

JURISDIÇÃO E TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

IVO FERREIRA GOMES
Procurador do Município de Fortaleza
Professor da Universidade de Fortaleza

RESUMO

Trata-se da relação entre a supremacia constitucional e a necessidade de controle da validade das leis e atos normativos por um órgão jurisdicional.

ABSTRACT

It is studied the relation between the constitutional supremacy and the necessity of controlling the validity of the acts and normative laws, by a jurisdictional organ.

1. INTRODUÇÃO

Entendemos imprescindível, para a melhor compreensão do tema em comento, a colocação de algumas premissas que expliquem o real significado da posição da Constituição no ordenamento jurídico do Estado, na condição de diploma legal supremo, ao qual devem submeter-se todas as outras espécies normativas produzidas pelos poderes constituídos. Tem a *Lex Fundamentalis* uma posição privilegiada na ordem jurídica, é hierarquicamente superior a todas as demais normas do Direito Positivo, tem supremacia sobre elas.

Uma segunda questão, digamos preliminar, diz respeito à dilemática conceituação do que vem a ser uma lei ou ato normativo inconstitucional. O fato da Lei Maior ditar uma determinada conduta ao legislador ordinário, não significa, necessariamente, que este agirá sempre conforme os preceitos

daquela, afinal, é o Direito uma ciência do dever-ser, podendo seus preceitos legais ou constitucionais serem desobedecidos a todo instante, daí a necessidade de uma permanente vigilância para que a Lei Maior não tenha seus ditames comprometidos. Não é fácil, todavia, definir, como afirmamos acima, as formas empregadas numa possível agressão ao texto constitucional e os efeitos de uma eventual expulsão de uma norma do ordenamento jurídico, sob a acusação de ser incompatível com o Texto Maior.

Superadas estas questões propedêuticas, partiremos para a análise do tema propriamente dito. Para isto faremos algumas incursões históricas com o fito de identificar as razões do surgimento das duas formas existentes, hoje, de controlar a constitucionalidade das leis ou atos normativos. Iremos, primeiro, aos Estados Unidos da América, onde buscaremos os motivos que conduziram os estadonidenses a preferir o controle da constitucionalidade realizado por um órgão de natureza jurisdicional, pertencente às estruturas do Poder Judiciário. Depois iremos à Europa continental, pós-revolução burguesa, para entendermos porque estes ordenamentos jurídicos preferiram entregar tão nobre missão — a de velar pela Constituição — a um órgão diferente dos americanos do norte, a um órgão de natureza essencialmente política, os Tribunais Constitucionais.

Dando seqüência ao estudo, descrevemos resumidamente a estrutura orgânico-funcional dos principais Tribunais Constitucionais europeus, como o alemão, o espanhol, o italiano, o português e o austríaco, além do francês, que apresenta-se com enormes diferenças dos demais.

Finalizando, abordaremos a forma escolhida pelo Constituinte de 1988 para controlar a constitucionalidade das leis ou atos normativos produzidos pelas autoridades legislativas e administrativas brasileiras. Questionaremos a coerência e a eficiência desta sistemática e, despretensiosamente, apontaremos algumas sugestões para uma possível mudança de tal estrutura.

2. A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A Constituição, vista sob o prisma material, isto é, como a norma positiva através da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais,¹ é o documento jurídico-político sob cuja orientação encontra-se todo o ordenamento jurídico de um dado Estado.

É Ela a responsável pelo estabelecimento de diretrizes norteadoras da vida em uma sociedade geograficamente delimitada. Estabelece os padrões de organização, de estruturação do Estado ao qual está vinculada. E como tal, no dizer do Professor José Afonso da Silva,

"Se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os

1 KELSEN, Hans. "Teoria Pura do Direito". São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1991.

reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.²

Diante desta incontestável posição de preponderância na ordem jurídica estatal, faz-se mister que se estabeleçam com suficiente clareza instrumentos que assegurem a sua incolumidade frente à permanente ameaça de seu descumprimento pelos órgãos constituídos e, também, pelos indivíduos. De nada adianta, então, insistir-se na lógica superioridade constitucional em relação a todas as outras espécies normativas, se não lhe são conferidos meios para que seja efetivamente garantida a sua supremacia, sua posição de hierarquia superior.

