meios de controle	Via incidental (acessória)	Via principal (autônoma)	
Temporal	Controle preventivo	Controle sucessivo	
Legitimidade ativa	Universal	Restrita	
Efeitos	Gerais (<i>erga omnes</i>)	Particulares (<i>inter partes</i>)	
	Retroativos (<i>ex tunc</i>)	Prospectivos (<i>ex nunc</i>)	
Modelos de órgão			
Órgão Jurisdicional Comum	Órgão Político	Órgão Especial	Órgão Misto (jurisdicional e político)

Delimitados os atributos mínimos possíveis e de posse de uma tabela de referência, procede-se à classificação dos institutos de direito comparado e pátrio. Uma vez analisados pelo mesmo parâmetro, torna-se mais fácil sua comparação para a posterior análise.

2 FORMAS DE EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO

Lançadas as bases deste estudo e de posse do quadro de atributos pelos quais podem ser classificadas as Cortes Constitucionais, parte-se para a análise de institutos do direito comparado que possam abalizar o exame da efetividade do Supremo Tribunal Federal, com fito de responder a problemática proposta, se o STF seria ou não uma Corte Constitucional propriamente considerada.

Para tanto, deve-se comparar o modelo de Jurisdição Constitucional encerrado no Supremo com as formas clássicas de efetivação desta jurisdição realizadas pelos países exemplares neste assunto. Diante da natureza deste trabalho, elegem-se apenas três instituições para servirem de modelos comparativos: A Suprema Corte Norte-Americana, o Conselho Constitucional Francês e a Alta Corte Constitucional Austríaca. Estes serão analisados e classificados de acordo com os parâmetros propostos, devidamente contextualizados com sua realidade atual. Também, serão levantadas características relevantes de cada instituto além das constantes do quadro, no intuito de complementar a discussão.

2.1 Modelo Norte Americano: a Suprema Corte

A Suprema Corte é o órgão de cúpula do judiciário Norte Americano. A Constituição prevê sua criação na seção 1 de seu artigo III: "O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso¹".

¹ Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

A própria história dos Estados Unidos se confunde com a de Suprema Corte, posto que desde o advento da lei de organização judiciária de 1789, o órgão vem determinando cada vez mais a postura do país em relação aos direitos fundamentais. A célebre decisão do caso *Marbury vs Madison* de 1803, que alçou a Suprema Corte ao cargo de guardião constitucional, ao decidir pelo controle jurisdicional dos atos legislativos e executivos, foi apenas o começo: as decisões que lhe seguiram ajudaram a sedimentar seu poderio, especialmente no período posterior à celebrada decisão. MELLO (1968, p. 140) explica: “realmente, de um pequeno caso, [...] floriu toda uma série de julgados que pelo seu significado e acatamento iria consagrar a supremacia dos juízes”.

Em que pese certas decisões conservadoras e positivistas, como a do *Chief Justice Taney*, que em 1857, no caso *Scott vs Sandford*, decidiu que a seção 8ª do *Missouri Compromise act* violava a 5ª emenda constitucional² por proibir a escravidão nos territórios – sob o pretexto que os escravos eram coisas, não pessoas – a posição da Suprema Corte sempre permaneceu em sentido garantivista de direitos. No dizer de MORAES (2000, p. 104):

Entre todos os tribunais, nenhum se notabilizou tanto pela defesa intransigente, polêmica e construtiva dos direitos fundamentais como a Suprema Corte americana. [...] essa atuação derrubou tradições, criou princípios, fixou interpretações e irradiou mundo afora [...] a idéia essencial e básica de que em todo ordenamento jurídico deve haver um órgão jurisdicional que realize o controle de constitucionalidade das condutas governamentais, como forma de efetivação dos direitos fundamentais consagrados pela constituição.

Como exemplo cita-se o caso *Brown vs Board of Education of Topeka*, de 1954, onde o *Chief Justice Warren* (apud RODRIGUES, 1992, p. 302) entendeu que a existência de separação de escolas exclusivas para negros era incompatível com a 14ª emenda³, que garante a *igual proteção pelas leis*. Sintetizou MORAES (2000, p106) que tal decisão, colocando fim na segregação racial, demonstrou o maior

² “A propriedade privada [não] poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

³ “Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

poder desta Corte: promover transformações políticas, sociais e culturais através de novas interpretações dadas, sem a necessidade de modificação legislativa.

Este poder, entretanto, encontra-se bastante relativizado pela própria Constituição. Sobre a temática JONES (2005)⁴ explica:

Embora a Constituição dos EUA (Artigo III, Seção 2) especifique os tipos de casos sobre os quais a Suprema Corte possui competência original, ela não se pronuncia sobre se essa competência pode ser alterada e de que forma isso pode acontecer. [...]

Entretanto, a Constituição não é omissa sobre a possibilidade de alterar a jurisdição recursória da Suprema Corte e sobre a forma de fazê-lo; o Artigo III, Seção 2 atribui ao Congresso o poder de alterá-la por meio de "exceções ou regulamentações". Dessa modo, é somente com a aquiescência do Poder Legislativo que a Suprema Corte continua a considerar recursos que representam grandes controvérsias constitucionais.

É nesta relativização de suas competências que se encontra um dos defeitos graves da Suprema Corte: a fragilidade de sua autonomia. Como a lei que organiza o judiciário americano é ordinária, esta pode ser alterada por processo legislativo simplificado. Tal expediente findou constituindo-se como maior freio a seu poder de revisão judicial. Cita-se o mais célebre dos casos, quando, na década de 20, a Corte, por uma série de decisões, tornou impraticável grande parte das iniciativas do plano econômico arquitetado pelo presidente Roosevelt, o *New Deal*.

Este plano visava o combate à Grande Depressão causada pelo *Crash* de 1929. Objetivava segundo RODRIGUES (1992, p. 114), "um melhor equilíbrio entre a agricultura, o trabalho e a indústria", através do controle direto da economia. Embora agradasse ao povo, não agradou aos empresários, que manejaram ações contra os atos integrantes do referido pacote. E a Suprema Corte, em posicionamento extremamente positivista, acatou a maioria das ações. MORAES (2000, p. 88) explica: "Ocorre que em uma série de decisões tomadas por maioria de votos, [...] a Suprema Corte entendeu inconstitucionais essas [...] leis e outros diplomas legais editados pelo Congresso, [...] enfraquecendo o programa de governo".

⁴ Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/jones.htm>>. Acesso em 15 mai 2007.

Isto gerou uma retaliação por parte do Executivo, que pressionou o Congresso para que este editasse projeto de lei proposto pelo Presidente, que instituíria um juiz a mais na Suprema Corte para cada juiz que tivesse 70 ou mais anos. MORAES (2000, p. 89) aduz: "com a eventual implementação dessa nova regra, o resultado seria aumentar o tamanho da Corte, temporariamente, para 15 juizes, permitindo que o Executivo nomeasse novos juizes favoráveis a seus programas". Diante deste quadro, antes mesmo da votação plenária de tal projeto, a Suprema Corte, por outra série de decisões, reviu seu posicionamento, permitindo a operacionalização do plano em troca da conservação de seu número de juizes.

Neste caso claro demonstra-se o perigo para a independência da Suprema Corte, consolidado na possibilidade de se moldar seu posicionamento através de modificações no número de seus juizes, organização ou competência infraconstitucional. Muito embora raras vezes tenha-se lançado mão de tal expediente, a mera possibilidade afeta em muito a materialização do princípio da segurança nas relações jurídicas, indiretamente um dos sustentáculos da legitimidade da referida Corte.

Quanto à sua classificação, pelos prismas constitucionais propostos por CANOTILHO, tem-se que a Constituição americana revelou-se pelo prisma Estadualista. Considerando o modelo de órgão previsto por MELLO, embora citado pela seção 1 do art. III de forma apartada dos outros tribunais, a Suprema Corte definitivamente integra o judiciário. No dizer de MORAES (2000, p. 91):

A Suprema Corte americana é quase inteiramente um tribunal de recursos, pois suas competências originárias, previstas diretamente na Constituição, tiveram pouca importância prática no século XX, tendo-se destacado no exercício de suas competências recursais.

Estas competências se dividem em *originais* e *recursais*, subdividindo-se ambas em *obrigatórias* e *facultativas*. A competência originária obrigatória abrange os casos de conflitos entre Estados-membros; a facultativa, casos levados por apenas um Estado-membro, entre Governo Federal e Estado-membro ou envolvendo corpo diplomático estrangeiro.

Por sua vez, sua competência recursal obrigatória destina-se ao reexame das decisões de tribunais, estaduais ou federais, que declararem lei ou ato federal inconstitucional ou que tenham julgado válidas leis ou atos, estaduais ou federais, contestados em face da Constituição ou legislação federal; dar reexame às decisões oriundas dos tribunais distritais federais de três juízes. Por último, como competência recursal facultativa tem o reexame de questões das demais altas instâncias (cortes de apelação e tribunais estaduais) quando em conflito entre si, agindo como uma verdadeira terceira instância (MORAES, 2000, p. 92).

