

Lidiane Maurício dos Reis

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E OS PROCEDIMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE CONSTITUTIONALITY CONTROL PROCEDURES IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

*Lidiane Maurício dos Reis*¹

RESUMO

O artigo apresentado propõe uma análise da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito, no que tange a proteção e efetividade dos direitos fundamentais, por meio da implementação de um sistema de garantias constitucionais, afastando, portanto, a ideia de que a jurisdição é uma atividade instrumental e secundária. A partir dessas considerações, será realizada uma análise crítica do controle de constitucionalidade judicial brasileiro, chamado de controle misto, por concatenar características difusa e concentrada.

PALAVRAS – CHAVE: Jurisdição constitucional; controle de constitucionalidade; processo constitucional.

ABSTRACT

The article presents an analysis of the Constitutional Jurisdiction in the Democratic State of Law, regarding the protection and effectiveness of fundamental rights, through the implementation of a system of constitutional guarantees, thus removing the idea that jurisdiction is an activity Instrumental and secondary. From these considerations will be carried out a critical analysis of the control of Brazilian judicial constitutionality, called mixed control, by concatenating diffuse and concentrated characteristics.

KEY-WORDS: Constitutional Jurisdiction; Constitutionality control; Constitutional process.

1. Introdução

¹ Doutoranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/Puc Minas. Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Ciências Penais - IEC Puc Minas. Professora da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete/FDCL. Pesquisadora e Advogada. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4454536Z7>.

Lidiane Maurício dos Reis

Para uma análise do exercício da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, é indispensável compreender que toda jurisdição é sempre constitucional, e portanto, no julgamento dos casos concretos, deve preservar o ordenamento jurídico constitucional, observando a garantia do devido processo constitucional.

A expressão *jurisdição constitucional* não se restringe a proteger direitos fundamentais. Engloba a efetividade - por meio da implementação de um sistema de garantias constitucionais, e a possibilidade de controle de leis ordinárias e atos estatais, quando realizados em desconformidade com as normas constitucionais, evidenciando, assim, a supremacia da Constituição.

Partindo dessas considerações, propõe-se, inicialmente, apresentar o conceito de jurisdição e sua finalidade no Estado Democrático de Direito, destacando a ausência do fracionamento da jurisdição a partir de ramos do direito. Posteriormente, será analisada a jurisdição constitucional e sua relação com o processo constitucional, para a efetivação das garantias procedimentais constitucionais. Por fim, é realizado um estudo do controle de constitucionalidade brasileiro, apontando as críticas realizadas pela doutrina quanto ao modelo adotado, destacando-se os procedimentos utilizados para a efetivação da jurisdição constitucional.

2. Conceito de jurisdição

A jurisdição², no Estado Democrático de Direito, corresponde a uma das três funções essenciais do Estado *que permite, quando provocado, pronunciar o direito*

²Depreende-se que a *jurisdição*, em sua origem, é a estratificação histórica da figura da *arbitragem* legalmente institucionalizada e praticada, de modo exclusivo e monopolístico, pelo Estado. A *jurisdição*, quando não está previamente condicionada à principiologia legal do processo, cuja plataforma jurídica fundamental se encontra insculpida na maioria das constituições modernas, é mera atividade de julgar e descende diretamente da primeira *arbitragem*, em que a clarividência

Lidiane Maurício dos Reis

de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base o processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas constitucionais e infraconstitucionais (BRÊTAS, 2015, p. 28). No mesmo sentido, Rosemiro Pereira Leal afirma que a jurisdição (judicação), por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo (LEAL, 2016, p. 51).

Coadunando com esse entendimento, Alexandre Freitas Câmara define:

jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta (...) e o ato jurisdicional que dá solução à causa precisa ser construído através do processo, entendido como procedimento em contraditório (CÂMARA, 2016, p. 33).

Ante essas considerações, embora muitos autores ensinem que a jurisdição é uma atividade secundária³ e instrumental⁴, que declara e realiza, de forma prática, a “vontade da lei”⁵, não há no Estado Democrático de Direito, o exercício da função jurisdicional sem a estreita observância das normas constitucionais e infraconstitucionais. Conclusivo, partindo dessa análise, foi o posicionamento do processualista Ronaldo Brêtas:

divinatória dos sacerdotes e o carismático senso inato de justiça dos pretores e árbitros é que marcavam e vincavam o acerto e a sabedoria de suas decisões. (LEAL, 2016, p. 49).

