
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE COMPARADA DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*CONSTITUTIONAL JURISDICTION AS GARANTY TO
PROTECT FUNDAMENTAL RIGHTS: A COMPARATIVE
ANALYSIS ABOUT THE CONSTITUTIONAL REVIEW
SYSTEMS*

Lia Beatriz Carvalho Bertolini

Procuradora Federal

Em exercício na Procuradoria Seccional Federal em Cascavel-PR

Especialista em Direito Público e em Direito Processual Civil

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do constitucionalismo; 2 Supremacia constitucional; 3 Controle de constitucionalidade; 3.1 Modelo difuso de controle; 3.2 Modelo concentrado e Cortes Constitucionais; 3.3 Modelo de controle construído no Brasil; 4 Jurisdição constitucional; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo propõe uma análise histórica da evolução do constitucionalismo para compreensão da supremacia da Constituição como pressuposto para criação dos modelos de controle de constitucionalidade. Em relação aos modelos, o artigo realiza breve exame do surgimento do modelo difuso e do modelo concentrado de controle, e do contexto histórico que diferencia os dois sistemas de controle. Ainda, o artigo avalia o modelo híbrido construído no Brasil, seus pressupostos e aplicação. Por fim, o trabalho propõe uma análise crítica da jurisdição constitucional como mecanismo de garantia da democracia e meio de consecução dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Supremacia constitucional. Sistemas de controle de constitucionalidade. Cortes Constitucionais. Jurisdição constitucional.

ABSTRACT: This study proposes an analysis about the historical evolution of constitutionalism, in order to understand the Constitutional supremacy as a condition to the emergence of the constitutional review systems. About these models, the article carry out a brief overview of the appearance of the spread and the centralized systems of control, with the historical background that differs them. Still, the article evaluates the model constructed in Brazil, its postulates and operation. Finally, this work proposes a critical analysis about the constitutional jurisdiction as a mechanism to improve assurance for the democracy and the fundamental rights.

KEYWORDS: Constitutionalism. Constitutional Supremacy. Constitutional Review Systems. Constitutional Courts. Constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Para um ser humano que espera viver pouco menos de uma centena de anos e se depara com a história registrada pela humanidade de alguns milênios, não é de estranhar a característica curiosa que tem os acontecimentos históricos, de ganhar mais clareza e novos contornos quanto mais antigos se tornam.

O Brasil vive hoje um desses momentos históricos em que talvez só o tempo seja capaz de expor os erros e acertos daqueles que técnica ou politicamente tem o poder – e o exercem – para manter ou alterar o domínio de determinados grupos políticos no país. Nos últimos acontecimentos incluem-se o *impeachment* da presidente da República, a cassação do presidente da Câmara dos Deputados Federal, além de diversos processos e operações policiais voltados a desvendar esquemas de corrupção que obrigam o Poder Judiciário a exercer medidas de controle sobre diversos setores da sociedade, mas especialmente sobre os demais poderes que compõem o Estado, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Desses fatos, retiram-se algumas constatações acerca dos polos de poder existentes no Brasil hoje: um Poder Legislativo forte e claramente consciente de suas atribuições de controle e fiscalização, uma mídia ciente de seu poder de construir e desconstruir imagens e opiniões, e um Poder Judiciário muito ativo e, em certa medida, protagonista no desenrolar dos eventos.

No cenário mundial, a crise vivenciada atualmente vai além de problemas políticos e econômicos, como a saída do Reino Unido da União Europeia, e atinge ainda mais diretamente o ser humano, como aconteceu com os atentados terroristas sofridos em várias partes do ocidente e com os fluxos migratórios de populações em zonas de conflito para Europa, que desafiam nosso direito, de raiz romano-germânica ocidental, a encontrar caminhos e soluções para garantir a proteção dos direitos humanos. Na mesma vertente, o mundo globalizado e de informações imediatas como o que se apresenta, inclui debates multiculturais e religiosos, especialmente considerando o avanço da população muçulmana, impondo ao direito repensar o caráter hegemônico de institutos como a democracia e a liberdade de expressão, entre outros que garantem o exercício dos direitos fundamentais como compreendidos pela sociedade ocidental em geral.

Nesse contexto, se por um lado apenas o passar do tempo poderá revelar os erros e acertos dos grupos que dividem esse momento histórico, de outra banda é nosso dever, como juristas, analisar tecnicamente esses acontecimentos.