Fruto desta observação é a certeza que o controle realizado nos Estado Unido dá-se unicamente pela via jurisdicional. Ainda, é preciso destacar outra peculiaridade da jurisdição constitucional americana para lhe justificar o restante de seus atributos: o controle de constitucionalidade, embora amplo, está limitado à resolução de questões concretas. MORAES (2000, p. 103) explica:

A própria jurisprudência da Suprema Corte entende que não é encarregada da proteção geral contra todas as más ações potenciais nas complicadas tarefas de Governo, sendo a função judicial limitada à resolução de um litígio posto em juízo e, conseqüentemente, não deve pronunciar-se abstratamente, quando não houver necessidade de um arbitramento judicial entre partes opostas.

Refere-se o autor à decisão tomada no caso *Muskrat vs United States*, onde o *Justice Day* asseverou categoricamente⁵: “Esse Poder Judiciário [dado pela Constituição] é o direito de decidir controvérsias reais surgidas entre litigantes adversos, devidamente atribuído aos tribunais de jurisdição apropriada”. Critica-se este ponto da jurisdição constitucional americana porque esta limitação, além de encerrar interpretação excessiva do princípio da inércia processual judiciária, dificulta e atrasa o manejo de medidas cautelares contra leis ou atos flagrantemente inconstitucionais, como o *Patriotic Act*.

Decorre das premissas supra a qualificação da Suprema Corte pelos seguintes atributos: pelo prisma organizacional, apresenta Modelo unitário, porque

⁵ Tradução literal da frase: “That judicial power, as we have seen, is the right to determine actual controversies arising between adverse litigants, duly instituted in courts of proper jurisdiction”. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=219&page=346>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

não é o único órgão que julga inconstitucionalidade. Outros juízos podem fazê-lo, muito embora a ela caiba a decisão em última instância e a decorrente criação do precedente; logo, os atributos sujeito de controle e meios de controle não poderiam ter outros valores se não, respectivamente, Controle de natureza jurisdicional, sob sua forma difusa e Via incidental (acessória).

Também decorre do exposto que quanto ao prisma Temporal, o controle realiza-se de forma sucessiva, após a lei ou ato ter entrado em vigor; quanto à Legitimidade Ativa, esta se mantém universal, podendo qualquer cidadão pleitear a inconstitucionalidade. Entretanto, esta universalidade refere-se apenas ao direito de petição: diante do volume de solicitações, realiza-se periódica pré-triagem das causas, cujas mais relevantes constam numa lista de exame feita pelo *Chief Justice*.

A aceitação ou não de uma causa dependerá de sua constância na lista e da obtenção de voto favorável de pelo menos quatro juízes. Ressalta-se que tal procedimento, embora conste apenas de praxe, é largamente utilizado.

Quanto aos efeitos das sentenças, estes podem ser Gerais, *erga omnes*, e Retroativos, *ex tunc*, porque declaram nula a lei ou ato e desconstituem todos os atos praticados sob sua égide, como se nunca tivesse existido. Adota-se no caso a doutrina do *stare decisis* ou precedente. MORAES (2000, p. 111) explicita: “as decisões de mérito da Suprema Corte consubstanciam-se em precedentes obrigatórios a todos os tribunais inferiores e às autoridades administrativas”.

É doutrina mãe da nacional súmula vinculante, diferindo desta em dois aspectos. O primeiro diz respeito ao fato dos juízes da Suprema Corte poderem aplicar o precedente à casos análogos, desde que o fundamento da decisão ainda seja o mesmo; o segundo, na Corte poder alterar livremente seus precedentes. Baum (apud MORAES, 2000, p. 112) explica que “a Suprema Corte não está vinculada a seus próprios precedentes, podendo em decisão futura alterar a interpretação dada à constituição.”

Por último, faz-se referência à composição da Suprema Corte. Esta se compõe de nove juízes, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo

Senado, inclusive o *Chief Justice*, que não precisa necessariamente já integrar a Corte. Não há requisitos especiais quanto à capacidade, embora historicamente tenham sido nomeados juízes apenas advogados com intensa atuação política. Também não existem requisitos quanto à idades mínima e máxima, sendo o cargo vitalício, facultada aposentadoria integral após 15 anos de serviço, com 65 anos de idade ou 10 anos, com 70. Ademais, as garantias e incompatibilidades são as mesmas dos magistrados nacionais. Abaixo, segue quadro sumarizando o exposto.

Tabela 2 - Levantamento dos atributos da Suprema Corte Norte Americana.

Conceito de constituição	Estadualista
Prismas classificatórios	Atributos
Organizacional	Modelo unitário
Sujeitos de controle	Controle de natureza jurisdicional (controle difuso)
Meios de controle	Via incidental (acessória)
Temporal	Controle sucessivo
Legitimidade ativa	Universal
Efeitos	Gerais (<i>erga omnes</i>)
	Retroativos (<i>ex tunc</i>)
Modelos de órgão	Órgão jurisdicional comum (EUA)

Após esta exposição, passa-se agora ao órgão realizador da Jurisdição Constitucional na França, o Conselho Constitucional.

2.2 Modelo Francês: O Conselho Constitucional

O órgão responsável pela Jurisdição Constitucional Francesa é o Conselho Constitucional. Instituído pela Constituição da 5ª República, apresentou sensível evolução em relação a seu antecessor, o Comitê Constitucional. Para MELLO (1968, p. 131): “[...]a França em matéria de controle de constitucionalidade progrediu muito.

Para se chegar a esse juízo, basta o confronto entre os arts. 93⁶ da constituição de 1946 e 62⁷ da atual." Enuncia o art. 93 da Constituição de 1946:

Art. 93 A lei que, de acordo com a opinião do Comitê, implicar numa revisão da Constituição, será mandada para a Assembléia para nova deliberação. Se o parlamento insistir em seu voto anterior, a lei não pode ser promulgada antes que a constituição seja revisada nas formas previstas pelo art. 90. [grifos nossos]

E o 62 da constituição atual de 1958:

Uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem aplicada. As decisões do Conselho Constitucional são irrecorríveis. Elas devem ser acatadas pelos poderes públicos e por todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. [grifos nossos]

A diferença fundamental entre eles está no tratamento dispensado à Constituição pelo órgão: enquanto o antigo Comitê apenas verificava se a lei daria ou não azo à uma revisão constitucional, o atual Conselho veta atos legislativos que a contrariem. Em síntese, enquanto o Comitê defendia os interesses do legislativo, o Conselho defende a Constituição em si.

Entretanto, somente pode-se compreender a evolução encerrada na Constituição de 1958 quando se entende seu contexto histórico. Esta encerra um rompimento fundamental com sua antecessora, onde se buscou acabar com o caos organizacional do Estado francês instituído por esta. CAETANO (1987, p. 147) resume bem a questão:

Logo que a Constituição de 1946 foi aprovada, uma larga corrente da opinião francesa manifestou-se contra ela, destacando-se o movimento chefiado pelo General De Gaulle. A prática veio confirmar a razão de ser destas críticas. A formação dos ministérios revelou-se difícil, originando crises prolongadas. Os governos, sem maiorias homogêneas e sólidas na Assembléia, não tinham consistência, nem autoridade, nem estabilidade. A Assembléia não dava conta do trabalho legislativo que lhe pertencia nem podia delegar no governo a faculdade de publicar decretos-leis por tal delegação lhe ser proibida constitucionalmente. O Conselho da República na exercia qualquer função útil.

⁶ Tradução livre do parágrafo: "Art. 93. The law that, according to the opinion of the Committee, implicates a revision of the Constitution, is sent to the Assembly for a new deliberation. If the Parliament insists on its precedent vote, the law cannot be promulgated before the Constitution has been revised in the forms foreseen by art. 90." Disponível em

<http://www.geocities.com/iturks/html/french_constitutions.html>. Acesso em 15 Mai 2007.

⁷ Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/constfran.doc>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

Neste tumulto estrutural, encontrava-se o Comitê Constitucional como órgão assessor do Executivo, cuja função, segundo art. 91⁸, resumia-se a apontar se a lei nova poderia entrar em vigor imediatamente ou se deveria ser precedida de revisão constitucional. E mesmo assim, somente se manifestaria quando provocado pelos Presidentes da República e do Conselho da República. Os críticos tinham o órgão como algo caricato, porque admitia o paradoxo de ser provocado somente pelos menos interessados na reforma da lei em questão, *in casu*, seus próprios genitores.

O agravamento deste quadro de instabilidades culminou com a promulgação da Constituição de 1958. Para CAETANO (1987, p. 149), esta visava “o robustecimento da autoridade do Chefe do Estado e do Governo”. Entretanto, o que se verificou foi a excessiva concentração de poderes na pessoa do Presidente da República. No dizer de CAETANO (1987, p. 151):

[...] a idéia inicial de que poderia coexistir um sistema parlamentar e um forte Executivo em breve se mostrou lograda. Para mais, o caso da Argélia, [uma revolução] [...], forçou a um fortalecimento da autoridade pessoal de De Gaulle [o presidente], que reivindicou durante largo período o exercício dos poderes excepcionais previstos no art. 16° da Constituição [...]

