

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL - A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

Hermes Siedler da Conceição Junior *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da jurisdição constitucional - controle de constitucionalidade. 2.1 Das inconstitucionalidades e dos modelos de controle de constitucionalidade. 2.1.1 controle de constitucionalidade incidental, indireto, concreto, difuso ou por via de exceção. 2.1.2 Controle de constitucionalidade direto, abstrato, concentrado, principal ou por via de ação. 3. A liberdade de conformação do legislador e a questão da legitimidade. 3.1 A questão da legitimidade da justiça constitucional. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Vale lembrar, com Mauro Cappelletti,¹ que no plano do Direito Constitucional e do Direito Público, a grande descoberta do pensamento moderno está nas Cartas Constitucionais, acatadas como a *lex superior*, vinculatória até para o legislador, não significando isso que tal idéia tenha o sentido de descoberta em sentido absoluto, pois se reconhece a existência de precedentes anteriores. Entretanto, o importante é a amplitude que o fenômeno assumiu a partir da Constituição Americana de 1787 até as Constituições mais recentes; hoje, o que se pretende é um determinado grau de efetividade, inexistente em tempos idos. Segundo Bonavides,² as Constituições existem para o homem e não para o

* Juiz Federal titular da 1ª Vara Federal da Circunscrição Judiciária de Santa Maria/RS. Mestrando em Direito. Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Franciscano.

¹ *O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, p. 10.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 269.

Estado; para a Sociedade, e não para o poder. Busca-se a efetividade da Constituição, isto é, a “superioridade da lei fundamental”; busca-se, portanto, um “instrumento capaz de garantir aquela superioridade”.³

Não menos interessante anotar que “os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”, o que justifica/legitima o desenvolvimento e a consolidação, em diferentes sistemas jurídicos, de institutos como o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade das leis”.⁴

É certo que tal controle é feito fundamentalmente através do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no que se denomina de jurisdição constitucional, justiça constitucional, objeto da primeira parte deste estudo. Posteriormente, examinar-se-á a questão referente à liberdade de conformação do legislador, tendo-se presente, sempre, a necessidade da vinculação do legislador à Constituição, para, na seqüência, observar-se o problema da legitimidade da jurisdição constitucional, pois, de tudo isso, como assevera Cappelletti, decorre o “encontro entre dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”.⁵

2. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como assevera Gilmar F. Mendes, com fundamento em Kelsen, Loewenstein e Hesse, não é suficiente a consagração, pela Constituição, de garantias essenciais à consolidação de um sistema democrático em que os direitos fundamentais sejam efetivamente respeitados, fazendo-se mister que ela logre concretizar a sua pretensão de eficácia. Afirmar o autor:

³ CAPPELLETTI, Mauro, *ibidem*.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: IBDC/Celso Bastos Editor, 1999, p. 32.

⁵ *Op.cit.*, p. 26.

“Não parece haver dúvida de que, a despeito dos elementos culturais e históricos que acabam por conferir especificidades a diferentes sistemas jurídicos, é certo que a falta de mecanismo de controle de normas retira muito da força normativa ou vinculante da Constituição. Kelsen chega mesmo a afirmar que tais constituições não dispõem de força vinculante, uma vez que qualquer ato normativo secundário pode afastar a sua aplicação tópica ou genericamente.

Não se pode negar, ademais, que a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador. É, exatamente, a proteção judicial e o controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias”.⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, no sentido da indispensabilidade de um controle judicial da constitucionalidade das leis, lembra Mauro Cappelletti que “na profunda diversidade das situações concretas e dos instrumentos jurídicos adotados para resolvê-las, a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana”.⁷

Cappelletti refere que o constitucionalista americano James A. Grant defende a tese segundo a qual o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é uma contribuição americana à ciência política, afirmando, em suma:

“En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Americas a la ciencia política”.⁸

Reconhece-se que, anteriormente, não ocorrera o controle de constitucionalidade das leis, em que pese houvesse o controle de validade das leis e este tivesse caráter judicial, eis que deferido aos tribunais e juízes. Entretanto, assevera Cappelletti que, historicamente, essa tese não é totalmente correta, lembrando a civilização ateniense, em que se distinguia o *nómos*, ou seja, a lei em sentido estrito, do *pséfisma*, isto é, o decreto, sendo que tal concepção teve reflexos até mesmo nos filósofos, como Platão, para quem a lei deve ser

⁶ Op.cit., p. 33.

⁷ Op.cit., p. 45.

⁸ Ibidem, p. 46. Cf. tb.: GRANT, James A. C. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*. Revista de la Facultad de Derecho de Mexico, 1963.

reflexo da ordem divina, superior e imutável, não se apresentando conforme os interesses mutáveis dos homens e das classes, como Aristóteles, para quem a lei estava acima das paixões humanas, formulando, já àquela época, a doutrina da supremacia da lei e da ilegitimidade da lei injusta.