Estes meios devem, por dever de coerência, ser estabelecidos no próprio corpo da Constituição. São instrumentos, na verdade, de auto-proteção. O primeiro deles, sem o qual nenhum outro fará sentido, diz respeito à rigidez do seu texto. Segundo tal característica, o texto constitucional só poderá ser modificado mediante a utilização de um procedimento propositalmente mais dificultoso, mais solene, do que aquele empregado para a confecção de simples normas ordinárias. Isto sem falar das cláusulas pétreas, dispositivos integrantes da Carta Política de impossível modificação pelo legislador ordinário.

Diante do que foi afirmado acima, fica claro que "havendo, como sempre há, uma formalidade maior e mais complexa para a variação constitucional, o que não há para a variação legislativa ordinária, não se pode deixar de admitir, e mesmo exigir, uma subordinação hierárquica entre as duas nomenclaturas."³

Os outros instrumentos existentes em decorrência da rigidez constitucional, consistem, segundo J.J. Gomes Canotilho, primeiro, na vinculação de todos os poderes constituídos, especialmente o Executivo, o Legislativo e o Jurisdicional à Carta Magna. Segundo, na existência de competências de controle, político e jurisdicional, do cumprimento da Constituição. Para ele, "a Constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o escalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior diretamente vinculante em relação a todos os poderes públicos."⁴

Faz-se necessário, ainda reproduzindo a posição do professor português, a instituição da fiscalização da constitucionalidade das leis e demais atos normativos emitidos pelos diferentes componentes da estrutura política do Estado.

2 SILVA, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo." São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 44.

3 MELLO, José Luis de Anhaia. "Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição". São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 61.

4 CANOTILHO, J.J. Gomes. "Direito Constitucional." Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 970.

Com efeito, são a fiscalização acima mencionada e o procedimento adotado para a sua efetivação os mais controversos vetores do Direito Constitucional moderno. Primeiro, porque suscitam a dificuldade em admitir-se a existência de uma lei ou ato normativo que traga consigo o vício da inconstitucionalidade. Para muitos estudiosos do tema, como veremos adiante, não existe uma lei revestida de tal característica. É, segundo eles, uma impropriedade a afirmação contrária. Segundo, pela diversidade de concepções na identificação do órgão com competência para exercer a missão de fazer a cisão entre a lei coerente com a Lei Máxima e a incoerente.

Esclareçamos, entretanto, que, ao discorrer sobre toda a importância da solidez do texto constitucional, não pretendemos fazer apologia à eternização de seus mandamentos, contra adaptações e mudanças que a sociedade possa vir a exigir, mas sim, "contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado."⁵

3. A LEI INCONSTITUCIONAL

Uma lei ou ato normativo qualquer são inconstitucionais quando contrariam, no todo ou somente em partes, o texto da Constituição.

Tais inconstitucionalidades podem surgir, ou porque durante a sua formação houve um desrespeito à norma que estabelece o processo legislativo — inconstitucionalidade formal, ou procedimental — ou porque a própria matéria sobre a qual versa a lei ou ato normativo fere algum ou alguns dispositivos do texto da Lei Suprema, na sua substância — inconstitucionalidade material.⁶

Afirmamos já que uma das garantias da supremacia constitucional reside na existência de um órgão que identifique possíveis agressões à Lei Maior e, após esta identificação, compete a tal órgão promover a invalidação, a expulsão da norma viciada do ordenamento jurídico. Este procedimento gera uma infundável controvérsia no que diz respeito aos efeitos já gerados por esta norma enquanto foi vigente, antes de ser retirada a sua executividade. A controvérsia consiste na caracterização desta norma como nula ou anulável, conseqüentemente, nos efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Para a maior parte da doutrina do **common law** norte-americano, a lei eivada de inconstitucionalidade, na realidade, nunca existiu. É natimorta, e assim sendo, é nula. Os efeitos da **judicial review** que a identifica como tal são, portanto, *ex tunc*. Thomas M. Cooley, constitucionalista estadunidense, citado por Gilmar Ferreira Mendes afirma o seguinte:

"When a statute is adjudged to be unconstitutional, it is as if it had never

5 *Idem*, p. 971.