Em que pese tal opinião, os sucessores de De Gaulle atuaram de forma menos ditatorial, dando condições para o Conselho Constitucional se sedimentar. Ao ampliar as competências do Comitê, transformando-o em Conselho Constitucional, a Constituição de 1958, aliada à guinada do pensamento médio francês a favor de um controle de constitucionalidade, criou as condições para a implantação efetiva da jurisdição constitucional na França. No dizer de MORAES (2000, p. 138):

A consagração jurídica e política do controle de constitucionalidade da França ocorreram com a promulgação da Constituição da 5ª República [...] que criou o Conselho Constitucional dotado de jurisdição constitucional, inclusive do controle de constitucionalidade.
As alterações das regras regentes e da amplitude da competência do Conselho Constitucional, em especial em relação à tutela dos direitos fundamentais, em decorrência de sua evolução jurisprudencial, vem acarretando considerável e positiva mudança na visão francesa sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade.

⁸ Art. 91. [...]The constitutional Committee verifies if the laws voted by the National Assembly implicates a revision of the Constitution. Disponível em <http://www.geocities.com/iturks/html/french_constitutions.html>. Acesso em 15 Mai 2007.

A jurisprudência do Conselho foi a principal responsável por sua posterior legitimação. A decisão 77-44 DC de 1971, ao reconhecer o valor jurídico do preâmbulo da Constituição de 1946, recepcionada pela atual, gerou o precedente que embasou a aceitação e posterior expansão da competência do Conselho como guardião da Constituição. MORAES expõe (2000, p. 139):

Se em seu nascedouro, na Constituição de 1958, o Conselho Constitucional foi concebido como órgão controlador do Parlamento, durante sua evolução, passou a exercer mais efetivamente um controle preventivo geral da constitucionalidade das leis, e, basicamente, a proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a partir da decisão 71-44 DC, onde o Conselho Constitucional reconheceu pleno valor constitucional ao preâmbulo da Constituição para, conseqüentemente, possibilitar o pleno controle preventivo de constitucionalidade das leis que desrespeitassem os direitos fundamentais lá consagrados, a jurisdição constitucional deixou de ter como meta primordial o controle do Parlamento, para consagrar-se como protetiva dos direitos humanos fundamentais. [...]

Assim, do exercício de sua competência de controle sobre o Parlamento e **particularmente** da defesa das competências do Poder Executivo, o Conselho Constitucional passou à defesa das competências parlamentares, à tutela dos direitos fundamentais e à proteção dos direitos das minorias, missões tradicionais das Cortes Constitucionais européias, reforçando sua legitimidade.

Esta tomada de posição registra rompimento histórico com a teoria de Rousseau, ao considerar que a vontade do Parlamento encerra soberania mitigada – poder constituinte derivado – submissa à da Constituição, prolatada pelo único ente soberano – o poder constituinte originário do povo. Sobre o tema explica MELLO (1968, p. 131):

[Tal posição] é realmente *sui generis*, uma vez que se parta da história das instituições políticas francesas, sempre avessas a qualquer ingerência, de qualquer poder ou órgão, na elaboração legislativa, e na mais completa liberdade para o poder Legislativo no agir.

Quanto à composição do Conselho Constitucional, diferente do modelo americano, o artigo 56 da Constituição francesa é bastante claro em sua definição:

Art.56 O Conselho Constitucional é composto de nove membros, cujo mandato tem a duração de nove anos e não é renovável. O Conselho Constitucional é renovado por terços a cada três anos. Três dos seus membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove membros acima mencionados, os Ex-presidentes da República são, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho

Constitucional. O Presidente [do Conselho] é nomeado pelo Presidente da República. Ele possui voto decisivo em caso de empate⁹.

Segundo FALCÓN (apud MORAES, 2000, p. 140), a inclusão dos ex-presidentes como membros natos “seria, além de uma deferência especial aos ex-presidentes, uma forma de afastá-los [...] da vida política ativa, assegurando-lhes um retiro digno, com sua integração a uma nova instituição constitucional”. Estes gozam de vitaliciedade, saindo apenas em razão de aposentadoria, morte ou renúncia.

Quanto aos membros nomeáveis, não há requisitos básicos para investidura, sendo esta decisão discricionária dos órgãos referidos. Repete-se aqui a fórmula americana, embora lhe adicione mais elementos democráticos, porque a desconcentração do poder de escolha garante maior pluralidade e heterogeneidade ao conselho. Entretanto, também recebe mesma crítica: este modo de escolha, especificamente na ausência de requisitos mínimos, apresenta execrável defeito. Pierre Bonn (apud MORAES, 2000, p.142) aponta que estas designações, feitas por critérios puramente políticos, acabam “acarretando uma vinculação político-ideológica dos nomeados [...], não se exigindo como requisito uma boa formação jurídica, o que seria necessário em virtude das competências técnicas do órgão”.

Ainda é de se observar o agravante que a manutenção dos membros natos também se apresenta como um entrave, posto que os ex-presidentes detenham larga carga ideológica político-partidária, em função de terem integrado as altas cúpulas de seus partidos. Mesmo considerando-se a experiência, a permanência destas pessoas representa maior dificuldade em se romper com as fórmulas antigas, em particular porque as representam. Além disso, sua presença diminui o efeito da renovação periódica dos membros, necessária à atuação do Conselho.

Em relação ao Presidente do Conselho, este é nomeado diretamente pelo Presidente da República, entre os membros natos ou eleitos, e tem voto de qualidade para decidir quando do empate nas votações. Ademais, as normas relativas à organização, funcionamento, procedimentos e prazos são estabelecidas por lei orgânica.

⁹ Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/constfran.doc>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

Quanto à competência do Conselho Constitucional, enumeram-se dois tipos: competências de controle e outras competências. As competências de controle envolvem o controle pelo Conselho da constitucionalidade das leis e decretos, tendo na defesa dos direitos fundamentais sua principal área de atuação. Tal controle dá-se de forma preventiva, trabalhando o Conselho com a lei em abstrato. Diferente dos outros modelos, o francês atua durante o processo legislativo, mediante requisição de seus legitimados. MORAES (2000, p. 125) explica pela seguinte comparação:

Esse controle preventivo de constitucionalidade seria o equivalente no Brasil a permitir-se ao Presidente da República, ao presidente da Câmara ou do Senado, a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade contra projeto de lei ou proposta de emenda constitucional, durante a tramitação do processo legislativo.

O procedimento é previsto nas hipóteses do artigo 41¹⁰ da Constituição:

Art. 41 Se evidenciar-se que, no curso do processo legislativo, uma proposta ou emenda não pertence ao domínio da lei ou é contrária a uma delegação concedida em virtude do artigo 38 [delegação excepcional, de caráter temporário], o Governo pode opor-se a sua admissão. Em caso de desacordo entre o Governo e o Presidente da Assembléia interessada, o Conselho Constitucional, solicitado por uma ou outra parte, delibera dentro do prazo de oito dias.

Segundo MORAES (2000, p. 144 e 145) nos arts. 46¹¹ e 61¹², a Constituição francesa atual expande a competência do Conselho, condicionando a promulgação de leis orgânicas e a aplicação dos regulamentos das Assembléias Parlamentares à pronúncia de sua conformidade com a Constituição pelo ente. Neste caso o controle, embora preventivo, acontece em momento posterior ao da feitura da norma, assemelhando-se ao controle preventivo realizado em outros países. Contudo, diferem estes dois tipos pelo momento e pela capacidade de atuação do Conselho.

Enquanto na hipótese do art. 41 o conselho tem plena competência para interferir, material e formalmente, no próprio processo legislativo, nas hipóteses dos

¹⁰ Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/constfran.doc>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

¹¹ [...] As leis orgânicas só podem ser promulgadas depois que o Conselho Constitucional declarar a sua conformidade com a Constituição. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/constfran.doc>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

¹² As leis orgânicas, antes da sua promulgação, e os regulamentos das Assembléias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a conformidade destes com a Constituição. [...] Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/constfran.doc>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

arts. 41 e 66 sua competência resume-se apenas a referendar ou não o ato. Ainda, como terceira possibilidade de controle, tem-se o art. 54. Este condiciona a ratificação de acordos internacionais à sua análise pelo Conselho. Caso seja declarado inconstitucional, tal só poderá ser aprovado após revisão constitucional.

Esta hipótese encerra competência análoga às do Comitê Constitucional da Constituição passada, de 1946. Crítica-se aqui a intransigência quanto à constitucionalidade dos pactos, que poderiam ser absorvidos em parte, apenas retirando-se efetividade do dispositivo inconstitucional.

No paradigma jurídico da União Européia, no qual a França encontra-se inserido, este posicionamento resta perigoso, especialmente pela necessidade constante dos membros referendarem tratados de interesse do bloco. Se, para que um tratado se harmonize com a Constituição, for necessário alterar seus dispositivos para que lhe dê aplicação, então o Estado francês corre o risco de perder a segurança de suas relações jurídicas, em razão do retorno da instabilidade constitucional, tão característica da França antiga.

Por último, quanto às competências de controle, resta ainda a hipótese do art. 37¹³, sintetizada por MORAES (2000, p. 146):

O referido artigo disciplina os decretos regulamentares, disciplinando que "todas as matérias distintas das pertencentes ao domínio da lei terão características de regulamento", para a seguir prever que esses textos que tenham entrado em vigor após a Constituição somente poderão ser modificados por Decreto, se o conselho constitucional declarar que os mesmos tem caráter regulamentar.