³Secundária, porque através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido primariamente exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 50). Nota-se que a noção de jurisdição adota pelo autor é absolutamente limitada e não se aproxima da noção de processo como atividade de dever do Estado submetida ao devido processo constitucional.

⁴Citando Enrico Tullio Liebman, Humberto Theodoro Júnior esclarece que a jurisdição é instrumental porque, não tendo outro objetivo principal, senão o de dar atuação prática às regras do direito, nada mais é a jurisdição do que um instrumento de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência dos cidadãos. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 50).

⁵Humberto Theodoro Júnior esclarece que na concepção atual da jurisdição, quando se cogita da realização da “vontade da lei” não se refere à simples reprodução da literalidade de algum enunciado legal, mas à implementação da norma jurídica, na qual se traduz o direito do caso concreto, cuja a formulação pelo julgador haverá de levar sempre em conta a superioridade hierárquica das garantias constitucionais bem como a visão sistemática do ordenamento jurídico, os seus princípios gerais e os valores políticos e sociais que lhe são caros. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 49-50).

Lidiane Maurício dos Reis

Essa manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo estatal, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização da hermenêutica canhestra, fundada no “prudente (ou livre) arbítrio do juiz” incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, como, ao contrário, até hoje e infelizmente, alguns doutrinadores supõe e apregoam (BRÊTAS, 2004. p. 86).

Para o renomado processualista mineiro, Ronaldo Brêtas, a jurisdição, por ser uma atividade dever do Estado, *é também direito fundamental de qualquer pessoa, natural ou jurídica, por força da declaração normativa expressa no texto da Constituição* (BRÊTAS, 2015, p. 92) e a fruição deste direito somente se dá pela garantia fundamental do processo constitucional.

A partir dessa demarcação, vislumbra-se que no Estado Democrático de Direito, toda a jurisdição é constitucional, porque *somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais* (BRÊTAS, 2015, p. 38), e *não somente a jurisdição exercida pelas Cortes ou Tribunais Constitucionais no sentido de promover anulação de leis ou atos normativos inconstitucionais* (DEL NEGRI, 2016, p. 323).

2.1 Atecnia do fracionamento da jurisdição

É muito comum localizar pensamentos doutrinários que diversificam a jurisdição, vinculando-a ao ramo do direito cujas as regras são aplicadas na solução dos casos concretos. Fala-se em jurisdição civil, penal ou trabalhista, sem observar que a jurisdição é exercício de atividade-dever do Estado, una e indivisível, que realiza o direito na sua totalidade, e portanto, não admite divisões e fracionamentos. (BRÊTAS, 2004, p. 50).

Lidiane Maurício dos Reis

Como muito bem destacado por Ronaldo Brêtas, não se vislumbra sentido técnico⁶ em se diversificar a jurisdição, considerando a consagração do sistema de jurisdição una adotado no Brasil. Não se pode considerar diversas jurisdições, somente porque ao efetivá-la no processo o Estado aplica as normas de direito civil, penal ou comercial, considerando *como se fossem múltiplas as atividades estatais jurisdicionais* (BRÊTAS, 2015, p. 50.). *Existe, tecnicamente, múltiplas manifestações de uma só jurisdição, para atender à pluralidade e à especialização decorrentes dos ordenamentos jurídicos* (BARACHO, 1984, p. 80).

Vários doutrinadores estabelecem critérios para formular as espécies de jurisdição, levando em consideração a matéria, a graduação dos órgãos que a exercem ou o seu objeto.

Nos países em que a jurisdição é dúplice, como na França, existem duas ordens jurisdicionais independentes, sendo elas, a jurisdição administrativa⁷ e a jurisdição judicial. A jurisdição administrativa, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, tem a finalidade de solucionar litígios de caráter administrativo, *corrigindo as distorções da administração pública, com a possibilidade da defesa dos direitos do indivíduo, tendo em vista as relações que ocorrem do exercício do poder público com o administrado* (BARACHO, 1984, p. 84). Como no Brasil a jurisdição é una, não à que se falar em jurisdição administrativa.