É nesse tom que cabe a advertência realizada pelo professor San Tiago DANTAS, em sua aula inaugural da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, em 1955: “[...] nada falseia mais o espírito jurídico [...] que

a convicção [...] de que a vida social deve ajustar-se aos conhecimentos jurídicos, em vez de se adequarem estes àquela.”¹

É com essa perspectiva histórica que o presente estudo intende analisar a importância do Direito Constitucional e do sistema de controle de constitucionalidade para a consecução dos direitos fundamentais. Compreender o Estado constitucional contemporâneo e como este é marcado pela amplitude da jurisdição constitucional, pela judicialização de questões sociais, morais e políticas, que atribui ao Poder Judiciário um papel central e, muitas vezes, hegemônico na solução de questões afetas a toda população, é fundamental.

Para tanto, a evolução do Estado e sua constitucionalização serão analisadas a partir da importância da supremacia da constituição na democracia, da análise comparada dos sistemas de controle de constitucionalidade, em especial os modelos americanos e europeu continental, que inspiraram o sistema brasileiro, e da importância desse controle na consecução dos direitos fundamentais.

1 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Para compreender como a supremacia da Constituição se apresenta nos sistemas jurídicos contemporâneos como pressuposto para a concretização dos direitos fundamentais e como interfere no modelo de controle de constitucionalidade adotado, é necessário abordar a evolução histórica do que hoje se compreende por constitucionalismo.

E porque o direito é criação do homem, ser fundamentalmente histórico, produto do desenrolar de eventos que resultam na era que vivencia, a análise jurídica do Estado a partir da Constituição e do sistemas e mecanismos criados para consecução dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pela compreensão da história que resultou no paradigma² atual.

Não é por outro motivo que o professor Ricardo Marcelo FONSECA explica que:

O direito, como tudo e todos, está inserido no tempo. Como ocorre no âmbito social, cada elemento do âmbito jurídico está imerso em condições que não podem se desprender de sua história. Só se compreende o direito de modo efetivo quando se lhe conecta com o que nos antecedeu e com o que herdamos do passado. Nada, afinal,

1 DANTAS, San Tiago. *Palavras de um professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

2 Paradigma no sentido cunhado por Thomas Kuhn, como conjunto de ideias que norteiam uma determinada comunidade científica naquele espaço de tempo. (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*, 3. ed. São Paulo, Perspectiva, 1992)

tem sua existência destacada das condições históricas que produzem nosso presente.³

Da antiguidade clássica ao Estado moderno, o termo “constituição” no sentido de configuração do poder, de organização e funcionamento das sociedades políticas, sempre esteve presente. Entretanto, é com as revoluções liberais, ocorridas há pouco mais de duzentos anos, com destaque para os processos revolucionários francês e americano, que o constitucionalismo ganha o sentido moderno conhecido, com forma e conteúdo específicos. Mais que um caráter descritivo das instituições do Estado, na perspectiva moderna e liberal a Constituição passa a ter a função de influenciar todo o ordenamento jurídico.⁴

Essa modificação paradigmática é sintetizada pelo professor Luís Roberto BARROSO do seguinte modo:

Sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como *constitucionalização do Direito*, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o penal e o processual.⁵

Com isso, a superioridade da Constituição subordina os poderes por ela constituídos e é garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. Outrossim, a Constituição, ao prever uma gama de direitos fundamentais autoaplicáveis, também absorve valores morais e políticos da sociedade da qual exsurge, cujo poder, derivado do povo, é manifestado pela atuação ordinária de seus representantes. Esse movimento histórico, que envolve também uma tensão entre constitucionalismo e democracia, tendo em vista o poder atribuído à jurisdição constitucional,

3 FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 05.

4 Nessa linha, BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

5 *Ibidem*, p. 110-111.

a quem cabe a última palavra na interpretação da Constituição, em contraponto ao poder eleito pelas maiorias democráticas, é denominado neoconstitucionalismo.⁶

Com esse enfoque histórico do constitucionalismo é possível compreender em que medida a supremacia da constituição é pressuposto para a realização do controle de constitucionalidade.