Na própria Idade Média, encontrar-se-ia precedente importante na distinção entre a norma do *jus naturale*, superior e inderrogável, e a do *jus positum*, obrigada a não estar em contraste com a primeira. O mesmo com relação à escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, reconhecendo Cappelletti que “permanece o fato de que a contraposição entre a norma de direito natural e a de direito positivo continuava, pelos menos, a ser a contraposição entre duas ordens jurídicas diversas, entre dois sistemas jurídicos diversos, um dos quais era, habitualmente, destituído de sanções eficazes e de institutos para impô-las”.⁹ Realmente, a positivização do direito natural ocorreu em tempos mais modernos, lembrando, a propósito, a França, em seus tempos de “ancien regime”, “onde os Parlements – os quais, como é sabido, nada mais eram senão Cortes superiores de justiça – andavam afirmando, exatamente, em face dos Soberanos franceses, seu poder e dever “d’examiner dans les édits et autres lois Qui nos sont apportés s’il n’y a rien de contraire... aux lois fondamentales du royaume”, formando-se a partir daí doutrina que influenciou a obra de Montesquieu, interessante ao tema de controle judicial da legitimidade das leis, qual seja, a “doutrina da chamada “heureuse impuissance” do Rei de violar as leis fundamentais – a impotência do Soberano legislador de promulgar aquelas que hoje chamaríamos de leis inconstitucionais”.¹⁰

Em 1788, o abade Sieyès, um dos teóricos da Revolução Francesa, afirmava que a Constituição é superior aos poderes constituídos e às leis e, via de consequência, devem os governos subordinarem-se às suas respectivas Constituições. Foi ele um dos primeiros teóricos preocupados com a questão de como garantir essa supremacia da Constituição, ocorrendo-lhe a idéia da necessidade da criação de um tribunal incumbido do resguardo de tal superioridade, apto a invalidar os atos contrários à Constituição. Assim, foi o autor

⁹ Op.cit., p. 54.

¹⁰ Op.cit., p. 56.

francês um dos precursores da teoria do controle de constitucionalidade. O tribunal especial que entendia devesse efetivar tal controle de constitucionalidade foi estabelecido, na prática, pela Constituição Francesa de 1799, porém sem êxito, uma vez que o Senado então incumbido de tal tarefa acabou por tolerar todas as inconstitucionalidades praticadas por Napoleão Bonaparte.

Impossível olvidar, nesse tema, a importância da Inglaterra, especificamente com Sir Edward Coke, na primeira metade do século XVII, cuja doutrina referia a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação, na sua luta contra James I Stuart. Relembre-se ainda que o Rei pretendia exercer pessoalmente o poder judiciário, pois entendia ser dotado de inteligência como eles, afirmando Sir Edward Coke, em contrapartida, que “tão só os juízes podiam exercer aquele poder, sendo instruídos na difícil Ciência do Direito, “wich requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it”.¹¹ E, por outra, contra o Parlamento, afirmava a tradicional supremacia da common law sobre a autoridade do mesmo. Para Coke, quem deveria controlar a supremacia da common law contra os arbítrios do Soberano e do Parlamento eram os juízes. Tal doutrina predominou na Inglaterra (e nas colônias inglesas na América) até a Revolução de 1688, quando foi substituída pela doutrina da supremacia do Parlamento, tendo entretanto produzido frutos na América (especificamente através do “judicial review” e da “supremacy of the judiciary”).

É forçoso reconhecer que o passo definitivo em relação à positivação do direito natural foi dado com as Constituições rígidas, no constitucionalismo moderno, iniciado com a Constituição dos Estados Unidos. Como bem recorda Cappelletti,¹² “o passo definitivo será dado, em suma, por aquelas Constituições que, por um lado, afirmarão como preceitos de Direito Constitucional positivo os princípios ‘naturais’ e os ‘direitos inatos’, e, por outro lado, oferecerão uma garantia efetiva de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos: uma garantia por conseguinte, de não aplicação das leis que contrastarem com o preceito constitucional em que se contém uma espécie de “vontade

¹¹ Cappelletti, *ibidem*, p. 59.

¹² *Ibidem*, p. 56.

permanente do povo” enquanto, ao invés, nas leis ordinárias, há apenas uma “vontade transitória e temporária”.

Não menos importante admitir que, quando o Chief of Justice John Marshall, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, afirmou o “principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well other departments, are bound by that instrument”, dando início a algo novo e extremamente importante, havia por trás disso séculos de história, não apenas americana, mas universal.