⁶Partindo das críticas realizados por Lalande sobre o significado da palavra técnica, no sentido de que ela corresponde a procedimentos conjugados e bem orientados para a produção de resultados úteis, Aroldo Plínio Gonçalves afirma que há elementos que nos permitem afirmar que a técnica precede a ciência, sendo a técnica um conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades. Por meio da utilização de diversas técnicas, a ciência do direito constrói teorias explicativas, compreende e soluciona os fenômenos jurídicos, contribuindo para a construção jurídica. A partir dessas considerações, por ser a jurisdição una, não é possível fracioná-la. (GONÇALVES, 2012, p. 23).

⁷“A jurisdição administrativa foi criada em 1790 na França, por meio da Lei de Organização Judiciária. Juntamente com os órgãos da jurisdição judicial, há órgãos específicos e autônomos da jurisdição administrativa, dos quais o Conselho de Estado é o tribunal supremo, todos competentes para o julgamento das questões emergentes do exercício da função administrativa estatal”. BRÊTAS, 2015, p. 51.

Lidiane Maurício dos Reis

Ressalta-se que no Brasil, regra geral, são competentes para o exercício da função jurisdicional os órgãos judiciais (juízes e tribunais), nos termos do art. 92 da CF/88. Entretanto, adverte Ronaldo Brêtas que essa função também é atribuída a outros órgãos estatais, dentre eles o Senado Federal – competente para o julgamento do Presidente e Vice – Presidente da República, Ministros do Estados, Ministros do STF, Procurador Geral da República, Advogado Geral da União, Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos caso de crimes de responsabilidade e da mesma natureza conexos. Admite-se também essa hipótese nos casos de decidirem sobre a perda de mandato dos membros, por infringência ao disposto no art. 54 da CF/88, procedimento incompatível com o decoro parlamentar ou quando condenados criminalmente, com decisão passado em julgado. (BRÊTAS, 2015, p. 52).

3. Jurisdição constitucional

Muitos doutrinadores utilizam as expressões “jurisdição constitucional” e “justiça constitucional” como sinônimas, com um objetivo único de defesa da Constituição, sem, contudo, realizarem a devida demarcação terminológica.

Para André Del Negri, a sonora expressão “justiça constitucional”:

precisa ser interrogada, porque excessivamente polissêmica, suficientemente confusa e de capacidade hermenêutica dilatada o bastante para ser carregada de subjetividade (exagero retórico), cuja a maneira de ver, sentir e reagir pode induzir as pessoas a acreditar que ela seria própria de cada juiz ou tribunal como os produtores de “tutelas” conferidas por inteligências clínicas. (DEL NEGRI, 2016, p. 324).

A palavra justiça soa como textos infantis dirigidos às crianças que, sem capacidade de discernimento, corroboram mitos que vão operar em cima de uma opinião naturalizada, afirmando-a, reforçando-a. Citada expressão ganhou fôlego por

Lidiane Maurício dos Reis

influência dos americanos do norte, pois passou a ser entendida como um meio fidedigno de o juiz/tribunal (Suprema Corte) garantir os preceitos da Constituição, em âmbito de proteção de direitos fundamentais, com discursos morais. (DEL NEGRI, 2016, p. 325).

Lado outro, de forma limitada, para Georges Abboud, a jurisdição constitucional tem como tarefa decidir, com autoridade, os casos de violação ao texto constitucional, destacando-se quatro funções que entende ser primordiais: 1) limitar o Poder Público; 2) garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e tratados internacionais; 3) corrigir equívocos e omissões do Poder Legislativo e 4) conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, em específico a própria Constituição⁸ (ABBOUD, 2016, p. 110).