6 MELLO, José Luis de Anhaia. *Op. cit.* p. 82.

been. Rights cannot be built up under it; contracts which depend on it for their consideration are void; it constitutes a protection to no one who has under it, and no one can be punished for having refused obedience to it before the decision was made. And what is true of an act void "in toto" is also as to any part of an act which is found to be unconstitutional, and which, consequently, is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force."⁷

José Luis De Anhaia Mello, por seu turno, explica que "esses efeitos ou operam *ex nunc*, ou *ex tunc*, conforme a lei seja considerada nula ou produzindo alguns efeitos por força de sentença declarativa ou constitutiva. No caso de sentença declarativa os efeitos são retroativos, atingindo situações e atos pretéritos; se a sentença for constitutiva, os seus resultados só atuam para o futuro."⁸

Em oposição à tese norte-americana, Hans Kelsen afirma que tal categoria de lei, a inconstitucional, simplesmente não existe. É uma impropriedade se falar em lei inconstitucional. Se há uma lei é porque encontrou fundamento de validade na Constituição e está apta a gerar os efeitos para os quais foi elaborada. Para o positivista austríaco, explicando tal ponto de vista:

*"A afirmação de que uma lei válida é contrária à Constituição é uma contradictio in abstracto; pois uma lei só pode ser válida com fundamento na Constituição. . . De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela. . . Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida, não pode ser inconstitucional."*⁹

O que se extrai do raciocínio kelseniano e que a chamada "lei inconstitucional" está autorizada a gerar efeitos enquanto não é declarada como tal e, portanto, não é nula, e sim, anulável. "**As chamadas leis inconstitucionais são leis conforme a Constituição que todavia, são anuláveis por um processo especial**", afirma **KELSEN**.¹⁰ A conclusão subjacente a este pensamento é que, enquanto não for declarada inconstitucional, tal lei gera seus efeitos como se válida fosse.

Para nós, apresenta-se como mais coerente a posição do Mestre de Praga, posto que a nulidade, pura e simples, pode trazer consigo graves problemas no que tange à segurança jurídica, já que pode demorar — a lei inconstitucional — muito tempo até que seja declarada inconstitucional, gerando assim um infundável número de efeito de impossível desconstituição. Tanto é assim que, mesmo os defensores da idéia da nulidade absoluta reconhecem dificuldades em algumas situações.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. "Controle da Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos." São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 13.

8 MELLO, José Luis de Anhaia. Op. cit. pp. 106-107.

9 KELSEN, Hans. Op. cit. p. 287.

10 KELSEN, Hans. Op. cit. p. 290.

A afirmação de José Luis De Anhaia Mello é prova patente da dificuldade encontrada na vida prática de conciliar os efeitos desconstitutivos da declaração de inconstitucionalidade com relações jurídicas solidamente firmadas com base numa lei viciada. Para MELLO:

*"De fato, não pode o particular, o cidadão, fazer, de per si, a consideração inicial acerca da constitucionalidade ou não de uma lei que lhe ampare ou lhe outorgue direitos e vantagens. PIERANDREI, já citado algumas vezes, tenta a solução intermediária, no sentido da preservação das relações definitivamente constituídas e a caducidade das em curso."*¹¹

4. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS

Consciente, há muito, da imensa problemática que ronda a adequação das normas ordinárias ao conteúdo da Constituição, a doutrina constitucionalista tem se empenhado no desenvolvimento de técnicas e sistemas que tenham por função precípua a identificação de vícios nas leis ou atos normativos, e a conseqüente expulsão destas do ordenamento jurídico pretensamente atingido na sua coerência e unidade. Qual seria, então, a maneira mais conveniente de assegurar o respeito pela Constituição rígida e de fazer ficar sem efeito uma lei inconstitucional? Para Marcello Caetano a identificação das inconstitucionalidades legais pode ser feita tanto por um órgão político, como por um órgão jurisdicional.¹²

Para melhor compreendermos a forma de atuação e a estrutura de um e de outro, entendemos ser necessário a busca do *background* histórico de cada um deles. Começamos pelo modelo **norte-americano** de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Neste país funciona o sistema jurisdicional de controle, no qual as funções de repressão às normas viciadas dá-se por intermédio do Poder Judiciário, através de todos os seus juizes e tribunais.

A concentração nas mãos do Poder Judiciário norte-americano da missão da guarda da Constituição tem origem na oposição feita à Assembléia inglesa, ocupada na formulação de normas injustas ao Estado americano emergente. Tal oposição acabou por comprometer a imagem do Poder Legislativo local, que ficou sob a vigilância permanente do Judiciário, temente da repetição em solo americano, do que acontecia na ex-matriz. Há ainda uma razão de especial relevância para a supervalorização do Poder Judiciário americano, que é a herança do **judicial review** inglês e que preconiza a superioridade do direito de origem judicial sobre o direito elaborado pelo parlamento.

11 MELLO, José Luis de Anhaia. Op. cit. p. 111.

12 CAETANO, Marcello. "Manual de Ciência Política e Direito Constitucional." Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 346.

5. O CASO MARBURY X MADISON

O sistema norte-americano de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos foi consolidado numa célebre decisão da Suprema Corte americana, prolatada pelo Juiz Marshall, estendendo o poder de controle dos juizes às leis do Congresso, controle até então limitado às leis e às constituições estaduais.¹³ Trata-se do caso Marbury versus Madison.

Em síntese, conta Orlando Soares,

"O caso Marbury envolvia a questão da competência ou não da Suprema Corte para se pronunciar sobre a legalidade de atos emanados de outros órgãos do governo, ou seja, os poderes Legislativo e Executivo. Marbury havia sido nomeado pelo Presidente John Adams para o cargo de juiz de paz, sem que tivesse tomado posse até o término do mandato presidencial, que dizer, sua designação tinha sido assinada, mas não efetivada, quando Jefferson, o novo presidente, tomou posse, determinando então ao seu secretário de Estado, Madison, que sustasse dita nomeação. Marbury, baseado na seção 13, da Lei Judiciária de 1789, requereu à Corte Suprema uma ordem para obrigar Madison a nomeá-lo."¹⁴

Convém salientar que a Constituição norte-americana não prevê, em seu texto, a hipótese de revisão judicial da constitucionalidade das leis, nem atribui especialmente ao Poder Judiciário a competência para anular, ou deixar de aplicar os atos emanados do Congresso ou do Poder Legislativo estadual. O **judicial review**, ou seja, a revisão judicial, foi uma criação da jurisprudência.¹⁵ A lógica desse sistema consiste justamente na crença de que ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio termo entre as alternativas. Se um ato legislativo, oposto à Constituição é nulo, como pode ele, sem embargo de sua invalidade, vincular tribunais e obrigá-los a reconhecer-lhe efeito? Para Marshall, ao justificar sua postura, é dever do Poder Judiciário declarar o direito. De modo que, se uma lei colide com a Constituição, se ambas, a lei e a constituição, se aplicam a uma determinada causa, o tribunal há de decidir essa causa, ou de conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou de acordo com a Constituição, ignorando a lei; em suma, à Corte compete determinar qual dessas regras antagônicas se aplica à espécie litigiosa, pois nisso consiste a essência mesmo do dever judiciário.¹⁶

13 ROCHA, José de Albuquerque. "Justiça Constitucional: Modelo Americano ou Modelo Europeu-Continental." Artigo inédito. p. 09.