Caracterizado este breve histórico, é interessante anotar que, hoje, segundo parece, não têm mais sentido as antigas objeções a respeito do controle judicial da constitucionalidade das leis. Aumenta, mais e mais, o número de países em que se criam Tribunais Constitucionais ou se atribui aos tribunais comuns o poder de fiscalização da constitucionalidade, lembrando-se, a propósito, os antigos países comunistas europeus e diversos países africanos, em que foram criadas formas de governo pluripartidárias. Efetivamente, a existência de uma jurisdição tornou-se pressuposto legitimatório e de credibilidade política para os regimes constitucionais democráticos. A própria definição do Estado democrático de direito passa, necessariamente, pela consideração da existência da jurisdição constitucional.

Vale lembrar que a discussão a respeito da legitimidade do controle jurisdicional da constitucionalidade fundava-se em dois dogmas, quais sejam, a soberania do parlamento e a separação dos poderes, representação, ambos, da prevalência do princípio da maioria. Nessa concepção, o respeito à Constituição restava garantido pelo autocontrole do legislador, eis que intérprete soberano e aplicador daquela. Hoje, as idéias da soberania do parlamento e da onipotência da lei restaram superadas pela concepção da soberania e supremacia da Constituição, o que corresponde à realidade político-constitucional contemporânea, daí decorrendo o entendimento de que o Poder Legislativo é poder constituído e que o princípio da maioria não corresponde à prepotência, incorrendo a

pretensa imunidade dos poderes legislativo e executivo no que se refere às violações da Constituição.

Por outra, não se mantêm as objeções fundadas na teoria clássica da separação de poderes, pela qual caberia aos Tribunais a estrita observância da lei, sendo as questões de constitucionalidade essencialmente políticas, eis que tais objeções foram superadas pela idéia da Constituição como lei suprema do País, pela distinção entre os poderes vinculados e os poderes constitucionalmente discricionários do legislador e, especificamente, em Países que contam com tribunais constitucionais como órgãos distintos e autônomos em relação à jurisdição comum, por isso que especialmente concebidos para lidarem com as especificidades da justiça constitucional. Obviamente, isso não quer significar que, em Países como o Brasil e os Estados Unidos, em que o órgão máximo da hierarquia judicial é, conforme a concepção europeia, um verdadeiro Tribunal Constitucional, não valham os mesmos argumentos.

Vale lembrar, a propósito, com Vital Moreira, que

“A soberania do legislador cedeu passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei fundamental. A limitação da vontade da maioria ordinária decorre da supremacia de uma maioria mais forte. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário”.¹³

Na verdade, o controle de constitucionalidade instrumentaliza e garante a supremacia da Constituição. Em razão disso, pode-se denominar um sistema de controle de constitucionalidade como sendo o conjunto de instrumentos previstos pela Lei Maior para a salvaguarda de sua supremacia, de sua própria superioridade, fundando-se na necessidade de preservar a soberania do Poder Constituinte Originário em face de qualquer outro poder. Em outras palavras, os sistemas constitucionais são dotados de uma função destinada a tutelar a primazia das normas que encabeçam a pirâmide jurídica, ou seja, as normas

¹³ Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, *in* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 179-180.

constitucionais. Resta cristalina, assim, a necessidade do controle da constitucionalidade. Por outro lado, quanto à legitimidade, temos que são legítimos e competentes para efetuar o controle de constitucionalidade quaisquer juízes e tribunais perante os quais as inconstitucionalidades são argüidas em matéria de defesa por parte de demandados judicialmente, ou um tribunal específico que concentre tal função e que por isso receba a denominação de Tribunal Constitucional ou de Corte Constitucional. As denominações variam conforme os modelos de controle de constitucionalidade adotados pelos diversos países.

Assim, a idéia de jurisdição constitucional, cujo objetivo constitui a defesa da ordem constitucional estabelecida, é um dos referenciais do constitucionalismo moderno, estando presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, em distintas modalidades. Sabe-se que o surgimento da jurisdição constitucional teve por escopo a prevalência da Constituição contra atos do poder em três esferas características, isolada ou conjuntamente: os direitos individuais, a separação dos poderes, sobretudo entre o poder executivo, a definição de fronteiras entre os poderes federais e os dos Estados-membros.

Nos Estados Unidos, onde se desenvolveu o judicial review, a justiça constitucional atentou para essas três esferas. Já na Constituição Austríaca de 1920, a primeira a tratar do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, tudo se relacionava, fundamentalmente, com a resolução dos conflitos de competência entre a Federação e os Estados-membros, tanto que o acesso ao Tribunal Constitucional cabia ao governo federal, quanto às normas dos Länder, e aos governos regionais, quanto às normas da federação. Hoje, a Justiça Constitucional necessariamente tem de garantir as demais funções que a evolução histórica lhe atribuiu, a exemplo da garantia dos direitos constitucionais de oposição, da defesa das posições constitucionais das regiões e dos Municípios contra o Estado central, bem como das instituições que gozam de garantia constitucional, os direitos das minorias étnicas, culturais ou lingüísticas, a defesa da pluralidade e da heterogeneidade social e cultural.