2 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição representa a construção da relação entre Estado e sociedade. Essencialmente marcada pelo momento político-sócio-econômico pelo qual perpassa o Estado na qual é gerada, a Constituição traduz os princípios mais caros a um dado grupo social, a partir da regulamentação do exercício do poder e das diretrizes a serem adotadas pelo Estado, de modo a garantir a coexistência de interesses plurais.⁷

A ideia de supremacia constitucional impõe que todo o sistema jurídico seja interpretado e aplicado à luz da Constituição, na linha do constitucionalismo explicado no tópico anterior. Para garantir essa supremacia, todo ato – seja ele jurisdicional, administrativo ou legislativo – passa por uma fiscalização da constitucionalidade, a fim de avaliar se a interpretação/aplicação do direito nele contido respeita a lei fundamental. Isso porque “o acto constituinte [...] pretende também, e a título principal, comandar e condicionar o futuro e designadamente a produção jurídica futura”⁸, de modo que os atos posteriores à Constituição passam pelo crivo constitucional para serem considerados existentes e válidos no sistema jurídico.

O professor Giovanni GUZZETTA, ao tratar da constitucionalização do direito europeu, explica que o sentido substancial da Constituição determina o campo de ação e os limites do direito constituído, de modo que as transformações e alterações do sistema devem respeitar essa baliza, sob pena de modificar a própria essência da norma constitucional.⁹ Nessa linha, esclarece o professor:

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

7 Conceito de Constituição criado por HESSE a partir da integração de diversas teorias. Para o autor, a Constituição resume-se na ordem jurídica fundamental de uma dada comunidade, que a partir de mecanismos de resolução e regulação de conflitos permite a convivência de diferentes opiniões e interesses numa mesma sociedade. (HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*, p. 4. Apud BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Op. cit., p. 64-65)

8 GALVÃO TELES, Miguel. *Temporalidade jurídica e constituição. 20 anos da Constituição de 1976*. Disponível em: <<http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/335.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016. p. 45.

9 GUZZETTA, Giovanni. *La contaminazione costituzionale del diritto europeo: interrogativi su un ordinamento in divenire*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 47-48.

Posta questa premessa, la Costituzione rappresenta il confine sul quale la sovranità, manifestatasi attraverso il potere costituente, separa, per così dire, ciò che è assoluto da ciò che è, ormai, costituito. La Costituzione, in quest'ottica, esprime il precipitato storico della sovranità, il compimento di una scelta che dà vita ad una specifica legalità costituzionale.¹⁰

Assim, “a garantia da constitucionalidade [...] afere-se perante cada comportamento de órgãos do poder político ou, mediamente, perante cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição; e significa que nesta relação ou situação prevalece a norma constitucional que sobre ela incide...”¹¹ É nessa linha que o controle de constitucionalidade surge como meio de garantir a própria supremacia da Constituição.

CANOTILHO explica que a garantia da constitucionalidade é exigência para que a própria Constituição – e, assim, o Estado constitucional democrático – exista como tal, e que para tanto devem ser utilizadas estruturas de garantia e *controle*, nos seguintes termos:

A defesa da constituição pressupõe a existência de *garantias* da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. [...] Globalmente consideradas, as garantias de existência da constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à constituição; (2) na existência de competências de *controle*, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da constituição.¹²

O controle de constitucionalidade pode ser realizado por órgão de natureza política ou judicial, em momento prévio (controle preventivo, que tem como exemplos a análise das comissões de constituição e justiça nas casas legislativas, e ainda o veto ou a aprovação do projeto pelo Poder Executivo) ao da publicação da lei ou em momento posterior (controle repressivo, via de regra desempenhado pelo Poder Judiciário).

Esclarecidos esses pressupostos, é possível compreender como foi construído o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade judicial repressivo.

10 GUZZETTA, G. Op. cit., p. 47.

11 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 495.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 953-954.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Com base nas premissas acerca do contexto histórico do constitucionalismo e da supremacia constitucional, é possível dissecar o tema do controle de constitucionalidade e do sistema construído no direito brasileiro, para então compreender qual o papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito.

“Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle.”¹³ Ainda que aparentemente divergentes, as duas sistemáticas de controle deram, ainda, origem a modelos mistos, com a combinação de elementos dos dois sistemas, tais como o controle adotado no Brasil e em Portugal.

