

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

RAUL MACHADO HORTA

1. Implantados nas Constituições de Weimar, de 1919, da Áustria e da Tchecoslováquia, de 1920, e da Espanha de 1931, não obstante o desenvolvimento de sua estrutura normativa, os Tribunais Constitucionais do Primeiro Pós-Guerra sofreram os efeitos negativos da ascensão do autoritarismo político, que favoreceu a exacerbação do poder estatal, contrariando os fundamentos do equilíbrio político-jurídico dos Tribunais Constitucionais. A experiência do Tribunal Constitucional da Áustria, a chamada Corte de Justiça Constitucional — *Verfassungsgerichtshof* —, ilustra o dissídio entre o Governo Central, em fase de fortalecimento progressivo do Executivo, e o Tribunal Constitucional, atingido na sua composição, para assegurar o primado do Presidente da República, no funcionamento dos órgãos estatais. Kelsen¹, que preparou os textos constitucionais da Áustria, desde a denominada Constituição Provisória de 1919, formulou a concepção da Corte de Justiça Constitucional, na Constituição de 1920, que ele considerava a “peça jurídica central” do inovador edifício constitucional, recebeu amargurado a reforma constitucional de 1929, que reorganizou o Tribunal Constitucional, suprimiu a regra da eleição de seus membros vitalícios pelos órgãos legislativos da Federação, o Conselho Nacional e o Conselho Federal, para, em seu lugar, estabelecer a escolha dos doze membros efetivos e seis suplentes, pelo Presidente da Federação, anulando o equilíbrio da composição da Corte Constitucional, assegurado no texto de 1920 pela eleição dos órgãos legislativos federais. A perda da vitaliciedade dos membros da Corte, que o atingiu, e a nomeação dos novos membros pelo Presidente da Federação, com reflexos na independência do Tribunal, em relação ao Governo, conseqüência da reforma constitucional de 1929, influíram no afastamento de Kelsen da Áustria, em 1930, para lecionar, primeiro, na Universidade de Colônia, na Alemanha, como relata seu biógrafo², dando

início à caminhada do exílio, que se encerrou, em 1942, com o definitivo acolhimento na Universidade da Califórnia, em Berkeley.

As características comuns aos Tribunais Constitucionais do Primeiro após-guerra residem na concepção do órgão especial autônomo — Corte de Justiça ou Tribunal Constitucional —; distinto dos órgãos do Poder Judiciário; na composição do Tribunal com a participação de outros órgãos do Estado, geralmente, órgãos legislativos do Parlamento, como se adotou no modelo austríaco de 1920, com imitação parcial no Tribunal de Garantias Constitucionais da Constituição da Espanha, de 1931, (art. 122); no exercício pelo Tribunal de função jurisdicional de natureza não judiciária, como atividade de substituição, relacionada com a defesa ou Garantia da Constituição, através da ação (Constituição da Áustria), mediante iniciativa de órgão do Governo Federal, do Governo Estadual ou *ex-officio* da Corte; ou, na outra modalidade, da iniciativa na via do recurso de inconstitucionalidade, por iniciativa de órgãos públicos, designados na Constituição, de qualquer pessoa, individual ou coletiva, mesmo quando não diretamente ferida ou lesada, na titularidade ampliada da competência do Tribunal de Garantias Constitucionais da Espanha (Constituição da República de 9 de dezembro de 1931, art. 123, 1-2-3-4-5); no efeito constitutivo *ex-nunc* com anulamento da decisão (Constituição da Áustria de 1920, art. 140.3), em regra que serviu de modelo à jurisdição constitucional.

2. Os Tribunais Constitucionais do Segundo após-guerra, a partir de 1947, identificados, genericamente, nos modelos representativos da Corte Constitucional, da Itália (1947), no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (1949), no período inaugural, no Tribunal Constitucional de Portugal (1976) e no Tribunal Constitucional da Espanha (1978), em período sucessivo, dentro do objetivo comum de assegurar a supremacia efetiva da Constituição, são os responsáveis pela consolidação do órgão autônomo de jurisdição especial, encarregado de assegurar a supremacia da Constituição, mediante a aplicação dos instrumentos técnicos, fixados na Constituição e nas Leis Constitucionais e, posteriormente, desenvolvidos na legislação ordinária e na interpretação jurisprudencial.