Importante salientar ainda que, para o entendimento da natureza da jurisdição constitucional e de seus respectivos órgãos, impõe-se a compreensão da multidimensionalidade do Direito Constitucional. Vale lembrar, com Marcelo Rebelo de Souza,¹⁴ que

“a Constituição é uma realidade quadridimensional. Uma dimensão normativa, enquanto conjunto de princípios e regras de Direito. Uma dimensão volitiva, enquanto acto do poder político do Estado. Uma dimensão axiológica, enquanto pauta de valores. Uma dimensão estrutural, enquanto projecção das estruturas económicas, sociais e culturais da colectividade na genese, no conteúdo e na eficácia constitucionais e ainda enquanto actuação da Constituição sobre essas estruturas.

Mas, se assim é, validade jurídica da Constituição – como do Direito em geral e mais do que quanto a todo ele – desdobra-se, ela também, em três dimensões ou planos complementares: a validade formal ou sistemática, ligada à legalidade “lato sensu”; a validade real ou empírica ligada à efectividade ou eficiência; a validade axiológica ligada à legitimidade. A tripartização, que é de Wroblewski, e quase se sobrepõe à de François d’Ost, permite que se estabeleça a correspondência entre dimensão normativa da Constituição, validade normativa sistemática e legalidade “lato sensu; entre dimensões volitiva e estrutural da Constituição, validade empírica e efectividade; entre dimensão axiológica da Constituição, validade axiológica e legitimidade”.

De fato, “toda a justiça constitucional actua de modo a envolver estes três planos de validade”.¹⁵

2.2 DAS INCONSTITUCIONALIDADES E DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É óbvio que as violações da Constituição não se configuram apenas por ações, mas, também, por omissões. Tanto se viola a Constituição fazendo o que ela veda como não fazendo o que ela ordena, determina. Desse modo, possível concluir que as inconstitucionalidades podem ser cometidas tanto por ação quanto por omissão do Poder Legislativo, ou seja, quando este elabora legislação infraconstitucional que afronta a

¹⁴ *Legitimação da Justiça Constitucional – legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 215.

¹⁵ *Ibidem*, p. 215.

Constituição, ou quando fica inerte, vale dizer, não elabora a legislação infraconstitucional exigida pelo texto constitucional.

No caso brasileiro, especificamente, sob a vigência da atual Constituição Federal podemos identificar estes dois tipos de inconstitucionalidades da seguinte maneira:

a) A inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição Federal ou das Constituições Estaduais. É o que se depreende dos arts. 102, I, a; 103 § 3º; 125, § 2º da CF/88.

b) A inconstitucionalidade por omissão legislativa ocorre pela falta de medida para tornar efetiva norma constitucional, segundo o disposto no art. 103, § 2º da CF/88. Esta é a omissão clássica. Além disso, entende o Supremo Tribunal Federal que também ocorre inconstitucionalidade por omissão quando houver cumprimento insatisfatório ou imperfeito das tarefas designadas pelo constituinte originário, enquadrando-se aí a existência de norma imperfeita.

É importante ressaltar que, segundo Canotilho, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Federal brasileira de 1988 são dos raros textos a consagrar, expressamente, a possibilidade de inconstitucionalidade por omissão. Aliás, saliente-se que a introdução deste instituto em nossa atual Constituição teve justamente inspiração portuguesa.

E para atacar tanto ações quanto omissões legislativas inconstitucionais, o controle judicial ou jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos estatais apresenta duas modalidades: o sistema *difuso*, em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência, e o sistema *concentrado*, em que o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário (Tribunal Constitucional, v. g., Portugal e Espanha, ou Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil).

2.1.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL, INDIRETO, CONCRETO, DIFUSO OU POR VIA DE EXCEÇÃO

Este modelo de controle da constitucionalidade surgiu nos EUA, em 1803, por obra do juiz John Marshall (por 34 anos Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos), no famoso caso *Marbury v. Madison*. É chamado pela doutrina de “*judicial review*”, contemplando o princípio do *stare decisis*, no qual, embora não se preveja um órgão judicial especialmente destinado ao controle, os órgãos judiciários inferiores estão vinculados às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. Baseia-se no critério de interpretação das leis pelos juízes conforme o postulado “lei superior (no caso, a Constituição) derroga lei inferior”. Vale dizer que com este modelo é que nasceu toda a teoria a respeito de controle de constitucionalidade, como visto anteriormente. Foi acatado no Brasil em 1890, ainda pela Constituição Provisória, e se oficializou na Constituição Republicana de 1891, perdurando até hoje.

O modo de controlar a constitucionalidade pela via difusa ou concreta baseia-se no princípio básico, firmado pelo juiz Marshall, no sentido de que “nula é toda a lei oposta à Constituição”, pois “certamente, todos quantos elaboraram constituições escritas consideram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível”. Assim, ante um conflito entre duas normas (em que uma seja infraconstitucional e a outra constitucional), deve o juiz fazer prevalecer a norma hierarquicamente superior, é dizer, a constitucional.