3.1 MODELO DIFUSO DE CONTROLE

As origens históricas do controle de constitucionalidade remontam ao direito norte americano, antes ainda do célebre julgamento do processo *Marbury v. Madison*, como uma prática da colônia iniciada previamente à independência e à Constituição de 1789, para avaliar a aplicação da lei da colônia em comparação com o direito inglês. Essa prática de controle continuou após a independência dos Estados Unidos e, apesar de bastante disseminado esse modo de trabalhar o direito pelos juízes e tribunais naquele país, foi apenas no caso *Marbury v. Madison* que, em 1803, pela primeira vez, a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis que considerasse inconstitucionais.¹⁴

Naquele feito, o juiz John Marshall construiu seu julgamento em três grandes premissas: a supremacia da Constituição em relação às demais normas do sistema jurídico; a nulidade da lei que contrarie a Constituição; e, por fim e de modo mais controverso, que é atribuição do Poder Judiciário interpretar a Constituição e dizer ao final o direito e o sentido das leis. Essa análise é sintetizada de modo claro pelo Professor Luís Roberto BARROSO:

¹³ BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Op. cit., p. 1060-1061.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25-26.

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.¹⁵

É nessa linha que surge o controle difuso de constitucionalidade, que “[...] assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.”¹⁶

Importante ressaltar que a decisão do Judiciário no controle difuso de constitucionalidade declara nula a lei que não está em acordo com a Constituição. A doutrina norte americana tradicionalmente afirma que a expressão “lei inconstitucional” configura contradição, eis que *the unconstitutional statute is not law at all* e, apesar desse entendimento estar sendo mitigado recentemente, a regra nos Estados Unidos é que a declaração de inconstitucionalidade retroage.¹⁷

3.2 MODELO CONCENTRADO E CORTES CONSTITUCIONAIS

O controle concentrado de constitucionalidade, também denominado modelo europeu, teve como origem os estudos de Hans Kelsen, que com os trabalhos desenvolvidos e seu projeto da Constituição da Áustria de 1920, elaborou um novo modelo de justiça constitucional, em oposição ao modelo estadunidense.

É importante ressaltar que aspectos históricos da evolução do direito na Europa fizeram com que o modelo norte americano de controle se tornasse incompatível com o sistema jurídico dos países do velho continente. Note-se que a Europa, historicamente marcada pelas revoluções e guerras, com destaque para a Revolução Francesa de 1789, tem no surgimento do Estado moderno a lei como possibilidade de limitação do poder real. A lei surge na Europa como a vontade do povo traduzida pelo parlamento e é sacralizada, de modo a fundir os conceitos de legalidade e legitimidade. Assim, não se confia aos juízes ordinários o poder ou a capacidade de questionar a lei, o que dificulta a adoção do modelo de

15 BARROSO, op. cit., p. 30.

16 BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. op. cit., p. 1062.

17 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99*. Texto básico da palestra proferida durante o I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União – 5ª Região, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Fortaleza, 20 de novembro de 2000. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451> Acesso em 28 set.2016.

controle de constitucionalidade difuso, tendo em vista que o princípio que norteia aquele modelo é o de que a Constituição, rígida e clara, é que norteia todo o sistema jurídico. “Nos Estados Unidos a Constituição é sagrada; na Europa é lei que é sagrada.”¹⁸

Nessa linha, Louis FAVOREU explica que:

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.

O modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada.¹⁹

Em virtude desses motivos históricos e de modo a preservar a vontade estabelecida pelo parlamento tanto quanto possível, os países europeus adotam, via de regra, o modelo kelseniano de controle.

Esse modelo tem seu apogeu após a Segunda Guerra Mundial, especialmente porque a construção de Hans Kelsen, exposta em seu estudo de 1928 e na tese de seu discípulo, Charles Eisenmann, demonstrou que a instituição de um Tribunal Constitucional, encarregado principalmente de controlar a constitucionalidade das leis, mantinha incólume a teoria da separação dos poderes. Para tanto, Kelsen expôs que a Constituição deve ser a norma fundamental, da qual decorrem as demais, servindo de pano de fundo para análise da possibilidade de anulação dos atos que lhe são contrários, atividade esta jamais confiada ao próprio órgão que criou ou realizou o referido ato.²⁰ Por outro lado, a necessidade de uma revisão

18 FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: LAndy, 2004. p. 20.

19 FAVOREU, L. Op. cit., p. 17-18.

20 Ibidem, p1 23.

constitucional dos atos do governo e do Legislativo impôs-se como uma necessidade para proteção dos direitos fundamentais em oposição ao absolutismo experimentado na 2ª Guerra Mundial.