Os Tribunais Constitucionais do Segundo após-guerra surgiram e se consolidaram em época histórica que narra profundo contraste com a em que atuaram os Tribunais Constitucionais do Primeiro após-guerra. Michele Petrucci, da Universidade de Roma, em estudos sobre “La Corte Costituzionale”, publicado no “Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana”⁴, sob a coordenação de Piero Calamandrei e Alessandro Levi, em palavras vigorosas, recordam o aviltamento da pessoa humana, a violência que anulou

os mais tradicionais direitos e liberdades, no período do regime fascista. Clima diverso assinalou o nascimento e a consolidação dos Tribunais Constitucionais do Segundo pós-guerra, o que favoreceu sua atividade de preservação dos direitos fundamentais e dos valores da personalidade humana.

A consolidação dos Tribunais Constitucionais se fez acompanhar da expansão desse modelo para outros ordenamentos e sistemas jurídicos. Favoreu,⁵ com o prestígio do Professor de Aix-en-Provence e Presidente da Associação Francesa dos Constitucionalistas, identificou o florescimento das Cortes Constitucionais nas novas Constituições da Holanda, Hungria, Bulgária, Romênia, Rússia, Eslovenia, Eslováquia. Menciona a presença de instituições que pretendem a categoria de Cortes Constitucionais, na Ásia, no Chile, no Peru, na África do Sul. Cappelletti,⁶ atribuindo à Justiça Constitucional a função de “contrapeso ao crescimento do legislativo e do executivo”, assinala aspecto novo do fenômeno europeu da justiça constitucional, que denomina de “justiça constitucional transnacional” ou “sopranazionale”, no âmbito do Direito Comunitário. Jorge Miranda⁷ relacionou os Tribunais Constitucionais de existência efêmera ou precária, os Tribunais Constitucionais no quadro dos regimes democráticos pluralistas e os órgãos assemelhados aos Tribunais Constitucionais. A evolução dos modelos dos Tribunais Constitucionais está impregnada de apreciável dinamismo, que ilustra os aperfeiçoamentos e as adaptações no funcionamento da jurisdição concentrada, decorrentes de jurisprudenciais e da maior flexibilidade no exercício do controle. Sob o ângulo da flexibilidade, o sistema italiano é ilustrativo, quando introduz o Juiz, órgão da jurisdição ordinária e comum, na apreciação da “illegimita costituzionale di norma di legge”, conferindo-lhe competência para decidir se a questão suscitada, “nel corso di un Giudizio”, é ou não “manifestamente infundada, e, no caso de admitida, ordenar a imediata remessa da questão à Corte Constitucional, suspendendo o andamento do processo na jurisdição ordinária. (*Lei Constitucional* de 9 de Fevereiro de 1948). É o caso da contaminação da jurisdição concentrada pelo sistema difuso de controle, ao qual se referiu Vezio Crisafulli⁸. A permanência de procedimento da jurisdição difusa no quadro da fiscalização direta da jurisdição concentrada levou Cappelletti⁹ a identificar um movimento de aproximação entre os dois grandes sistemas de controle, o sistema judiciário norte-americano e o sistema austríaco do Tribunal Constitucional. O problema técnico do efeito da sentença de inconstitucional vem acentuando o dinamismo evolutivo da jurisdição concentrada. É o que demonstra a adoção do efeito diferido da decisão de inconstitucionalidade, com origem na *fristbestimmung* da Constituição da Áustria; as decisões de “doppia pronuncia” de *inconstituzionalità sopravvenuta* ou *differita*, criações jurisprudenciais

da Corte Constitucional Italiana. O dinamismo do Tribunal Constitucional da Alemanha reflete-se na criação jurisprudencial da *decisões apelativas* e das decisões de *incompatibilidade*. Na decisão de incompatibilidade entre a Lei e a Constituição, a lei é considerada inconstitucional no momento da decisão do Tribunal Constitucional, enquanto na decisão apelativa o Tribunal não manifesta, desde logo, um juízo atual de inconstitucionalidade. Ele fica suspenso e o Tribunal faz a advertência sobre a possibilidade de lei vir a ser considerada inconstitucional no futuro. Na *decisão de apelo*, como esclarece o Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹⁰, “a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização” e na decisão de incompatibilidade verifica-se a “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade”. Além das técnicas originárias da construção jurisprudencial, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha teve sua atividade acrescida, com a incorporação na sua competência decisória, do recurso de constitucionalidade (*Verfassungbeschwerde*), instituído lei federal de 12 de março de 1951, o qual Cappelletti¹¹ define como sendo “uma reclamação jurisdicional perante o Tribunal Constitucional Federal, manifestada pelo cidadão, para proteção de seus direitos fundamentais e de qualquer outra situação subjetiva constitucional lesada por ato de qualquer autoridade pública”.