No caso, observa-se que é função de todos os juízes a interpretação das leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalecente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos tradicionais critérios “*lex*

posterior derogat legi priori”, “*lex specialis derogat legi generali*”, etc. Evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério “*lex superior derogat legi inferiori*” – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, as Gesetze prevalecem sobre as Verordnungen.

Daí se conclui que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja “relevante” uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a última.¹⁶

Quanto ao sistema “difuso” de controle de constitucionalidade, que vigora nos Estados Unidos e outros países que adotam o modelo da common law, a vantagem da sua utilização decorre, fundamentalmente, do princípio do *stare decisis*, por força do qual a decisão pela mais alta corte, em qualquer jurisdição, produz efeito sobre as cortes inferiores, na mesma jurisdição. Cappelletti¹⁷ põe em relevo as vantagens de tal sistema:

“O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela Supreme Court cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito de não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permaneça “on the books”, é retomada “a dead law”, uma lei morta, conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma “mudança de rota” daquela corte”.

O sistema americano contém peculiaridade importante, qual seja a de que os tribunais limitar-se-iam a interpretar as leis e não, propriamente, declará-las

¹⁶ Mauro Cappelletti, op.cit., p. 75-76.

¹⁷ Ibidem, p. 81-82.

inconstitucionais. Isso tem a vantagem de não se invadir competências reservadas a outro Poder, na medida em que os tribunais limitar-se-iam simplesmente a não aplicar a lei àquele caso concreto.

Não obstante ser o método americano um controle “difuso” que compete a todos os juízes, na prática, a última palavra termina por competir à Suprema Corte Federal “cujas decisões, por força da regra do *stare decisis*, são, depois, vinculatórias para todos os outros juízes e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido”.¹⁸

Aspecto relevante que igualmente merece destaque é o de que, no sistema difuso, a Suprema Corte, como, por exemplo, a norte-americana, não se constitui em uma corte exclusivamente constitucional. Ao contrário, ela se constitui no mais alto dos órgãos ordinários da justiça americana. A ela se chega não mediante procedimentos especiais, mas pela via ordinária dos recursos. Em resumo, as questões constitucionais se decidem em cada caso e na medida em que surgem, independentemente da natureza dos direitos em discussão e dos recursos utilizados.

2.1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIRETO, ABSTRATO, CONCENTRADO, PRINCIPAL OU POR VIA DE AÇÃO

Em que pese o precursor deste sistema de controle tenha sido o abade Sieyès, dada a falta de êxito prático na França, considera-se que o seu surgimento oficial deu-se na Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 (denominada de *Oktoberverfassung*), com a criação de uma Corte Constitucional com base nas idéias de Hans Kelsen, sendo que tal Corte era incumbida de apreciar a legitimidade dos atos estatais face à Constituição, através de uma ação própria para isso. Destarte, não é equivocado identificar o sistema concentrado de controle da constitucionalidade como o tipo “austríaco” de controle. Tal sistema foi inserido no Brasil em 1965, pela Emenda Constitucional nº 16/65, com competência

¹⁸ *Ibidem*, p. 86.

exclusiva para a sua propositura atribuída ao Procurador-Geral da República e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que inicialmente se realizava por meio de “Representação de Inconstitucionalidade”, e não por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que só veio a ser instituído em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal.

Esclareça-se que o controle concentrado de constitucionalidade baseia-se em uma doutrina contraposta aos fundamentos do controle difuso, especificamente pelo fato de que, neste, qualquer juiz ou tribunal, ao interpretar o direito, deve primar pela prevalência da Constituição sobre qualquer lei que lhe seja contrária, enquanto naquele, ao contrário, é defesa aos juízes comuns a apreciação da constitucionalidade das leis, eis que esta tarefa passa a ser reservada somente a um órgão.

É evidente, em países que adotaram o sistema do “civil law”, sem que os precedentes tenham a mesma eficácia vinculativa, o controle difuso de constitucionalidade mostrou-se deficiente. Tornou-se necessário, em tais países, um órgão judiciário a quem fosse confiada a função de decidir sobre questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes*, buscando-se, assim, evitar os perigos de conflito e das incertezas do direito.