14 SOARES, Orlando. "Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil." Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993, p. 468.

15 Idem.

16 BONAVIDES, Paulo. Op. cit. pp. 237-238.

Apesar das inúmeras controvérsias que o sistema norte-americano — ou jurisdicional — inspira, já que, para muitos, há nele uma clara interferência do Poder Judiciário sobre as competências dos poderes Executivo e Legislativo, não há dúvida, para Paulo Bonavides, de que:

"Exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se com-padece melhor com a natureza das constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial — a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde se alicerça sobre o forma-lismo hierárquico das leis."¹⁷

Esta brilhante defesa do professor cearense suscita, entretanto, uma dúvida acerca da atuação do Poder Judiciário neste mister. O profundo apego deste Poder aos formalismos jurídicos e a letra fria da norma não comprometeria uma abordagem mais axiológica desta? Este respeito demasiado à lei não desprezaria um componente importante da norma jurídica que é o seu aspecto político, e assim sendo não tenderia o Poder Judiciário a formar um conceito desideologizado do texto constitucional, diploma este com marcas políticas profundas? Acreditamos sinceramente que sim, especialmente quando se toma como exemplo a atuação dos juizes e tribunais brasileiros, quase nunca criativa, sendo estes meros repassadores ao caso concreto do que está estabelecido abstratamente em nossos textos legais.

Finalizadas as considerações acerca do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos realizado por um órgão jurisdicional, passaremos a seguir a tecer comentários a respeito deste controle, agora realizado por um órgão de natureza política. Para tal, como fizemos anteriormente, nos reportaremos às razões históricas que levaram os europeus continentais a formularem esta doutrina.

O processo de criação destes órgãos políticos foi exatamente o inverso daquele que provocou o aparecimento do controle jurisdicional. O paradigma negativo aqui, ao invés do parlamento, foi o tribunal, a corte jurisdicional francesa, os chamados **parlements**, tribunais estes reacionários e corporativistas, defensores intransigentes de seus privilégios. Estas características provocaram uma profunda desconfiança do regime emergente, pós-revolucionário de 1789. Isto provocou o seu enfraquecimento, a supressão de muitas de suas competências, as quais foram transferidas para o Parlamento, este sim, o verdadeiro órgão representativo do povo.¹⁸

O professor Paulo Bonavides afirma que o idealizador de tal sistema de controle foi o jurista revolucionário Emmanuel Siyès. Assim se expressou Bonavides:

17 BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 233.

18 ROCHA, José de Albuquerque. Op. cit. p. 11.

*“Com propor ele um mecanismo político de controle, cuidava interpretar e remediar o sentido nacional de desconfiança contra os tribunais do **ancien régime**. No ano III trazia Siéyès à Convenção o seu projeto de criação de um **Jurie Constitutionare**, de natureza representativa, dotado de competência para anular leis e julgar reclamações contra atos inconstitucionais.”¹⁹*

O projeto de Siéyès foi, entretanto, imediatamente rejeitado pela Convenção, mas, em 1958 ressurgiu com o nome de Conselho Constitucional. Sua principal característica diz respeito ao controle preventivo da constitucionalidade das leis ou atos normativos. Seguiram os passos franceses as constituições das extintas União Soviética, Tcheco-Eslováquia e da República Malgaxe.

Embora não seja exatamente a sistemática utilizada na maioria dos países da Europa continental, o modelo francês é a fonte remota de inspiração para a criação de todos os Tribunais Constitucionais existentes no “velho mundo” nos dias atuais. Da descrição destes tribunais nos ocuparemos a seguir.

6. O LEGADO KELSENIANO

Uma das maiores contribuições deixadas por Hans Kelsen à moderna doutrina constitucionalista foi, sem sombra de dúvida, a idéia do controle da constitucionalidade das leis feito por um tribunal especialmente criado com tal finalidade. De nacionalidade austríaca, colaborou intensamente na confecção da Carta Magna de seu país, que foi promulgada em 1º de outubro de 1920 e que trouxe no seu texto o primeiro esboço do hoje amplamente difundido Tribunal Constitucional.