Excepcionalmente, trata-se da única hipótese de controle sucessivo no modelo francês, em razão do regulamento em questão já vigorar. A necessidade deste poder de revisão judicial dá-se pela própria natureza dos regulamentos:

¹³ As outras matérias, fora do domínio da lei, possuem caráter regulamentar. Os textos de forma legislativa referentes a tais matérias podem ser modificados por decretos emitidos após consulta ao Conselho de Estado. Os textos legislativos que vierem a ser aprovados depois da entrada em vigor da presente Constituição, só podem ser modificados por decreto se o Conselho Constitucional declarar que possuem caráter regulamentar, conforme a definição do parágrafo precedente. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lgm/constfran.doc>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

Embora não sejam leis, podem lhes equivaler. Daí o controle, permitindo livre alteração de seu conteúdo somente enquanto este mantiver caráter regulamentar.

Segundo MORAES (2000, p. 149), na seara das outras competências revelam-se: competência no processo de *empêchement* do Presidente da República e sua sucessão (art. 7°); emitir obrigatório parecer sobre a efetividade das medidas excepcionais tomadas pelo Presidente nas hipóteses do art. 16; velar pela lisura dos procedimentos eleitorais para Presidente e de Deputados e Senadores.

Em tempo, como última crítica registre-se a ausência dos controles incidental e difuso no modelo francês. A própria jurisprudência do Conselho declarou sua incompetência para julgar em sede de caso concreto, alegando, segundo MORAES (2000, p. 150) não ser sua competência pronunciar-se sobre a conformidade das leis já promulgadas pela Constituição.

Corolário deste posicionamento demonstra-se na obrigatoriedade do Judiciário aplicar as leis ao caso concreto, ainda que inconstitucionais. MORAES (2000, p. 149) aduz ser “impossível a tutela dos direitos e garantias fundamentais quando um dos co-legitimados não impugna uma lei antes de sua promulgação.” Neste ponto reside outro perigo para as instituições democráticas, qual seja, a impossibilidade de purgar do sistema lei inconstitucional sem que se mude o sistema para absorvê-la, o que, em última instância inverte a ordem de prioridade entre a Constituição e a legislação infraconstitucional.

Diante do exposto, passa-se a classificação da jurisdição constitucional francesa pelos atributos propostos. Quanto ao prisma referente ao conceito de Constituição francesa, esta se apresenta sob o prisma individualista. Quanto ao prisma organizacional, dada a natureza política do Conselho Constitucional, observa-se a presença do modelo de separação; por esta mesma natureza política, o atributo sujeitos de controle assume o valor de órgão de natureza política.

Como meio de controle, este se dá pela via principal, porque a reclamação de inconstitucionalidade dá-se objetivando a própria invalidação da norma em abstrato; conseqüentemente, o prisma temporal apresenta atributo controle preventivo; quanto

à legitimidade ativa, esta restringe-se ao Presidente da República, aos Senadores e à Assembleia Nacional; também e também pode se dar por solicitação conjunta de 60 Deputados ou Senadores. MELLO (1968, p. 132) aponta esta não contemplação de meio de ação direta por parte dos cidadãos como outra falha do sistema francês.

Quanto aos efeitos, restam apenas gerais. Fica prejudicada a questão da retroatividade ou não dos efeitos de seu decisório porque não há que se falar sequer em promulgação; o controle ocorre antes. Entretanto, no caso da exceção do art. 37, entendem-se os efeitos retroativos, posto que anula-se ato modificador do regulamento em questão, restaurando seus efeitos. Abaixo, segue quadro resumindo o entendimento.

Tabela 3 - Levantamento dos atributos do Conselho Constitucional Francês.

Conceito de Constituição	Individualista
Prismas classificatórios	Atributos
Organizacional	Modelo de separação
Sujeitos de controle	Controle de natureza política
Meios de controle	Via principal (autônoma)
Temporal	Controle preventivo
Legitimidade ativa	Restrita
Efeitos	Gerais (<i>erga omnes</i>)
	Retroativos (<i>ex tunc</i>)
Modelos de órgão	Órgão político (França)

Após esta exposição, passa-se agora ao órgão realizador da Jurisdição Constitucional na Áustria, a Alta Corte Constitucional.

2.3 Modelo austríaco: a Alta Corte Constitucional

Conforme exposto em capítulo anterior, desde a Constituição de 1867 se pratica na Áustria o controle de constitucionalidade, através de órgão especializado para tanto, o *Reichsgericht*, que exercia funções protetivas dos direitos individuais.

Com o advento da Constituição de 1920, este órgão sofreu expansão de sua competência, transformando-se na *Verfassungsgerichtshof*, ou Alta Corte Constitucional.

Difere o órgão antecessor do sucessor pelo primeiro ser vinculado ao regime monárquico, enquanto que o segundo apresentava total independência dos poderes Estatais (MORAES, p. 115). Segundo KELSEN (apud MORAES, 2000, p. 116) Tal separação justifica-se em razão de sua competência:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão [da constitucionalidade], dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. [...] a situação jurídica é essencialmente diversa quando a Constituição transfere o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente a legiferação para um órgão diferente do legislativo e confere a esse órgão competência para anular uma lei que considere inconstitucional. Esta função pode ser confiada a um tribunal especial ou a todos os tribunais. [...] Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal.

Encontra-se nesta fundamentação também o porquê de se imbuir unicamente a um órgão especial o exercício da jurisdição constitucional. Sobre a temática, esclarece CAPPELLETTI (apud MORAES, p. 116) aduz:

Em síntese, necessário naquele país [...] encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito... Colocados diante desta exigência, os "pais" da Constituição austríaca [de 1920] julgaram dever criar órgão judiciário adequado, [...] uma especial Corte Constitucional.

Divergindo cabalmente do modelo americano de *judicial review*, o modelo austríaco concentrou na Alta Corte todo o exercício da Jurisdição Constitucional, vetando-a aos demais órgãos em razão do aludido por Kelsen. Excetuando-se os reveses oriundos de fatores históricos como as guerras mundiais, onde a Constituição tinha sido abolida por ter sido o território austríaco anexado ao alemão, a idéia de controle concentrado sempre manifestou-se no país, conforme exposto por HORTA (apud MORAES, 2000, p. 119):

A Constituição de 1920, [...] deu ordenação sistemática e lógica a uma idéia que possuía antecedentes na história constitucional daquele país. O projeto constitucional *Kremsier*, [...] aventou a idéia do controle judiciário de atos do executivo. Essa sugestão foi logo repelida, pois, dizia-se, confiar ao Tribunal do Império (*Reichsgericht*) o controle de tais atos importava em submeter o executivo ao poder judiciário.

Segundo MELLO (1968, p. 166), a Carta Constitucional de 1920 teve o condão de fazer da Áustria:

[...]que era um Estado unitário descentralizado, um Estado federal com tendências centralizadoras. E a missão de assegurar a federação foi confiada, no setor da legalidade administrativa, à Alta Corte Administrativa, e no setor da constitucionalidade da legislação à Alta Corte Constitucional.

Definido o contexto histórico, passa-se à sua composição. FIUZA (19997, p. 36-37) resume a questão com clareza, ao delimitar a composição, os requisitos mínimos, as garantias e vedações dos membros da Alta Corte:

O tribunal constitucional será composto por um presidente, um vice-presidente, mais 12 membros e seis suplentes (art. 147).

O presidente, o vice-presidente, seis dos outros membros e três dos suplentes serão nomeados pelo Presidente da República por proposta do Governo Federal e todos eles escolhidos dentre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das Faculdades de Direito e Ciências Políticas. Os seis membros restantes e os outros três suplentes serão designados pelo Presidente da República em listas triplices formuladas pelo Conselho Nacional (Câmara Baixa), para três membros e dois suplentes, e pelo Conselho Federal (Câmara Alta), para três membros e um suplente. Os funcionários administrativos que forem nomeados membros do Tribunal Constitucional serão colocados em situação de "excedentes" nos respectivos quadros, se já não estiverem aposentados.

Todos os membros do tribunal constitucional devem ser bacharéis em Direito, com dez anos, no mínimo, de exercício de profissão ou cargo para os quais se exija o referido diploma.

Também para o tribunal constitucional, com maior razão, respeitam-se as incompatibilidades e as garantias mencionadas para o tribunal administrativo.

Percebe-se do exposto uma maior pluralidade na composição do órgão, destacando-se a garantia de vagas para funcionários públicos. Ainda, ajuda a respaldar melhor os julgados o requisito de tempo mínimo de exercício de profissão jurídica, especialmente porque garante habilidade dos juizes no manejo dos critérios técnicos concernentes às causas. Quanto às incompatibilidades e garantias, estas são as mesmas dos magistrados pátrios, excetuando-se a aposentadoria compulsória, que se dá neste caso aos sessenta e cinco anos.

Quanto a seu Presidente, este será escolhido diretamente pelo Presidente da República, vedado este cargo a quem exerceu cargo representativo nos últimos quatro anos. Isto imprime mais hombridade à função, porque prefere candidatos com vida pública menos evidente. Outro ponto positivo da Alta corte está na sua de organização: Esta se dará através de lei especial federal, cuja feitura requer mais requisitos, dando mais solidez à estrutura do órgão, pela dificuldade de mudança deste tipo legal.