Com base nesses pressupostos e para o fim de realizar o controle de constitucionalidade nessa modalidade, foram criadas as Cortes Constitucionais na Europa. Note-se que as Cortes europeias foram implantadas nos Estados dotados de regime parlamentarista (Alemanha, Itália, Espanha, Bélgica) ou semi-parlamentarista (França, Áustria, Portugal) e possuem características comuns, tais como a existência de um ordenamento constitucional no país, o monopólio do contencioso constitucional e a indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas. Todas essas características afetas às Cortes Constitucionais permitem um afastamento saudável das demais esferas de poder do Estado e garantem que o funcionamento da Corte ocorra sem interferência do governo ou do legislador, de modo a permitir uma efetiva jurisdição constitucional.²¹

É importante ressaltar, entretanto, que apesar desse distanciamento das demais esferas do poder, é clara a existência de um norte político na atuação da Corte Constitucional, até mesmo em razão da indicação dos membros da Corte por autoridades do governo, do parlamento e do Judiciário. Essa escolha política é mais evidente em alguns países, como na França, em que o Parlamento exerce o poder de modo presente e intenso, e na Espanha, e menos evidente na Alemanha²², por exemplo, mas está sempre presente.

A explicação do professor Menelick de CARVALHO NETTO esclarece esse aspecto do controle concentrado:

É precisamente nesse quadro, de profunda aversão à idéia de atribuir qualquer tipo de controle ao Judiciário, em que a leitura do princípio da separação do poder se faz, sobretudo, contra essa possível intervenção do Judiciário na atividade legislativa, que Kelsen vai afirmar a necessidade de criar um tribunal próprio e especializado e continuar a negar ao resto do Judiciário a possibilidade de fazer incursões nessa seara. Ao fazer isso, ele entra no fundamento da questão da lei. Para Kelsen, todo ordenamento é uma pirâmide de autorizações e, como neopositivista que é, a questão da verdade é uma questão de pressupostos iniciais

21 FAVOREU, op. cit., p. 27-29.

22 O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Bundesverfassungsgericht, está estabelecido em Karlsruhe, cidade de caráter neutro, escolhida por não ser tradicionalmente polo político de exercício de poder no país, e seu edifício ergue-se sobre pilares, sem tocar diretamente o solo alemão, numa atitude simbólica de afastamento e independência do governo.

e assumidos como tais. Esse Kelsen da teoria pura, da pirâmide de normas, vai colocar claramente essa idéia de que o controle norte-americano se fundava em interesses privados, ao passo que o interesse público ficaria descoberto.²³

A análise dos temas pelas Cortes Constitucionais é sempre provocado e pode ocorrer de modo abstrato acerca da constitucionalidade de leis, normalmente a partir de processo instaurado pelo governo federal ou estadual ou pelo parlamento, ou de modo concreto, quando um juiz ordinário se depara com uma questão constitucional importante para a solução de um caso concreto e não consegue, a partir do sistema jurídico vigente, solucionar a questão, de modo que encaminha para análise da Corte Constitucional. Algumas Cortes preveem ainda a possibilidade de um pedido individual de controle, destinado à defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando desrespeitados por atos dos poderes públicos, como a queixa constitucional alemã (*verfassungsbeschwerde*) ou o recurso de amparo previsto pelo Tribunal Constitucional da Espanha.

Neste ponto, mister expor que até o resultado dos atos de controle judicial repressivo de constitucionalidade nos dois modelos é diverso. No sistema concentrado, a lei inconstitucional é anulada pela Corte, enquanto no sistema difuso, ela é nula por ser contrária à Constituição. A construção de Hans Kelsen leva à conclusão de que, no controle concentrado, não haveria uma questão de nulidade, como ocorre no controle difuso conforme o modelo estadunidense, mas de “[...] anulabilidade, porque o intérprete da Constituição, autorizado por ela, é o Legislativo, no momento da elaboração das leis, e que depois passaria a ser a Corte Constitucional, aí sim ela constituiria a anulabilidade, ao passo que, para o norte-americano, essa era uma noção sem sentido.”²⁴

3.3 MODELO DE CONTROLE CONSTRUÍDO NO BRASIL

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade resulta de uma miscelânea dos dois modelos expostos, que combina elementos do regime norte americano, que deu origem ao controle difuso, com o regime adotado pela Europa continental, marcado pelo controle concentrado exercido pelas Cortes Constitucionais.