A idéia de Hans Kelsen era constituir um órgão que enfeixasse toda a competência decisória em matéria de constitucionalidade, “um sistema de jurisdição concentrada”. Este órgão estaria fora da estrutura orgânica dos três poderes.

A tese do positivista austríaco foi incorporada pelas constituições de quase todos os países da Europa ocidental. A estrutura destes tribunais varia, entretanto, de país para país, bem como suas funções típicas. É pacífica, todavia, a idéia de que ele deve ser constituído por especialistas do Direito, com larga experiência no ramo.

Na Áustria, berço do sistema, a Corte De Justiça Constitucional é composta por 14 membros e seis suplentes, escolhidos, na sua maioria, pelo Presidente da República por propostas do Governo Federal, dentre juízes, funcionários da administração e professores da Faculdade de Direito e de

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, p. 231.

Ciência Política das universidades. O Tribunal Constitucional Federal alemão, por seu turno, segundo a Constituição de 1949, “compõem-se de juízes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal são eleitos metade pela Dieta Federal (a nossa Câmara dos Deputados) e metade pelo Conselho Federal (nosso Senado). Eles não podem pertencer nem à Dieta, nem ao Conselho Federal, , nem aos órgãos análogos de um Estado-membro.”

Pinto Ferreira expõe que “na República Portuguesa o Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes; três dos juízes designados pela Assembléia da República e três juízes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre os juízes dos restantes tribunais, e os demais, dentre juristas.”²⁰

De acordo com o art. 159 da Constituição da Espanha, “O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idêntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial. Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão. Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três em três anos.”

Na Itália, por fim, a Corte Constitucional é composta por quinze juízes, assim nomeados: Um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento, em sessão comum e um terço pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas. Os juízes são nomeados para um mandato de nove anos, renovando-se parcialmente, não sendo imediatamente reelegíveis.

Dos tribunais constitucionais já referidos, dois apresentam características mais democráticas do que os outros. Referimo-nos aos tribunais alemão e espanhol. No primeiro, existe o chamado Processo de Recurso Constitucional, segundo o qual, qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela autoridade pública, no tocante a direitos individuais previstos e inscritos na Constituição, tem o direito de recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. É um recurso próprio para a tutela dos direitos fundamentais.

Na Espanha, à sua vez, existe o Recurso de Amparo, que autoriza qualquer pessoa, natural ou jurídica, a pedir a proteção contra a violação dos direitos e liberdades fundamentais.

²⁰ FERREIRA, Pinto. “A Jurisdição Constitucional” in “O Judiciário e a Constituição”, organizado por Salvo de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, pp. 209-210.

Tais tribunais, ao abrirem-se à postulação individual, diminuíram as inúmeras críticas feitas a eles, acusados muitas vezes de elitismo, com que ousamos discordar na medida em que acreditamos ser atividade praticamente impossível a um órgão composto dentre treze a dezessete membros, dar vazão a enorme demanda por proteção a direitos que são suscitados pela vida cotidiana na sociedade.

As Inconstitucionalidades no Brasil

Fazendo a conexão entre os modelos de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos já aqui descritos, o norte-americano e o europeu continental, e a estrutura constitucional pátria, passa a ser tarefa de fácil desempenho o enquadramento do modelo adotado no Brasil em uma destas duas hipóteses. O país não possui nenhum órgão colegiado, dissociando da estrutura orgânica do Poder Judiciário, que exerça alguma função judicante, o que nos conduz a uma conclusão lógica, qual seja a de que adotamos, na guarda da segurança da Lei Maior, o sistema idealizado na Inglaterra e aperfeiçoado e implantado pelos americanos do norte.