Cabe uma referência ao tratamento que a técnica do controle da constitucionalidade vem recebendo, atualmente, no Direito Constitucional francês, razões históricas e concepções que datam do processo revolucionário de 1789, como a da “lei, expressão da vontade geral”, insuscetível de controle por outro órgão, frustraram a instauração de Tribunal Constitucional no ordenamento jurídico francês, contrastando essa resistência ao controle com a notável contribuição dos publicistas franceses ao desenvolvimento, ao conhecimento e a difusão doutrinária do instituto de controle da constitucionalidade, como demonstram as obras de Duguit, Carré de Malberg, Edoard Lambert, Esmein, Hauriou, para limitar a referência aos expoentes do Direito Público da III República, que findou em 1940.

Os publicistas franceses assinalam a renovação do controle da constitucionalidade na Constituição Francesa de 1958, que se afastou da concepção acanhada do Comité Constitucional, previsto na Constituição de 1946. Após examinar as atribuições do Conselho, no domínio do contencioso eleitoral, no do contencioso das relações entre os Poderes Públicos, na recepção de normas internacionais, Favoreu¹² deteu-se no controle da constitucionalidade das leis, sob as formas do controle preventivo e do controle *a posteriori*, a jurisprudência constitucional e os princípios nela fixados. Burdeau, Hamon e Troper¹³, analisando as dimensões do Conselho Constitucional, afirmam que a Consti-

tuição de 1958 introduziu nas instituições francesas “autêntico controle da constitucionalidade das leis.” O Conselho conferiu à noção de Constituição um conteúdo amplo, desenvolvendo a concepção do “bloc de constitutionnalité”. O modelo francês do Conselho Constitucional é solução de meio termo, que se situa entre o controle judiciário e o controle por órgão da jurisdição especial, na concepção européia do Tribunal Constitucional. A concepção do Tribunal Constitucional representou, também, a original contribuição do regime parlamentar para o controle da constitucionalidade das leis que tivemos a oportunidade de examinar, no período em que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ensaiava os primeiros vôos de sua fecunda atividade e a Corte Constitucional da Itália ainda não funcionava.

O conjunto dos meios e dos instrumentos, integrados no Tribunal Constitucional, é que explicam o “prodigioso desenvolvimento da Justiça Constitucional”, referido na obra de Georges Burdeau, Francis Hamon e Michel Troper¹⁴

4. O sistema constitucional brasileiro, que não acolheu a jurisdição concentrada, em órgão especial, na concepção do Tribunal Constitucional, adotado no modelo europeu, por fidelidade histórica e institucional ao modelo norte-americano da Corte Suprema, evolui para forma mista de controle judiciário da constitucionalidade, que concilia a jurisdição difusa, na competência de Juízes e Tribunais, de modo geral, com a jurisdição concentrada, na competência do Supremo Tribunal Federal, *guarda da constituição*. A forma da jurisdição concentrada propagou-se aos Estados, com fundamento na instituição da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Federal (art.125 § 2º), com exercício atribuído ao Tribunal de Justiça, por decisão do ordenamento constitucional do Estado-membro.

No Direito Brasileiro, a jurisdição difusa conduziu à formação do *precedente da constitucionalidade*, oriundo de decisão reiterada, consagrado na jurisprudência dos Tribunais, com maior ou menor eficácia, em função da natureza do órgão judicante e da extensão de sua competência jurisdicional, para alcançar manifestação culminante nos precedentes da *Súmula da Jurisprudência Predominante*, formada pelas decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, o precedente da decisão do Supremo Tribunal vinculou-se, originariamente, aos casos decididos na jurisdição difusa, proferidos nos julgamentos de recursos extraordinários, quando questionado, pela parte, contrariedade da decisão recorrida com dispositivo da Constituição Federal, validade da lei federal ou da lei local ou de ato de governo local em

face da Constituição. (Constituição Federal de 1891, art. 59 § 1º, *a-b*. Constituição Federal de 1934, art.101-III-*b-c*.)

A jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal despontou, de forma embrionária, na Constituição de 1934 (art.12-VII §2º), para assegurar princípios constitucionais, mediante *provocação* do Procurador Geral da República, vinculada ao processo de intervenção federal nos Estados; e afirmou-se, de forma mais precisa, na Constituição Federal de 1946 (art.8º, parágrafo único *c/c* art. 7º, VII-*a* até *g*) que incluiu na competência originária do Supremo Tribunal Federal o conhecimento da *representação* contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, por iniciativa do Procurador Geral da República. Na ausência de norma constitucional, a eficácia do precedente ficou regulada no Regimento Interno do Supremo.

Na regra regimental, a formação do precedente, num ou noutro sentido, dependeria de maioria qualificada, e seus efeitos ficavam circunscritos “aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário” (*Regimento Interno*, art.97). No Direito Constitucional, anterior à Emenda Constitucional nº 3, de 1993, prevaleceu o entendimento de que a eficácia *erga omnes* nas decisões proferidas pelo Supremo dependeria da participação do Senado Federal, para suspender a execução, no todo ou em parte, de leis ou decretos declarados inconstitucionais, como dispunha a Constituição de 1946 (art.64), em regra que a Constituição de 1988 reproduziu. A novidade adveio do entendimento jurisprudencial de que o efeito *erga omnes* seria alcançado, desde logo, nas decisões proferidas, pelo Supremo Tribunal, na ação direta de inconstitucionalidade, que passou a ocupar o campo anteriormente reservado ao recurso extraordinário, via pela qual, vindo da jurisdição difusa, a questão constitucional ingressava na competência do Supremo, para dirimir a prejudicial de inconstitucionalidade, manifestada nas causas, ajuizadas em única ou última instância por outros Tribunais ou juízes. As decisões do Supremo, em questões constitucionais da jurisdição difusa, experimentaram uma ascensão gradativa, quanto aos seus efeitos: eficácia jurisprudencial, regulada no Regimento Interno, que poderia propagar-se aos Tribunais e Juízes, pelo prestígio de sua fonte; efeito *erga omnes*, a partir da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei ou de ato, declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo Tribunal, efeito *erga omnes*, desde logo, sem a participação do Senado, para as decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade (*Constituição de 1988*, art. 102, I-*a*), como, também, na representação do Procurador Geral da República, para assegurar a observância dos princípios constitucionais enumerados, (*Constituição Federal de 1988*, art. 36 III, *c/c* art.

34.VII-a-b-c-d), sendo a ação direta e a representação, instaurada, diretamente, na jurisdição concentrada do processo principal perante o Supremo.

O efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal não constitui objeto de norma constitucional anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Esse efeito vinculante poderia decorrer do prestígio da decisão da Suprema Corte, em dilatação jurisprudencial, para alcançar outros Tribunais e Juízes.

A Emenda Constitucional nº3, de 1993, expandiu a eficácia das decisões proferidas na jurisdição concentrada, quando em regra aplicável às ações declaratórias de constitucionalidade, dispôs que, *verbis*:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Atribuir força vinculante às decisões proferidas na jurisdição concentrada pelo seu órgão mais alto equivale a conferir envolvente caráter normativo e geral ao ato jurisdicional do Tribunal da Constituição. No estudo comparado do controle da constitucionalidade na Áustria e nos Estados Unidos, Kelsen¹⁵ frisou a desvantagem que adviria da ausência da força vinculante, em relação aos Tribunais, de modo que um Tribunal se considerasse autorizado a aplicar a lei que outro Tribunal julgou inconstitucional. Por outro lado, não estando o tribunal vinculado a regra do *stare decisis*, a lei declarada inconstitucional, num caso, poderia ser considerada constitucional, pelo Tribunal, e aplicada a outro caso. Por estes motivos, concluía Kelsen, a concentração do controle de constitucionalidade da lei preserva a autoridade da Constituição.