23 CARVALHO NETTO, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 231-232.

24 CARVALHO NETTO, M. op. cit., p. 232.

É interessante observar que, apesar do caráter misto do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a tradição no Brasil é de controle difuso, como bem explica o professor Luís Roberto BARROSO:

Ausente no regime da Constituição imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60). [...] O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso. Com alterações de pequena monta, a fórmula permaneceu substancialmente a mesma ao longo de toda a República, chegando à Constituição de 1988.²⁵

E prossegue o professor sobre o modo como o direito brasileiro assimilou a sistemática do controle concentrado:

O controle de constitucionalidade só viria a sofrer inovação radical com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, na vigência ainda da Constituição de 1946, mas já sob o regime militar. Por seu intermédio instituiu-se a então denominada ação *genérica* de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, *k*, da Carta reformada. Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal.²⁶

Assim, o controle judicial de constitucionalidade no sistema brasileiro pode ser difuso ou concentrado. Inicialmente, é necessário esclarecer que, independente da modalidade utilizada, no sistema jurídico brasileiro é outorgada ao Supremo Tribunal Federal a revisão, em última instância, da constitucionalidade de uma dada norma²⁷. Ao Supremo Tribunal Federal é conferida a missão de interpretar as normas constitucionais e de garantir sua aplicação adequada, de modo a assegurar a democracia no Estado brasileiro,

25 BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 85.

26 BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 86.

27 É como explica Gilmar Ferreira MENDES, que acrescenta que a Constituição Federal de 1988 veio a ampliar significativamente a competência do Supremo Tribunal Federal, especialmente com relação ao controle abstrato de normas e ao controle de omissão do legislador (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40-41).

salvaguardando os princípios do Estado e as garantias fundamentais da pessoa humana.²⁸

Feita essa ressalva, é possível apreender que, na modalidade concentrada, o controle é exercido apenas por um único órgão, no caso o Supremo Tribunal Federal. É a este Tribunal que compete, no sistema brasileiro, tratar da constitucionalidade de norma, seja em abstrato (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental), seja em um caso concreto, como última instância recursal.

Já na modalidade difusa, o controle de constitucionalidade é imposto a todos os órgãos do Poder Judiciário. Assim, no controle difuso todo e qualquer juiz ou tribunal tem o poder-dever (*múnus*) de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e, em consequência, não aplicá-la ao caso concreto. “O controle difuso baseia-se na ideia de que o juiz, por ser um intérprete da lei, tem o dever de recusar aplicação à lei que estiver em desconformidade com a Constituição. [...] ainda que a questão constitucional não tenha sido invocada pela parte.”²⁹

Note-se que, no sistema brasileiro, o juiz em primeiro grau – em virtude do controle difuso – tem tanta responsabilidade de invocar a inconstitucionalidade da norma para evitar sua aplicação quanto o próprio Supremo Tribunal Federal tem de avaliar a constitucionalidade dessa mesma norma, sistema este que prestigia o poder jurisdicional nas suas diversas extensões.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A evolução histórica do constitucionalismo demonstra que a compreensão da supremacia da Constituição no sistema jurídico escolhido por uma dada sociedade não apenas organiza e direciona a atuação do Estado e do governo, mas principalmente garante a proteção de primados básicos para defesa dos direitos fundamentais do homem. E por essa ótica, a criação de mecanismos de controle dos atos do Estado e, entre eles, a lei, é uma consequência lógica para se manter a supremacia da Constituição.

É nessa linha que a jurisdição constitucional avulta como caminho necessário a ser percorrido na defesa da ordem constitucional e dos direitos fundamentais que a Constituição garante. A compreensão de que a

28 É nessa linha a explicação de Jorge MIRANDA acerca da importância da interpretação constitucional: “existe, pois, hoje o reconhecimento da importância da interpretação constitucional – não só para o juiz (sobretudo, quando pode desaplicar normas inconstitucionais) mas também para os cidadãos em geral...” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. T. II. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 258).

29 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 18-19.

democracia deve assegurar a participação de todos nos processos decisórios, de forma livre e igualitária, a fim a tutelar os direitos fundamentais para todos aqueles que compõem um dado grupo social, leva à conclusão de que a jurisdição constitucional é um importante mecanismo para consecução desses primados.