Na seara de suas competências, definidas nos artigos 137 a 145 da Constituição, apresentam-se competências ordinárias e de controle. ERMANCORA (apud MORAES, 2000, p. 124) sinteticamente enumera àquelas ordinárias:

É competente para resolver litígios sobre incidentes patrimoniais, envolvendo o Estado Federal e as outras coletividades territoriais com os indivíduos, assim como os litígios entre essas mesmas coletividades. Entretanto, é competente para resolver sobre conflitos de atribuições e para dar, previamente a um litígio, interpretações de normas de direito constitucional federal designadas com precisão, interpretações que têm força obrigatória; tem igualmente faculdade para proceder a um controle de normas sobre leis federais, dos Estados-membros, todo tipo de regulamento e tratados internacionais; atuar como Tribunal Eleitoral; sanciona a responsabilidade jurídica dos órgãos supremos do Estado e; por último, é competente para assegurar a salvaguarda dos direitos fundamentais e das liberdades públicas perante a Administração, devendo, inclusive, assegurar o respeito ao direito internacional.

Quanto a suas competências de controle, este realiza controle jurisdicional e concentrado das leis. Tal controle é exclusivo da Alta Corte, impossibilitando aos juízes e tribunais seu exercício. Podem provocar este controle, segundo MELLO (1968, p. 167) um seletto grupo de legitimados – Governo Federal, das Províncias, a própria Corte, de ofício, e demais tribunais, por via de ação direta (*Antrag*), ou qualquer pessoa pela via do *recurso constitucional*. Este se condiciona à lesão a um direito constitucional ou existência de um ato ou lei inconstitucional. Independente da forma, o controle dá-se de acordo com a existência da lesão, podendo ser concreto ou abstrato.

Quanto à classificação proposta, o modelo de Constituição adotado na Áustria desenvolve-se pelo prisma individualista, por mais se aproximar deste modelo. Pelo prisma organizacional, o modelo de jurisdição constitucional representa um modelo

der separação, porque, embora Judiciário, a Alta Corte concentra em si todas as possibilidades de controle, restando ao Judiciário a missão de aplicar a lei, constitucional ou não.

Quanto aos sujeitos de controle, o órgão resta jurisdicional, por não interferir no processo político de criação das leis. O meio de controle efetiva-se por via de ação direta ou recurso constitucional, ambos com fito à atacar lei inconstitucional, em abstrato ou concreto. Decorrência disto, seu controle assume sob o prisma temporal caráter sucessivo e sob o prisma da legitimidade ativa, caráter universal.

Em relação a seus efeitos, estes apresentam-se gerais, prospectivos e repristinatórios. Gerais porque as decisões da Alta Corte vinculam todos os entes estatais a seu cumprimento; prospectivos porque a anulação sempre se dá em caráter "pró futuro". Pauta-se no exposto por KELSEN (apud MORAES, 2000, p. 133), que "uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro". Quanto à repristinação, MORAES (2000, p. 134) esclarece que consiste na volta de lei anterior ao sistema, após julgada a inconstitucionalidade da lei até então em vigor. Abaixo, segue quadro sinótico dos atributos deste modelo de Jurisdição Constitucional.

Tabela 4 - Levantamento dos atributos da Alta Corte Constitucional da Áustria.

Conceito de Constituição	Individualista
Prismas classificatórios	Atributos
Organizacional	Modelo de separação
Sujeitos de controle	Controle de natureza jurisdicional (controle concentrado)
Meios de controle	Via principal (autônoma)
Temporal	Controle sucessivo
Legitimidade ativa	Universal
Efeitos	Gerais (<i>erga omnes</i>)
	Prospectivos (<i>ex nunc</i>)
Modelos de órgão	Órgão especial (Áustria)

Após esta exposição, passa-se agora à análise do STF enquanto órgão realizador da Jurisdição Constitucional no Brasil.

3 EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: ANÁLISE DA ESTRUTURA E DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma vez compreendidos e classificados os institutos de direito comparado, parte-se agora para a análise da Jurisdição Constitucional brasileira, encerrada no Supremo Tribunal Federal. Será levantado seu histórico, analisando a evolução das altas cortes do Brasil até que se chegue ao STF com sua estrutura e competência atuais. Em seguida, categorizar-se-á o Supremo de acordo com o modelo proposto, para ao final ser exposta a problemática, de sua atuação configurar-se ou não na de uma Corte Constitucional típica.

3.1 Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional no Brasil

Até o Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, não havia Jurisdição Constitucional no Brasil. No período pré-colonial, o órgão de cúpula da jurisdição nacional era a Casa de Suplicação. Assim explica MELLO (1968, p. 182):

Será considerada como Superior Tribunal de Justiça, para nele se findarem todos os pleitos, por maior que seja o valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possam interpor outro recurso que não seja o das Revistas[...]

Sua competência, conforme exposto, não abrangia o controle de constitucionalidade, posto sequer existia Constituição naquela época. Com o advento da Constituição Imperial de 1824, a Casa é substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, cuja competência foi definida no art. 164, abaixo reproduzido¹:

¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao24.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Art. 164. A este Tribunal Compete:

I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

Embora o inciso III dê contornos de Jurisdição Constitucional ao Tribunal, na prática este não diferiu de seu antecessor, limitando-se à função de órgão recursal último. Para MELLO (1968, p. 184): “[...] a principal função política do Judiciário, que é a defesa da Constituição em face do Poder Legislativo, por meio da revisão da constitucionalidade das Leis, o Judiciário Imperial não a possuía”.

Esta situação só veio modificar-se com o Decreto nº 848 de 1890. ACCIOLI (1981, p. 486) explica:

Proclamada a República, e diante da adoção do federalismo como forma de Estado, havia necessidade de instalar um outro tipo de tribunal, com atribuições próprias ao sistema político que se instalara no país. Na verdade, editou-se o decreto nº 848, de 11-10-1890, que organizou a Justiça Federal. Dispunha o art. 5º: “O Supremo Tribunal Federal terá a sua sede na capital e compor-se-á de 15 juizes, que poderão ser tirados dentre os juizes seccionais ou dentre os cidadãos de notável saber ou reputação, que possuam as condições de elegibilidade para o Senado”.

Definida a existência e composição do Supremo, a Constituição de 1891 veio complementar o Decreto, prevendo a competência do STF em seu art. 59. É no § 1º, alínea “b”², que consta a seguinte inovação:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

[...]

b) quando se contestar a validade de Leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das Leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas Leis impugnadas.

² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao91.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Era o começo da jurisdição constitucional propriamente considerada no Brasil. Neste momento, o modelo de jurisdição nacional refletia em sua totalidade a doutrina americana. MELLO (1968, p. 185) reforça este entendimento, ao enunciar:

Aliás, tal [orientação] era perceptível já no disposto no art. 386, do Decreto nº 848, de 1890, que dispunha:
“Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.” Era clara a influência da cultura americana consagrada definitivamente com a república.

Ainda, MORAES (2000, p. 213) complementa o entendimento:

Ressalte-se que o STF, sob a citada inspiração norte-americana, nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei federal nº 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das Leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestadamente inconstitucionais.

Tal Lei sedimentou a Jurisdição Constitucional nacional, definindo as regras para a existência do controle difuso no País. De acordo com MELLO (1968, p. 186) seu art. 13, § 10, assim procedia: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das Leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as Leis manifestamente incompatíveis com as Leis e a Constituição”.

Ainda, para o referido doutrinador, o art. 35 da Lei em questão trouxe o embrião do controle concentrado de constitucionalidade, sob a forma de representação dos procuradores seccionais, para a União ou Estados-membros, quando seus órgãos inferiores desrespeitassem a Constituição ou legislação federal (MELLO, 1968, p. 186). Tal representação encabeçou o movimento para se adotar no país o controle concentrado de constitucionalidade, primeiro sob a forma de intervenção direta nos Estados e Municípios, depois com as atuais ações diretas.

E foi justamente este controle concentrado a principal característica adicionada à Jurisdição Constitucional brasileira pela Constituição de 1934: o art. 12,

V, combinado com seu § 2º, introduz a possibilidade de intervenção da União nos Estados-membros³:

Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

[...]

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras "a" a "h", do art. 7º, nº I, e a execução das Leis federais;

[...]

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da Lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

Patente é a identificação desta forma de intervenção com o controle abstrato. MELLO (1968, p. 189) qualifica com clareza: "O procurador agia *a priori*, junto à Corte Suprema, nos casos de ofensa à princípios constitucionais da Federação pelos Estados. [...] estávamos nos prolegômenos da ação direta." Esta intervenção se assemelhava muito ao controle abstrato Kelseniano aplicado na Áustria.

Tão patente esta semelhança que se aplicou outro ideal fundamental exposto pelo doutrinador: a redução do número de membros da Corte, de 15 para 11. Para Kelsen (apud MORAES, 2000, p. 293) "o número de membros do tribunal não deve ser muito elevado, pois devem cumprir uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição".

Outra inovação positiva que restou até a atualidade foi necessidade de conjugar a atuação do legislativo – materializado no Senado – com a da Corte Constitucional, quando da retirada da Lei inconstitucional do sistema. Segundo o art. 91 da Carta de 1934, julgada a intervenção, caberia ao Senado a retirada do ordenamento jurídico o ato ou lei dita inconstitucional. Tal medida buscava dar mais segurança ao sistema constitucional, visto que o ato complexo revestia-se de maior rigor e propiciava mais oportunidades de apreciação da lide. Medida remanescente de similar importância, para MELLO (1968, p. 188), está na necessidade de quorum privilegiado para a declaração da inconstitucionalidade, como medida de prudência, à vista da delicadeza do assunto.

³ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao34.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Desconsiderando-se certas frivolidades, como a alteração do nome do STF para Corte Suprema pelo art. 9º de suas disposições transitórias da CF de 1934, conclui-se que este diploma legal lançou o complemento fundamental para a efetividade do modelo pátrio, materializado na conjugação dos modelos americano e Austríaco de jurisdição constitucional. Paulo Bonavides (apud MORAES, 2000, p. 213) comenta: “Os historiadores constitucionais quase todos coincidem em assinalar a importância da Constituição de 1934 como um expressivo marco na progressão do país rumo a um controle direto de constitucionalidade”.

Somente com a Constituição de 1946 houve alteração no sistema da Jurisdição Constitucional Brasileira, fixando de vez o controle abstrato no modelo nacional. No caso, pela expansão da capacidade postulatória do Procurador Geral da República em incidentes passíveis de controle. Assim prescreve o art. 8º da Constituição de 1946:

Art 8º - A intervenção será decretada por Lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.⁴

Nesta nova Constituição, o rol de casos de intervenção – e possível controle – foi ampliado em relação às Constituições anteriores. Complementando este posicionamento, a Lei nº 2.271/1974 veio regular o processamento da intervenção, resultando na situação exposta por MELLO (1968, p. 193):

Daí em diante passamos a ter dois caminhos a seguir: um, o convencional, no qual o problema, surgido como incidente no processo, tem seu desenvolvimento e desfecho na via judicial normal, da primeira à Superior Instância; o outro, da ação direta, [...] visando desde logo o ponto constitucional, por meio do Procurador Geral da República, na sua condição de representante da sociedade.

Por seu turno, a Constituição de 1988, no dizer de MORAES (2000, p. 214):

Ampliou a jurisdição constitucional do STF, prevendo a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e argüição de descumprimento de preceito fundamental. Por fim, a Emenda

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao46.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Constitucional nº 3 [de 17 de Março de 1993] incorporou ao nosso ordenamento jurídico a ação declaratória de constitucionalidade.

No cenário constitucional atual, detém o STF poder real de guarda da Constituição. O art. 102 define sua competência tanto no controle concentrado quanto no difuso. O inciso I, alíneas "a", "p" e "q", cumulado com os §§ 1º d 2º, define sua competência de controle concentrado⁵:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) 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;

[...]

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

[...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Por seu turno, o Inciso III, alíneas "a" a "d", cumulados com o § 3º definem sua competência em controle difuso⁶:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%27ao.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

⁶ Idem.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

As leis nº 11.417 e 11.418, ambas de 2006, somaram as últimas – e mais controversas – características da Jurisdição Constitucional pátria, a súmula vinculante e a necessidade de questão constitucional para o processamento do Recurso Extraordinário.

A primeira, criação nacional que retoma ingredientes do modelo estadunidense, introduz, ainda que de forma mitigada, o conceito de *stare decisis* no ordenamento pátrio, restrito à matéria sumulada pelo STF. A segunda incorpora ao ordenamento nacional medida semelhante à da Lei Constitucional austríaca de 7-12-1929, onde, segundo MORAES (2000, p. 127), “qualquer tribunal chamado a resolver um caso em segunda instância possa deixar de aplicar uma lei que entenda inconstitucional, remetendo a questão constitucional ao Tribunal Constitucional”. Tais atributos serão analisados mais adiante no trabalho. Agora, passa-se a classificação do STF pelos critérios aduzidos.

3.2 Atributos e classificação

O constitucionalismo brasileiro, *strictu sensu*, pelos critérios propostos, não se enquadra em nenhum dos conceitos enunciados por CANOTILHO: não pode ter sua evolução vista pelo prisma Historicista tanto pela juventude do país quanto pelo nosso avesso ímpeto de querer que as leis alterem a realidade social, não que a reflitam. Não seria Individualista, porque todas as transições constitucionais sempre se realizaram de forma pacífica, com as subseqüentes Constituições adicionando modificações tímidas ao ordenamento jurídico, ao invés de modificá-lo

abruptamente; tão pouco Estadualista, meio termo entre os dois anteriores, visto não portar características dos dois modelos supracitados.

Todavia, *latu sensu*, considerando-se a massiva quantidade de alterações ocasionadas pela Magna Carta de 1988, quando comparada com suas antecessoras, pode-se dizer que o Brasil trilha um caminho pendendo para um paradigma individualista, onde o garantivismo legal e as constantes reformas representam um rompimento, ainda que sutil, suficientemente capaz de ser considerado um salto legislativo em relação às realidades anteriores, minimamente evocando o individualismo francês.

Pelos prismas classificatórios, o atributo organizacional compreende um modelo unitário, porque o Supremo Tribunal Federal, mesmo considerada sua natureza de órgão específico para julgamento de questões constitucionais e sua competência de controle abstrato, não obsta o exercício do controle por seus órgãos inferiores. Antes, os revisa, aos mesmos moldes da Corte Suprema estadunidense.

O art. 92, I, CF, não deixa dúvidas ao enunciar que o STF integra o Judiciário nacional. Logo, o atributo sujeito de controle recebe o valor órgão de natureza jurisdicional, e realizador de controle difuso e concentrado, por mesclar institutos dos modelos americano e austríaco. Quanto aos meios de controle, acaba, pelo exposto, adotando os dois meios: via incidental para o controle difuso pelo recurso extraordinário e via principal para as ações de controle concentrado.

Quanto ao prisma temporal, todas as formas de controle permitidas ao STF apresentam-se sucessivas, devendo a lei estar em vigor para ser passível de controle, concreto ou abstrato. O prisma da legitimidade ativa apresenta valor dúplice, sendo em sede de recurso extraordinário a legitimidade universal, enquanto que nas ações diretas passa a ser restrita ao rol previsto no art. 103, CF/88.

Quanto aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, segundo MORAES (2000, p. 284-285) dependerão do tipo de controle, onde no difuso, serão particulares e retroativos, podendo tornar-se gerais e prospectivos se o Senado realizar a hipótese do art. 52, X, CF/88; e no concentrado, serão gerais e retroativos.

Em face desta reunião única de atributos, o modelo do órgão pela classificação de MELLO (1968, p. 77) recai sob categoria especial, por não existir forma similar de exercício da jurisdição constitucional no direito comparado. É neste caráter especial da jurisdição constitucional pátria que se encontra a problemática a ser analisada mais abaixo: se esta justaposição de modelos de jurisdição constitucional consegue ter o condão de dar o ao STF status de corte constitucional. Concluindo, expõe-se a seguinte tabela sumarizando o conteúdo visto.

Tabela 5 - Levantamento dos atributos do Supremo Tribunal Federal.

Conceito de Constituição	Individualista	
Prismas classificatórios	Atributos	
Organizacional	Modelo unitário	
Sujeitos de controle	Controle de natureza jurisdicional (controle difuso e concentrado)	
Meios de controle	Via incidental (acessória)	Via principal (autônoma)
Temporal	Controle sucessivo	
Legitimidade ativa	Universal (REX)	Restrita (ADIn, ADPF, ADDeC)
Efeitos	Particulares (<i>inter partes</i>)	Retroativos (<i>ex tunc</i>)
	Gerais (<i>erga omnes</i>)	Prospectivos (<i>ex nunc</i>)
Modelos de órgão	Órgão Especial	

Após esta exposição, passa-se agora à problemática da atuação do STF no ordenamento jurídico nacional.

3.3 Problemática da atuação do STF no paradigma constitucional nacional

O maior entrave na execução das leis e atos abstratos encontra-se na sua correspondência com as possibilidades oferecidas pela realidade fática. Por vezes, problemáticas surgem do descompasso entre o que se planejou, em tese, com o que se pode executar, em abstrato. Isso porque há a esperança que a técnica legislativa

tenha o poder de modificar a realidade, pela mera imposição da lei. Este é um dos motivos de existirem no Brasil leis sem efetividade.