O Brasil escolheu para controlar a constitucionalidade das leis toda a estrutura do Poder Judiciário, todos os seus juizes e tribunais e revestiu o Supremo Tribunal Federal com o manto da cúpula deste poder. Perdeu o constituinte de 1988 uma grande oportunidade de alçar aquela corte à categoria de Tribunal Constitucional, dissociando-o do Poder Judiciário.

Afigura-se-nos incoerente a posição do constituinte pátrio ao propugnar pelo modelo norte-americano de proteção constitucional. Incoerente e porque não dizer conservadora? Para nós tem sido comum observar a forma desmedida como nosso legislador, seja constituinte, seja ordinário, tem se ocupado em transplantar para o Brasil institutos de origem estrangeira sem levar em conta nossas tradições, nossas peculiaridades. Isto aconteceu, como é óbvio, com a nossa sistemática de jurisdição constitucional.

O Brasil, herdeiro — como a maioria dos países da Europa continental — da sistemática jurídica romano-germânica, portanto com raízes profundas no formalismo jurídico, no rigor da letra da lei, na supremacia da lei sobre a jurisprudência, adota um método de controle constitucional típico de países onde há uma clara e estrutural preponderância do juiz à lei formal, onde o Direito há muito tem sido escrito pelos tribunais e não pelos parlamentos.

E qual o vetor conservador, subjacente à opção por este sistema? Ora, se o juiz brasileiro, pela estrutura em que se enquadra e pela cultura que inspira a sua formação, de submissão ao ditames legais, aos rigorismos formais, de mero "atravessador" legal, não tem por tradição a inovação, a criatividade na aplicação do Direito, como pode ele então ousar ao ponto de

fazer uma interpretação política — como deve ser feita — do texto constitucional, fazer com que os comandos constitucionais sejam efetivamente cumpridos em toda a sua plenitude, se para isso tem o juiz que revelar muitas vezes o texto legal ordinário para se envolver com questões mais abstratas, de cunho axiológico, político, como são os mandamentos constitucionais ditos programáticos, por exemplo?

O que tem acontecido é que, por falta de um tribunal constitucional, dissociado do Poder Judiciário, a Constituição brasileira, em muitos dos seus dispositivos, tem permanecido inaplicada por falta de ousadia e criatividade de nossos juizes, que justificam-se com a velha retórica conservadora de que não se pode aplicar determinados ditames constitucionais por ausência absoluta de regulamentação por parte do legislador ordinário. E pior, em inúmeros casos concretos, temos assistido uma, escancarada agressão aos princípios constitucionais, por estes mesmos juizes, ao preferirem, no seu mister jurisdicional, aplicar a lei, mesmo em detrimento da Constituição, por ser aquela mais específica do que essa, mera carta de princípios, segundo os mesmos.

Concluimos, então, com a idéia de urgente adequação da estrutura jurídico-constitucional do país às suas tradições primeiras, à sua real origem. Entendemos necessário a criação de um Tribunal com características não jurisdicionais, mas políticas, com a missão de interpretar e velar pela segurança de um documento de essência política, já que a Constituição de um país é a expressão da vontade do povo, uma decisão política.

Esse Tribunal deveria, em nossa opinião, ser constituído de especialistas do Direito, com larga experiência na área, e de indicação de cada um dos três poderes da República, além de membros apontados por outros segmentos da sociedade como o Ministério Público e a OAB. Deveriam, também, ao contrário do que acontece nos tribunais brasileiros atuais, ter mandato fixo a fim de não perpetrar-se no Tribunal velhos conceitos e doutrinas não mais compatíveis com o pensamento dominante na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
02. BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.
03. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.
04. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

05. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.
06. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
07. FERREIRA, Pinto. **A Jurisdição Constitucional in: "O Judiciário e a Constituição" organizado por Salvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 1994.
08. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
09. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
10. MELLO, José Luis de Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
11. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
12. PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
13. QUEIROZ, Cristina M.M. **Os Actos Políticos no Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1990.
14. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
15. SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
16. USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion Constitucional y Formula Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.