O professor Clèmerson Merlin CLÈVE, em evento destinado a debater Constituição e democracia, em homenagem ao decênio da Constituição Federal brasileira de 1988, ressaltou a importância da jurisdição constitucional e a necessidade de avaliação crítica dos seus limites e possibilidades no Estado democrático de direito, com destaque para o seguinte parágrafo:

Os Tribunais Constitucionais, portanto, vão atuando de uma maneira crescente, e o debate a respeito dos limites de sua atuação é um debate necessariamente recorrente. Esses Tribunais Constitucionais ensaiarão produzir a defesa da coerência e da unidade de ordem jurídica presidida pela Constituição, eventualmente encarregar-se-ão da resolução de conflitos entre poderes; num país como o nosso serão os responsáveis pela proteção do pacto federativo e, ao mesmo tempo, poderão encarregar-se da proteção dos direitos fundamentais. Esse último campo, a proteção dos direitos fundamentais, tem permitido o crescimento da importância da jurisdição constitucional.³⁰

Avançando na análise do tema, Luís Roberto BARROSO, em palestra proferida na Universidade de Nova York, em dezembro de 2015, ao analisar o papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil, diante da tradição de hegemonia do Poder Executivo e da crise de representatividade que afeta o Poder Legislativo no país, tratou dos papéis desempenhados pelas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo. Naquela oportunidade, o professor BARROSO concentrou em três principais pontos essa atividade de jurisdição constitucional: o papel contramajoritário exercido pelas cortes supremas, ao invalidarem leis e atos normativos que, apesar de representarem a vontade das majorias, desrespeitam os direitos fundamentais e a democracia; o papel representativo das cortes, ao atender demandas sociais ou integrar a ordem jurídica em situações de atraso ou omissão do legislador; e, por fim, o papel iluminista, de promover, com parcimônia e fundada em valores racionais, avanços civilizatórios

30 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (org). Constituição e democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 56.

necessários, de modo a superar preconceitos e permitir o fluir de novas ideias entre a sociedade.³¹

Entretanto, se por um lado a jurisdição constitucional assume essa função, de garantir a supremacia da Constituição e a consecução dos direitos fundamentais, não se podem olvidar os riscos da politização da justiça, em especial da justiça constitucional. A judicialização de questões sociais, morais e políticas atribui ao Poder Judiciário um papel central e, muitas vezes, hegemônico na solução de questões afetas a toda população e é um risco o distanciamento do referido Poder da representação da vontade popular, vontade essa expressa de modo mais claro no Executivo e no Legislativo.

Essa aguda tensão entre constitucionalismo e democracia é sintetizada por Gilmar MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, ao definirem o neoconstitucionalismo:

É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vincutividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico.³²

A análise do controle de constitucionalidade no modelo concentrado desenvolvido na Europa demonstra um claro contraponto a esse risco de hegemonia do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. No sistema concentrado de constitucionalidade o poder da jurisdição constitucional é atribuído a uma Corte apartada do Judiciário e dos demais poderes, sendo que, nada obstante o norte político de atuação que possui, não tem vinculação direta ou dependência em relação aos poderes do Estado. Essa sistemática de controle evita desequilíbrios do poder no país, já que não permite a hegemonia constitucional do Judiciário em relação aos

31 BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Palestra proferida na Universidade de Nova York, em 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>> Acesso em 20 jul.2016.

32 BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Op. cit., p. 62.

demais poderes, ao mesmo tempo em que permite o desempenho técnico da atividade de proteger a Constituição e os direitos fundamentais.

Atribuir a jurisdição constitucional ao Poder Judiciário, como ocorre no modelo brasileiro, gera de fato um risco de hegemonia do referido Poder em relação aos demais, tanto por ser o intérprete último da Constituição, quanto por seus membros não possuírem a legitimidade democrática que possuem o Legislativo e o Executivo, já que os juízes não são eleitos. Entretanto, o bom exercício dessa jurisdição com o fim de defender a supremacia constitucional, exige que o Poder Judiciário, como intérprete maior e final da norma, compreenda que a manutenção dessa ordem constitucional pressupõe a atuação dos demais Poderes nas atividades que lhe são afetas, não podendo suprimir as políticas adotadas pelo governo da maioria ou o papel do Legislativo.