Segundo Cappelletti, com esse propósito “os ‘pais’ da Constituição austríaca julgaram necessário criar um órgão judiciário adequado, um Verfassungsgerichtshof, isto é, uma especial Corte Constitucional”, dando lugar, assim, ao que veio a ser chamado de controle “concentrado” de constitucionalidade das leis, “concentrado, precisamente, em um órgão judiciário, idealizado e criado, propositadamente, para esta função de controle normativo”. Os fundamentos deste sistema estão assim explicitados pelo autor:

“Em lugar daquele raciocínio, vale aqui, antes, a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns. Na verdade, no sistema de controle 'concentrado', a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declara por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito 'válido' nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns – civis, penais, administrativos – são incompetentes para conhecer, mesmo incidenter tantum e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis (48). Eles

devem sempre, se assim posso me exprimir, ter como boas as leis existentes, salvo, eventualmente – como acontece na Itália e na Alemanha, mas não na Áustria (49) – o seu poder de suspender o processo diante deles pendente, a fim de argüir, perante o Tribunal especial Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida por ocasião de tal processo”.¹⁹

Trata-se, em verdade, de sistema que presume válidas as leis, com efeito para todos os juízes, com uma única exceção: a da Corte Constitucional. É importante frisar que, atualmente, o País que possui o maior desenvolvimento de técnicas para o exercício do controle de constitucionalidade abstrato é a Alemanha. Para se ter idéia da amplitude da gama de técnicas de decisão, cita-se o exemplo do denominado “apelo ao legislador” (ou Decisão de Apelo), que é feito pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (de Karlsruhe) ao legislador, para que este regulamente uma dada situação jurídica que, embora ainda constitucional, pode a qualquer momento ensejar uma inconstitucionalidade superveniente.

3. A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

Incumbe anotar, inicialmente, que a partir da Constituição de Weimar (1919), a Constituição deixou de ser apenas a reguladora da formação dos órgãos do poder e das suas competências e definidora das relações entre a federação e os Estados-membros, bem como enunciadora dos direitos e garantias individuais, passando a integrar também os princípios da ordem econômica, social e cultural, passando a maior parte das Constituições deste século a conter uma regulação mais ou menos densa dessas matérias.

Assim, os direitos fundamentais tiveram seu âmbito alargado para muito além dos clássicos direitos do homem, de matriz individual e liberal, com a concretização das novas categorias de direitos políticos, direitos dos trabalhadores, direitos sociais positivos, direitos coletivos (v. g., direito ao ambiente e ao patrimônio cultural). Foi sendo intensificada a

¹⁹ Ibidem, p. 83-85.

regulação constitucional da vida política e das instituições, numa progressiva constitucionalização e juridificação do processo político. Consequência inelutável do alargamento do espaço constitucional é a restrição do âmbito da liberdade de conformação do legislador.

Anotamos, com Lênio Streck, que

“a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isto, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O plus normativo representando pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade”.²⁰

Desse modo, queremos crer que ocorre, efetivamente, uma limitação ao âmbito da liberdade do legislador.

Vale lembrar que Canotilho²¹ trata da liberdade de conformação do legislador em debate com o tema da discricionariedade legislativa, pressupondo análise prévia da posição do legislador seja como mero executor da lei constitucional, seja como aplicador da Constituição, seja como conformador dos preceitos constitucionais. A vinculação jurídico-constitucional do legislador é uma afirmação contra a onipotência da lei. Tal vinculação, assim como a liberdade do legislador, se condicionam tanto à “hierarquia material das normas constitucionais” quanto a um controle judicial, feito por órgãos não legislativos. Assim como a administração é a execução da lei, cabendo aos tribunais exercer o controle da legalidade, a legislação é a execução da Constituição, pertencendo aos tribunais ou a uma jurisdição constitucional fiscalizar a conformidade formal e material dos atos legislativos .

²⁰ *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 225.

²¹ *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 1999.

Nesses âmbitos de liberdade e vinculação, aparece a discussão dos conceitos de discricionariedade e de poder discricionário, que são tratados pela doutrina do direito administrativo e “transferidos” ou “retomados” no direito constitucional, enfrentando, nesse debate, uma série de objeções para a adequação dos conceitos.

Há diferenças de grau entre discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa, não uma separação qualitativa. Como a esfera da conformação legislativa é mais ampla que a da administração, é difícil definir-se os contornos do abuso ou vício do poder discricionário do legislador.²²

Para Canotilho, a discricionariedade legislativa está presente apenas, mas sempre, “onde se trata de execução de diretivas permanentes”; ou seja, de imposições constitucionais permanentemente sujeitas a atualização. Assim, discricionariedade (entendida no sentido de “renúncia de função”) existe apenas no âmbito em que o legislador atua na execução de normas jurídicas (vinculação positiva) e não quando desenvolve atividade de livre conformação política.

Já sob a ótica da “execução”, observa o autor que no Estado Democrático de Direito a legislação constitucionalmente concretizadora não se reconduz a um “esquema de subsunção executiva da constituição, nem a uma liberdade de escolha contida em ‘preceitos de possibilidade’ ou de ‘conceitos indeterminados’. É o cumprimento de tarefas constitucionalmente fixadas, mas não uma execução de preceitos; é uma atividade materialmente vinculada à constituição, mas não um mero ‘exercício de execução’ do ‘interesse público, cujos pressupostos estejam esgotantemente plasmados nas normas constitucionais’”.²³

No plano teórico-político e político-constitucional, da análise da discricionariedade legislativa, infere-se que a posição constitucional do legislador não é equiparável à posição da administração. Concebido o poder legiferante como um “fluxo da

²²

Ibidem, p. 222.