No confronto com as técnicas da jurisdição concentrada, adotadas nas Constituições europeias, deve ser destacado o reforçamento da jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, que se verificou na Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999, tendo por objeto o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Desdobrando na legislação ordinária regras da Constituição, o referido diploma fortaleceu a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, no campo das regras processuais e na fixação de princípios, inspirados no procedimento dos Tribunais Constitucionais da Áustria, da Alemanha e da Itália. Nas regras que são comuns à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Ação Declaratória de Constitucionalidade, instrumentos da jurisdição concentrada no Direito Brasileiro, sobressaem as que regulam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para autorizar a restrição dos efeitos; a fluência da eficácia da decisão, a partir do trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser

fixado pelo Supremo Tribunal (art.27). Às regras ora citadas, inspiradas na jurisdição constitucional europeia, cabe acrescentar a da *interpretação conforme a Constituição* e a da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*. (Art.28, parágrafo único) A lei federal, aprofundando a europeização da jurisdição concentrada do Direito Brasileiro, conferiu às decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade os efeitos da eficácia contra todos e o efeito vinculante, em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28 parágrafo único), efeitos que a Emenda Constitucional nº 3 havia limitado na incidência às decisões definitivas de mérito, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. (Art. 102, §2º) Estamos presenciando profunda mudança na concepção brasileira da função do Poder Judiciário, desenvolvida nas linhas clássicas da jurisdição difusa, cuja modelagem recebeu a contribuição poderosa de Rui Barbosa, nas sustentações jurídicas que se incorporaram às páginas antológicas do Direito Brasileiro. É dessa categoria o seguinte trecho, que integra as razões expostas em “os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal”¹⁶, quando Rui, comentando decisões do Juiz Marshall, fixou a posição dos Tribunais, no plano da que, contemporaneamente, denominamos de jurisdição difusa:

“Os Tribunais só revogam sentenças de Tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Poder Executivo, mas, a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo Governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir.”

Gomes Canotilho¹⁷, mencionando o texto de *Rui*, assinalou sua atualidade, dizendo tratar-se do “intertexto obrigatório dos juristas de língua portuguesa” e, acrescentou o Professor da Faculdade de Direito de Coimbra, “tudo o que se queira e se possa dizer sobre a fiscalização judicial concreta dos atos inconstitucionais está aqui dito em termos em que ainda hoje consideramos modelares e inultrapassáveis”.

O conjunto das regras relativas à jurisdição concentrada modernizam a competência do Supremo Tribunal Federal, sem acarretar sua transformação em Tribunal Constitucional, o que, obviamente, não poderia constituir objeto de lei ordinária. Assinalamos uma evolução relevante na configuração consti-

tucional do Supremo Tribunal, advinda da jurisdição *mista* de sua competência constitucional, sem preconizar o afastamento ou negar sua natureza de *Corte Suprema*, inspirada no modelo norte-americano do controle judiciário da constitucionalidade das leis.

NOTAS

1. Rudolf Allard Métall. “*Hans Kelsen — vida e obra*”. Unam, México, 1976, págs.54.
2. Rudolf Métall, obra citada, págs. 62.
4. Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana — Diretto Piro Calamandrei e Alessandro Levi. Vol. II, Barbera Editore, Firenze, 1950 págs.438.
5. Louis Favoreu. “*Los Tribunales Constitucionales*”, Ariel Barcelona, 1994, págs. 14.
6. “*Tribunales Costitucionales Europeus y Derechos Fundamentales*” — Centro de Estudios Constitucionales — Madrid, 1984, págs 14.
7. Jorge Miranda. “*Manual de Direito Constitucional*”. Tomo VI, Coimbra Editora, 2001, págs.111;
8. Vezio Crisafulli. “*Appunti di diritto Costituzionale*”. La Corte Costituzionale — Bulzoni Editore, 1967, págs. 45.
9. Mauro Cappelletti. “*Il Controllo Giudiziario di Costituzionalitá nel Diritto Comparato*”. Giuffrè Editore, págs. 99.
10. Gilmar Ferreira Mendes. “*Jurisdição constitucional*”. Editora Saraiva, 3ª edição, 1999, págs.266.
11. Mauro Cappelletti. “*La Giurisdizione costituzionale delle Libertá*”. Giuffrè Editore, 1955, págs. 17.
12. Louis Favoreu, obra citada, págs. 114/115.
13. Burdeau, Hamon, Troper, obra citada, págs.673.
14. Burdeau, Hamon, Troper, obra citada, págs.44.
15. Hans Kelsen. “*La Giustizia Costituzionale*”. Giuffrè Editore, págs.298.
16. Rui Barbosa. “*Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*” — Obras completas, vol. XX, 1893, Tomo V, Ministério da Educação e Cultura — Rio de Janeiro 1958, págs. 99.
17. J.J. Gomes Canotilho. “*Jurisdição constitucional e intranquïlidade discursiva*” — In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976* — Organização de Jorge Miranda — Coimbra Editora 1996, págs. 873.