Ao se compararem as atribuições do STF com o engessamento do Judiciário, percebe-se que tal não deveria acontecer, visto que a previsão legal é de que a justiça constitucional fosse efetiva. Uma vez que não se demonstra como tal, cumpre analisar onde resta o descompasso entre o real e o programado. Dalmo de Abreu Dallari, prefaciando livro de MORAES (2000, p. 16), bem expõe a problemática que ora se pretende demonstrar, ao pontuar:

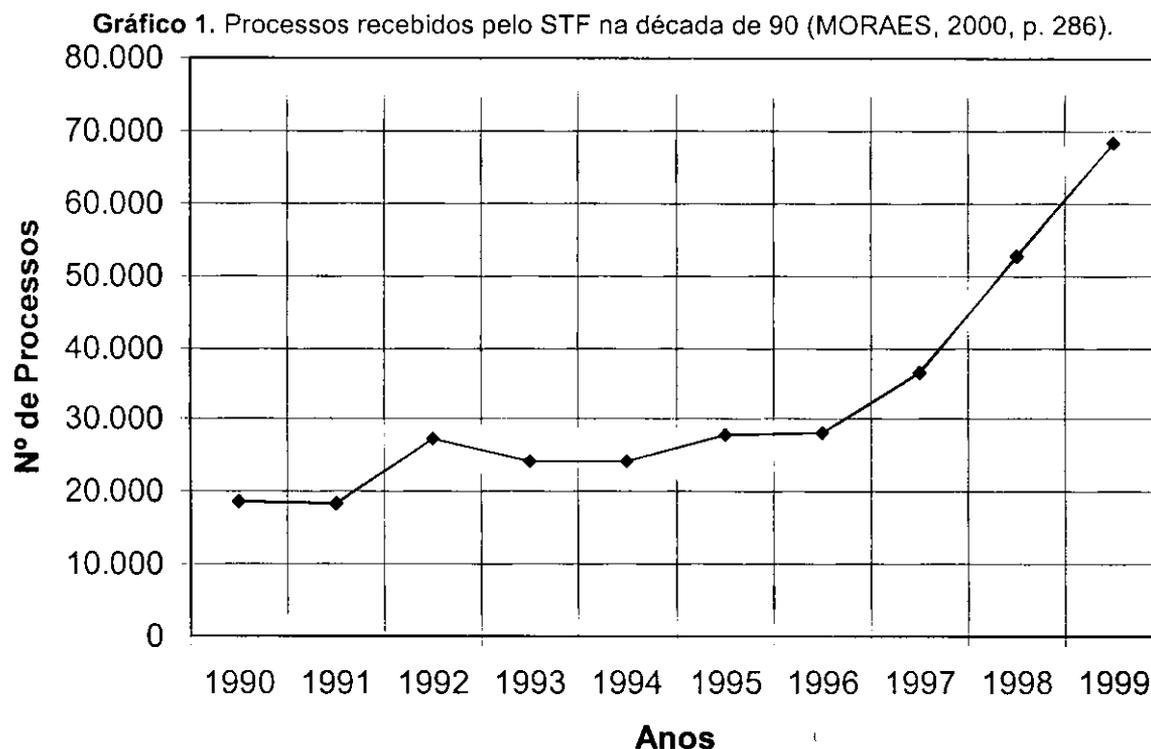
Um esclarecimento importante que se pode acrescentar ao minucioso estudo de Alexandre de Moraes é que no momento em que estava sendo elaborada a atual Constituição brasileira chegou a ser cogitada a criação de um Tribunal Constitucional. O Supremo Tribunal Federal manifestou, desde logo, uma forte resistência, tendo-se argumentado com o respeito à tradição histórica e seu significado político, uma vez que o Supremo Tribunal foi criado com a República, considerando-se parte necessária do sistema republicano brasileiro. A par disso, alegou-se que o Supremo Tribunal Federal ficaria seriamente esvaziado se tivesse apenas a função de tribunal constitucional, o que explica, em grande parte, o excesso de trabalho de que hoje se queixam os seus membros e que tem muito a ver com o acúmulo de atribuições. [grifos nossos]

Nesta postura do STF de 1988 se manifesta o maior problema do Supremo atual, e, por conseguinte, da jurisdição constitucional nacional: o acúmulo de funções. Ao não ceder sua competência de controle difuso a outro órgão, o STF de 1988 deu azo à parte do engessamento do judiciário atual. O massivo manejo de Recursos Extraordinários e o efeito meramente casuístico dos acórdãos prolatados nestas espécies fizeram com que o órgão se tornasse um “terceiro grau” de jurisdição, afunilando para si milhares de recursos oriundos de todo o país.

Adicione-se à análise a continentalidade das dimensões nacionais e a cultura litigante pátria e se terá um quadro acurado do atraso do Judiciário do Brasil. MORAES (2000, p. 286) já asseverava neste sentido:

A análise [...] demonstra claramente que o STF, embora possua as típicas competências dos Tribunais Constitucionais europeus, deles distancio-se por constituir-se, também, na última instância da jurisdição ordinária brasileira. Este distanciamento reflete-se na sua realidade processual [...]. Há portanto, necessidade de urgente alteração dessa situação, possibilitando-se que o STF possa exercer tão-somente as funções precípua de uma Corte de Constitucionalidade [...]

Complementando, o referido autor (2000, p. 286) trás dados sobre o número de processos apresentados ao STF na década passada, sintetizados na seguinte tabela como meio de demonstrar seu atroz aumento:



Do exposto percebe-se o volume crescente de processos apresentados ao STF na última década. Tal situação põe em xeque sua atuação como tribunal constitucional, haja vista a quase totalidade de seus julgados resumirem-se em repetições *interpartes* dos mesmos decisórios. Desta forma, se gastam tempo e recursos públicos em questões constitucionais menores, ao invés de restringir-se à celeumas mais impactantes para o paradigma constitucional atual.

Agrava esta situação a existência de outro órgão de cúpula, o Superior Tribunal de Justiça, que deveria, em tese, dividir com o Supremo as atribuições, porque, embora lhe seja hierarquicamente inferior, ainda sim se apresenta como órgão de superposição Estatal. MEDINA (2004, p. 229) assevera sobre o STJ:

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição de 1988, resultando sua instituição de antigos estudos e longos debates, dos quais emerge como forma de repartir com o Supremo Tribunal Federal a competência para julgar recursos extraordinários, de tal modo que à Corte

Suprema ficasse reservados apenas os recursos dessa natureza fundados em matéria constitucional.

Entretanto, ao invés de compartilhar essas competências, o STJ acabou com um quadro de atribuições bastante mitigado, quando comparado com a do Supremo. E a partir do momento em que as competências ordinárias do STF sobrepõem-se às suas competências de Corte Constitucional, questiona-se sua atuação, se ainda seria Corte Constitucional.

Analisando o modelo encerrado no STF, percebe-se que formalmente é órgão exemplar. Além de prever formas diversas de controle, hipóteses de Ação Direta, Recurso Extraordinário e medidas restritivas ou abrangentes de acesso à jurisdição, de modo a poder se proclamar sobre a constitucionalidade ou não do que se contesta. Deste ponto de vista, conclui-se que não só é uma Corte Constitucional, como também das mais avançadas, por conjugar hipóteses de controle e conseguir manter certa ordem no sistema Constitucional.

Materialmente, porém, o modelo nacional é inconsistente, por não poder efetivamente distribuir a justiça constitucional que se propõe. Antes, obsta esta distribuição, na medida em que investe seus 11 ministros de competências excessivas, adotando inconsequentemente partes de modelos de jurisdição antagônicos e esperando que o resultado funcione.

Resulta que nem o modelo funciona, nem permite alternativas que viabilizem seu funcionamento; prefere tentar diminuir o volume de processos através de soluções paliativas, criadas sem levar em consideração a realidade jurídica brasileira. Considera melhor conjugar um arremedo de *stare decisis* com questão constitucional austríaca do que compartilhar competências e viabilizar a celeridade e efetividade processual, que são princípios constitucionais.

Outro problema reside na justaposição de métodos de controle. Estes não convivem harmoniosamente, porque são adotados de forma incompleta. Na verdade, cada método só funciona porque sistemicamente integrados a sua realidade nativa, onde as competências de controle são contrabalanceadas com restrições, seja de acesso à jurisdição, seja na abrangência do poder do Tribunal.

Por exemplo, o modelo americano limita-se ao controle exclusivamente difuso, com todo o arcabouço judiciário organizado para este fim. Já no modelo austríaco o controle é direto e abstrato, restrito apenas à Corte Constitucional. Em razão desta opção, todas as suas sentenças têm efeito vinculante. O controle difuso somente foi adicionado ao sistema quando condicionado a critérios restritivos, fazendo com que o integrasse com alterações mínimas.

No modelo nacional, vê-se no STF mero acúmulo de competências, avocando-as sem analisar a efetividade de sua adoção para a realização da Jurisdição Constitucional no Brasil. Por esta razão indaga-se se este órgão exerce realmente jurisdição constitucional ou apenas um arremedo desta.

Tal justaposição resulta diretamente da lenta síntese histórica da Jurisdição Constitucional no Brasil: tal qual Equidna⁷, o legislador pátrio gerou uma verdadeira quimera como modelo de Jurisdição Constitucional, pela simples agregação casuística de elementos. Primeiro, havia apenas um controle difuso, copiado do modelo americano; após, adicionou-se um controle direto austríaco, porque somente o controle difuso não estava realizando a justiça constitucional. Entretanto, ainda assim não diminuiu o problema da constitucionalidade. Antes, a cada adição, assoberba-se ainda mais o Supremo.

Diante deste quadro, interessante notar que a atual orientação do Supremo é exatamente oposta à sua orientação em 1988: Com o advento das leis nº 11.417 e 11.418, o STF tenta se aproximar do que antes rejeitou, de seu papel como exclusiva Corte Constitucional. A Súmula Vinculante e a necessidade de Questão Constitucional para provimento de recurso extraordinário ventilam esta hipótese, embora gerem mais polêmicas do que soluções efetivas.