²³ Ibidem, p. 231.

soberania interna do Estado”, apenas são observadas “autolimitações” ou “autovinculações”, e não vinculações “heterônomas”. Há aqui, também, a idéia de legitimação democrática do legislador, ou seja, uma fundamental liberdade de decisão, assegurada pelo princípio democrático e que se apresenta incompatível com a idéia de execução nos atos legislativos. De outro modo, a liberdade de conformação do legislador é derivada “da própria componente formal do conceito de Estado de Direito, na medida em que o princípio da segurança jurídica, como valor indissociável da estabilidade, jogaria a favor da presunção de conformidade material da atuação do legislador e, conseqüentemente, da sua liberdade de conformação”. Novamente aqui enfatiza o autor que as normas constitucionais, quando muito, representam uma “vinculação negativa” e limitadora, não uma imposição de concretização.

É nesse sentido que atua o legislador, na sua liberdade de conformação política: um Estado-garantia estático não seria compatível com a multiplicidade de fatores e interesses a serem ponderados pelo legislador, que exigem, sim, um “Estado-legislativo criador suficientemente livre na determinação dos fins e na escolha dos meios”.²⁴ Por isso também, se diz que as normas constitucionais, sendo entendidas como “guia” e “onde não cabem todos os espaços concretos”, a concretização da Constituição seria um “ato constitutivo e criador”, mais do que “cognitivo”, seria um ato volitivo.

A atividade do legislador teria um caráter criador, constitutivo, volitivo, não executivo, e por isso mesmo não seria compatível com a idéia de um controle judicial desta atividade. Segundo Canotilho, a ponderação de interesses, apreciação de situações de fato ou juízos de valor feitos pelo legislador nada têm a ver com a “existência de limites jurídicos objetivos que se possam determinar inequivocamente numa decisão judicial” e que seriam pressupostos apenas de “justiciabilidade de uma medida”. Inere-se daí que o controle judicial não pode transformar-se em um controle político (juridicização do político). O que seria admissível, então, seria “apenas um controle dos limites externos dos atos legislativos, mas não já de uma devassa das considerações políticas subjacentes ao ato legislativo”.²⁵

²⁴ *Ibidem*, p. 239.

²⁵ Canotilho, *op. cit.*, p. 240.

Canotilho vê a teoria dos limites com sérias reservas, concluindo que a Constituição será sempre um limite, pois todos os atos são a ela vinculados; o que se impõe é a apuração do grau da vinculação positiva estabelecida pela Constituição. Diz ainda que o legislador, na sua liberdade de conformação, não se equipara a um agente administrativo, que para a prática de atos requer autorização legal, pois que, a atividade legiferante já é uma autorização global da Constituição, que estabelece as competências e as funções constitucionais de seus órgãos.²⁶

No que respeita à vinculação constitucional, é indiscutível que, no Estado Democrático Constitucional, todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas da Constituição, hierarquicamente superiores, havendo então que se levantar o conteúdo e a extensão de tal vinculação. Sustenta o autor que “a vinculação constitucional é uma vinculação através da fundamentação e não através de simples limites”, ou seja, que “implica a determinação positiva dos atos legislativos pelas normas constitucionais”, o que não implica, como se pensa, em “adesão ao pensamento da execução”. E tampouco à idéia estrita de contornos negativos presente na teoria dos limites.²⁷

Não menos interessante lembrar que a conformidade constitucional dos atos legislativos não tem a ver apenas com a sua legalidade constitucional, mas, também, com a sua legitimidade²⁸ e, por outra, “o princípio da constitucionalidade só pode conceber-se hoje como princípio de conformidade material e formal dos actos normativos infraconstitucionais, pelo que a legitimidade constitucional das leis deve ser apreciada tendo em vista não apenas uma exigência de compatibilidade (o que postularia tão-somente uma vinculação negativa e um pensamento de limites), mas também a exigência de conformidade, o que pressupõe um aprofundamento da heteronímia vinculante positiva das normas constitucionais”.²⁹

²⁶ Ibidem, p. 245.

²⁷ Ibidem, p. 249.

²⁸ Ibidem, p. 255.

²⁹ Ibidem, p. 257.