Valiosa a lição do professor Luís Roberto BARROSO neste ponto:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.³³

Portanto, se a jurisdição constitucional é uma garantia para a democracia e para a proteção dos direitos fundamentais, é necessário avaliar criticamente os limites de atuação do Poder Judiciário na consecução desses propósitos, de modo a proteger o postulado da supremacia da Constituição.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento histórico do constitucionalismo demonstra que, na construção do Estado por uma dada sociedade, a Constituição assume papel fundamental e principiológico na compreensão de todo o sistema, já

33 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 28 set. 2016. p. 19.

que não apenas organiza e estrutura os limites e funções do Estado, mas principalmente influencia todo o ordenamento jurídico.

Essa projeção que adquire a Constituição na perspectiva moderna e liberal evolui de tal sorte que todo o sistema jurídico passa a ser interpretado e aplicado à luz da Constituição. Com isso, todo ato, seja ele decorrente da atuação das esferas do governo ou trato entre os particulares, passa por uma fiscalização da constitucionalidade, a fim de avaliar se a interpretação/aplicação do direito nele contido respeita a lei fundamental.

A supremacia que se atribui à Constituição no sistema jurídico gera, como consequência lógica, a necessidade de mecanismos de controle dos atos de governo, entre eles, a lei. Para tanto, desenvolveram-se, no mundo ocidental, mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo, sendo tradicionalmente divididos entre modelo difuso de controle e modelo concentrado.

O modelo difuso de controle tem origem no direito norte americano e assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei, a responsabilidade de afastar sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional. Nesse modelo, a lei em descompasso com a Constituição é considerada nula.

Em contraponto ao modelo difuso e como resultado do contexto histórico de criação do Estado e de desenvolvimento dos limites ao poder a partir da vontade do povo expressa pelo parlamento em forma de legislação, surgiu na Europa o modelo concentrado de controle, a partir do qual a matéria constitucional é reservada a uma Corte independente dos demais poderes.

No Brasil, apesar da tradição de controle difuso existente desde a Constituição de 1891, construiu-se um modelo híbrido, com traços do sistema concentrado e do sistema difuso, sendo que é conferida ao Supremo Tribunal Federal a função de revisar, como única ou última instância, a constitucionalidade de uma dada norma. Entretanto, pelas características trazidas do modelo difuso, tanto os juízes ordinários quanto os demais tribunais no país tem a responsabilidade de avaliar a constitucionalidade da norma antes de aplicá-la ao caso concreto, o que prestigia o poder jurisdicional nas suas diversas extensões.

Com isso, retira-se do presente estudo que a compreensão histórica do desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade demonstra que a área de atuação da jurisdição constitucional está intimamente ligada com o modo como a supremacia constitucional é identificada e utilizada para orientação de todo o sistema jurídico.

E é a partir desse exercício da jurisdição constitucional, com sistemas de controle que permitem ao Poder Judiciário ou à Corte Constitucional

avaliar a adequação da norma ao sistema constitucional vigente, que se garante a supremacia da Constituição e torna-se possível a concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, é preciso compreender que a hegemonia na interpretação da Constituição pelo órgão que exerce o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pode levar a distorções, especialmente quando dissociada da vontade popular ou em desrespeito a atividades típicas dos demais poderes.

Assim, a jurisdição constitucional, para se estabelecer como mecanismo de garantia da supremacia da Constituição e como meio de concretizar os direitos fundamentais numa sociedade democrática, deve estar amparada por critérios de racionalidade e justiça, mas também respeitar as escolhas legítimas efetuadas pelo Legislativo e a administração técnica desempenhada pelo Executivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista*: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Palestra proferida na Universidade de Nova York, em 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>> Acesso em: 20 jul.2016.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Palavras de um professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: LAndy, 2004.

FOENCA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito. In: FOENCA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

GALVÃO TELES, Miguel. Temporalidade jurídica e constituição. *20 anos da Constituição de 1976*. Disponível em <<http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/335.pdf>>. Acesso em 26 set. 2016.

GUZZETTA, Giovanni. *La contaminazione costituzionale del diritto europeo: interrogativi su un ordenamento in divenire*. Torino: G. Giappichelli, 2015.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99. Texto básico da palestra proferida durante o I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União – 5ª Região, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Fortaleza, 20 de novembro de 2000. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. II. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.