⁷ De acordo com a versão mais difundida da lenda, a quimera era um monstruoso produto da união entre Equidna - metade mulher, metade serpente - e o gigantesco Tífon. [...] Habitualmente era descrita com cabeça de leão, torso de cabra e parte posterior de dragão ou serpente. [...] A representação plástica mais freqüente da quimera era a de um leão com uma cabeça de cabra em sua espádua. [...] Em linguagem popular, o termo quimera alude a qualquer composição fantástica, absurda ou monstruosa, constituída de elementos disparatados ou incongruentes. [grifos nossos]. Disponível em: <<http://www.nomismatike.hpg.ig.com.br/Mitologia/Quimera.html>>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Em sede do exposto, é de se sugerir as seguintes alterações nos quadro de competências do órgão. Primeiramente, que este alie a Súmula Vinculante e a necessidade de Questão Constitucional a uma transferência de competências de controle difuso para o derradeiro Tribunal Federal da Constituição atual, o Superior Tribunal de Justiça. Deve se restringir o STF apenas às suas competências de controle concentrado, definidas no art. 102 , inciso I, alíneas "a", "p" e "q", cumulado com os §§ 1º e 2º.

As demais competências devem ser assumidas pelo STJ, por ser órgão cuja composição e previsão originária constitucional o melhor aparelharam para analisar estas questões. Segundo, devem ser fundidos os Recursos Extraordinário e Especial, de modo que todas as questões incidentais, mesmo em sede de matéria Constitucional, sejam decididas pelo STJ. Assim, cumprir-se-ia o intento original do Constituinte de 1988, no sentido de ter dois órgãos de superposição do judiciário, um realizando controle estritamente difuso e outro estritamente concentrado.

Somente desta maneira a Jurisdição Constitucional pátria poderia fundir perfeitamente os modelos americano e austríaco, fazendo-os coexistir no ordenamento nacional sem mais incongruências sistêmicas, através da separação em órgãos diferentes, cada um realizando um modelo de jurisdição. Além do que, finalmente o STF teria meios de efetivar com mais propriedade o controle concentrado, visto ser órgão cujas características, por se aproximarem do modelo Kelseniano em sua formação e organização, apontam neste sentido.

Por último, em relação à composição dos órgãos, STJ e STF, esta devem sofrer pequenos ajustes, porque, o que foi observado é que o melhor modo de provimento dos cargos para estes seria um modelo francês mitigado, adaptados à realidade nacional. No caso, um terço dos membros de cada órgão seria nomeado pelo executivo, outro terço pelo legislativo e o último terço pelo judiciário, conforme o modelo francês. Entretanto, não existiria a figura dos membros vitalícios e o mandato de cada ministro teria a duração de nove anos. Assim, o pluralismo na composição dos órgãos de cúpula seria melhor efetivado.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, percebeu-se que a Jurisdição Constitucional nasceu pela necessidade dos povos em manter certa estabilidade social para que seu ordenamento jurídico prosperasse. Tal posição mostrou-se acertada, porque o que se demonstrou foi a rápida ascensão de países cujo ambiente normativo apresentava-se estável, pelo reconhecimento, constitucional ou não, de valores fundamentais pétreos como necessários a este desenvolvimento. Esses exemplos findaram por ser copiados por todos os outros países, que também alcançaram significativa evolução através da organização de um Estado de Direito, alicerçado em uma Constituição baseada em moldes democráticos.

Entretanto, na seara da execução das diretrizes constitucionais na ordem cotidiana, constatou-se que havia certa ingerência dos poderes constituídos no sentido de mitigar ou modificar o texto constitucional, retirando-lhes efetividade quando lhes fosse conveniente. Ou então simplesmente não aplicando o previsto à realidade consensual, tornando os comandos constitucionais meramente alegóricos.

Da indignação quanto a este estado de coisas surgiu a jurisdição constitucional, para salvaguardar os ideais do poder constituinte originário, expressos na Constituição, do assalto sistêmico do poder constituinte reformador.

Assim, tal jurisdição agiria como um filtro, somente permitindo a alteração constitucional quando tal se mostrar necessária, em vista da realidade do Estado. Ou seja, é jurisdição criada para manter ao máximo a pureza sistêmica do ordenamento jurídico, a partir de sua cúpula, irradiando sua influência por todo o Estado, de modo a realizar a pretendida segurança das relações jurídicas e devida defesa dos direitos ditos fundamentais.

Das experiências empíricas surgiu um rol mínimo de atributos sem os quais não poderia ser eficaz um órgão com fito de realizar tal jurisdição. Também pelo empirismo notaram-se três grandes correntes de jurisdição constitucional, sendo as

demais apenas implementações mistas dos conceitos destas: o modelo americano de controle difuso, o modelo francês de controle preventivo e político e o modelo austríaco de controle concentrado.

No Brasil, *ab initio*, aplicou-se literalmente o modelo americano. Conforme as constituições se sucederam, foram adicionados elementos do controle austríaco, até que finalmente, na Constituição atual, há uma justaposição destes dois modelos: um controle difuso realizado pelo Judiciário encabeçado pelo STF e um controle concentrado bastante diversificado, com vários instrumentos e possibilidades de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo.

Tal justaposição, quando analisada pelo prisma formal, teria o condão de alçar o STF ao grupo das Cortes Constitucionais, em virtude da riqueza procedimental ostentada pelo órgão. Entretanto, o percebido materialmente é que o Supremo encontra dificuldades enormes na distribuição efetiva da justiça constitucional, seu mister, em razão justamente desta mesma riqueza, que o levou a um acúmulo desnecessário de funções. Esta acumulação, majorada pela atual Constituição, faz do Supremo órgão extremamente ineficaz em sua missão, dada a morosidade causada pela crescente fila de processos que seus onze ministros têm que julgar anualmente.

Mesmo lançando mão de institutos assemelhados aos de direito comparado, com a Súmula Vinculante e a necessidade de demonstração de questão constitucional para o provimento do Recurso Extraordinário, percebeu-se que tais medidas constituem-se como meros paliativos, por tentarem resolver o problema por seu fim, não pela sua origem. Na verdade, maiores avanços seriam realizados pelo STF se conseguisse compartilhar suas competências de controle difuso com o STJ, ou então tornasse *erga omnes* todas as suas decisões, não apenas o sumulado.

Assim, para que o Supremo possa distribuir Justiça Constitucional, faz-se necessário que este restrinja suas competências às estritamente constitucionais, cedendo as demais a outros órgãos de cúpula ou então que seus decisórios possam alcançar grande universo de processos de uma vez. Destas opções, tem-se a

primeira como mais viável, especialmente por admitir o Supremo a hipótese de modificação de sua competência, conforme posicionamento doutrinário.

Isto se dá pelas proposições analisadas, percebendo-se que o maior entrave à efetividade do Supremo está nas suas competência de instância última recursal. Dadas as proporções do Brasil, atribuir a um último Tribunal essa missão tem conseqüências nefandas. Por isso é que se propôs, ao tempo da feitura da Carta de 88 a passagem destas competências ordinárias para outro órgão e conseqüente restrição do supremo à questões constitucionais gerais. Ironicamente, todas as medidas tomadas na atualidade pelo STF buscam esse posicionamento.

Portanto, a resposta à problemática não poderia ser outra, senão ser o Supremo Tribunal Federal uma Corte Constitucional apenas formalmente, posto que não realiza com presteza sua principal função, a distribuição efetiva e célere da Jurisdição Constitucional. O caráter político e universal desta somente agrava a situação, porque as medidas as quais realmente precisariam da tutela do Supremo não podem esperar pela burocracia processual atual.

Desta forma, pode-se seguramente afirmar que enquanto o STF continuar a acumular funções, continuará afundando na areia movediça da morosidade. Somente quando este se voltar às suas funções básicas é que poderá almejar alçar-se por completo ao mesmo patamar das verdadeiras Cortes Constitucionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

Constituição da Áustria de 1920. Disponível em:
<<http://www.direito.adv.br/constituicoes/const-austria.zip>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao34.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.>.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao91.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em:
<<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao46.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Constituição Francesa de 1946. Disponível em:
<http://www.geocities.com/iturks/html/french_constitutions.html>. Acesso em: 15 Mai 2007.

Constituição Francesa de 1958. Disponível em:
<<http://www.artnet.com.br/~lgm/constfran.doc>>. Acesso em: 15 Mai 2007.

Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20E7ao24.htm>. Acesso em: 30 Mai 2007.

Declaração dos Direitos dos Cidadãos - Wikipédia. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_dos_Cidad%C3%A3os>. Acesso em: 20 Abr 2007.

FindLaw for Legal Professionals – Case Law, Federal and State Resources, Forms, and Code. Disponível em:
<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=219&page=346>>. Acesso em 20 Abr 2007.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JONES, John Paul. *A Suprema Corte: Uma Instituição Singular*. eJournalUSA: Questões de democracia. Abril de 2005. Disponível em:
<<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/jones.htm>>. Acesso em 15 mai 2007.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *Histórico do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em:
<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/011106.pdf>>. Acesso em: 20 Abr 2007.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais; Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

Petition of rights. Disponível em:
<http://www.thevickerage.worldonline.co.uk/ecivil/petition_of_right.htm>. Acesso em
20 Abr 2007.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. *SISTEMAS E ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO COMPARADO*. Disponível em:
<http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=1876&>. Acesso em: 20
Abr 2007.

Quimera. Disponível em:
<<http://www.nomismatike.hpg.ig.com.br/Mitologia/Quimera.html>>. Acesso em: 30 Mai
2007.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*.
2 ed. Rio de Janeiro: Editora civilização brasileira, 1992.

Rules of the Supreme Court. Disponível em:
<<http://www.supremecourtus.gov/ctrules/rulesofthecourt.pdf>>. Acesso em: 15 Mai
2007.