Importante observar, outrossim, que, conforme Lênio Streck,³⁰ é possível “anotar com Canotilho, que hoje não há normas (textos jurídicos) programáticas. As assim denominadas “normas programáticas não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, etc., juridicamente desprovidas de qualquer vinculariedade; às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. A positividade jurídico-constitucional das assim denominadas normas programáticas significa, segundo o mestre português, fundamentalmente o seguinte: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam”.³¹

Forçoso relembrar que, acreditando-se que o texto constitucional é dirigente e vinculante, “é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (banho de imersão, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou filtragem constitucional, no dizer de Clève)”.³²

3.1 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Diversos são os argumentos utilizados para fundamentar a legitimidade da justiça constitucional em geral e dos Tribunais Constitucionais em especial (no nosso caso, do

³⁰ Op.cit., p. 227-228.

³¹ Concordamos com Lênio Streck, quando diz preferir essa posição original de Canotilho e não as suas revisões críticas, dentre as quais “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente” (*in* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, p. 7-17), eis que não se pode abdicar da defesa de um direito intervencionista com espírito transformador, quando a nossa fala é feita a partir de um País como o nosso, com todas as suas mazelas e seus problemas.

³² Cf. Lênio Streck, op. cit., p. 229.

Supremo Tribunal Federal, caracterizado como Tribunal Constitucional). Alguns desses argumentos têm feição negativa, eis que respondem às objeções atinentes à violação da separação e divisão dos poderes, ou, por outra, à indevida invasão do plano político “*stricto sensu*” legislativo e, mesmo, administrativo.

Desse modo, temos argumentos, como a observação das alterações dos contornos jurídicos na divisão dos poderes do Estado contemporâneo; a necessidade de proteção de grupos sem expressão partidária e representação noutros órgãos de soberania; a relevância crescente dos sistemas partidários na prática dos sistemas de governo, com inversão de relações de subordinação jurídico-política; o reforço das maiorias e o chamado efeito marginalizador das minorias; a repercussão mediata dos sistemas eleitorais; a multiplicação e a complexificação das modalidades de lesão dos direitos fundamentais. Outros argumentos, com feição positiva, referem a influência da História; a titulação constitucional; a aproximação da justiça constitucional das realidades sociais, especialmente na defesa dos direitos fundamentais, dentre outros. Tais argumentos, de autores como Cappelletti, Favoreu e Stern, hoje, são tidos por pacíficos.³³

É importante anotar, outrossim, que essa legitimidade assenta, também, na idéia de um governo limitado. Não menos interessante lembrar que a legitimidade da justiça constitucional significa, antes de mais nada a legitimidade da própria Constituição. Em outras palavras, a primeira fonte de legitimidade da justiça constitucional é a consciência de que existe em cada Estado uma Constituição, à qual estão submetidos todos os cidadãos e também os poderes públicos.

Vale ressaltar, ainda, que essa legitimidade é a legitimidade da minoria frente à legitimidade da maioria, que é expressão da vontade geral, o que se reflete na questão dos direitos fundamentais, pois, nesta esfera de garantia a todos os cidadãos, em todo o caso, com independência da vontade majoritária.

33

Cf. SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Legitimação da Justiça Constitucional. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observada a importância da Constituição, levando em conta a necessária vinculação do legislador e, também, do Judiciário, face ao caráter dirigente e vinculante daquela, acresce notar a relevância do controle de constitucionalidade e, via de consequência, da justiça constitucional, lembrando que, no Brasil, esta é exercida, quanto ao controle difuso, por todos os juízes e tribunais, incidentalmente, e, quanto ao controle concentrado, especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal, exercendo a função de Tribunal Constitucional.

Importante, então, recordar com Lênio Streck que “assume importância a força normativa da Constituição”, conforme Konrad Hesse, de tal sorte que, “ao lado de uma superlegalidade formal (a Constituição como norma primária da produção jurídica), a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição”, conforme Canotilho e Vital Moreira, recordando, outrossim, a importância da interpretação conforme a Constituição, pois, para Hesse, “A Verfassungskonforme Auslegung, mais do que um método/modo de interpretar, é um princípio constitucional, justamente em face da força normativa da Constituição”, tanto que, “segundo este princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição. Essa consonância existe, então, não só quando a lei, sem a consideração de pontos de vista jurídico-constitucionais, admite uma interpretação que é compatível com a Constituição; ela pode também ser produzida por um conteúdo da Constituição. No quadro da interpretação conforme a Constituição, normas constitucionais são, portanto, não só “normas de exame”, mas também “normas materiais” para a determinação do conteúdo de leis ordinárias”.³⁴

³⁴ Op.cit., p. 231.

É possível entender que, para que isso ocorra, impõe-se aos operadores do Direito em geral, e em especial aos juízes constitucionais, seja no controle difuso de constitucionalidade, seja no controle concentrado, a pesada responsabilidade de ponderar os diversos valores em discussão, de ser prudente sem excessos de timidez nem excessos de arrogância, mas, cremos extremamente importante, sem excessos de formalismo, eis que o formalismo exagerado esconde, muitas vezes, ou a timidez ou a arrogância.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRITO, J. Sousa et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Legitimação da Justiça Constitucional. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.