Ao desenvolver sobre a jurisdição constitucional, o professor Ronaldo Brêtas, com muita propriedade, destaca a relevância que a jurisdição constitucional tem no exercício da função jurisdicional do Estado, partindo, após o exame de diversas manifestações doutrinárias (Baracho, Coutore, Fazzalari, Canotilho, Cattoni de Oliveira, dentre outros), da análise da noção mais alargada da jurisdição constitucional, até uma definição exata não somente de proteção, mas também e efetividade dos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade das leis ordinárias e atos estatais (BRÊTAS, 2015, p. 52). A partir dessas considerações, podemos concluir que a justiça constitucional não é sinônimo de jurisdição constitucional.

Considerandoos estudos da teoria geral do processo constitucional, na concepção alargada, jurisdição constitucional corresponde a *atividade jurisdicional exercida pelo Estado*, que possui dois objetivos: 1) *a tutela do princípio da*

⁸ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 110.

Lidiane Maurício dos Reis

supremacia da Constituição e; 2) a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos(BRÊTAS, 2015, p. 52). Portanto, denota-se, que a princípio, a expressão jurisdição constitucional era voltada ao exame de matéria jurídica constitucional afeta ao Estado, visando o controle de atos estatais e leis ordinárias que contrariassem os preceitos constitucionais.

No mesmo sentido esclarece Marcelo de Andrade Cattoni:

O Direito Processual Constitucional seria formado de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à “Garantia da Constituição” e à “Garantia dos direitos fundamentais”, controle de constitucionalidade, solução de litígios entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento dos agentes políticos, recurso constitucional, Habeas Corpus, “Amparo” (...)(CATTONI. 2004, p. 464).

No entanto, adverte Ronaldo Brêtas que ouve uma ampliação considerável nesta percepção, devido análises doutrinárias, no sentido de que não é suficiente a consagração de direitos fundamentais no texto constitucional, sendo necessária a *implantação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade dos direitos, evitando ineficácia prática dos preceitos*(BRÊTAS, 2015, p. 53).

Prosseguindo sobre o tema, o autor cita que o sistema de proteção dos direitos fundamentais expressa-se por meio do clássico controle de constitucionalidade das leis ordinárias, bem como por garantias procedimentais constitucionais, também denominada tutela constitucional do processo, destacando-se devido processo legal (contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões estatais), recurso de amparo⁹, recurso de proteção, recurso constitucional, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição

⁹O recurso de amparo é um instrumento de garantia dos direitos fundamentais vulnerados por ações ou omissões do Legislativo, Executivo e Judiciário. A utilização do amparo constitucional tem por escopo resguardar os direitos fundamentais e uniformizar a política jurisdicional de proteção a estes mesmos direitos.

Lidiane Maurício dos Reis

de, descumprimento de preceito fundamental, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, dentre outras.

Nesse sentido, destaca-se que a jurisdição constitucional, que visa a tutela eficaz dos direitos fundamentais, atua somente por meio do processo constitucional:

Os levantamentos sobre o Processo Constitucional partem de análises sobre o conceito, a extensão e limites das garantias constitucionais (...)o Processo Constitucional efetiva-se por meio desses pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas (BARACHO, 1999, p. 90/91).

Eduardo Cambi, citado por Ronaldo Brêtas, analisa a interligação dos direitos fundamentais, processo constitucional e à jurisdição constitucional:

A afirmação dos direitos fundamentais, destarte, decorreu de muitas lutas , às vezes sanguinárias, e pela negação dos antigos regimes. Vale recordar, neste sentido, a célebre frase de Santayana, no museu do campo de concentração de Dachau, perto de Munique, na Alemanha: "Aqueles que não se recordarem do passado são condenados a revivê-lo. (...) Com a derrota dos regimes totalitários (nazi-fascista), verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado, ou por quaisquer detentores do poder (...) A derrota dos regimes totalitários também evidenciou a necessidade de criação de mecanismos efetivos de controle da Constituição, por intermédio do aperfeiçoamento, especialmente pelos institutos de Direito Processual, da jurisdição constitucional. Em um contexto mais amplo, o estudo concreto dos institutos processuais, a partir da Constituição, inaugura uma nova disciplina, denominada Direito Processual Constitucional. Está preocupada, de um lado, com a tutela constitucional do processo, a qual inclui o direito de acesso à justiça (ou de ação e de defesa) e o direito ao processo (ou as garantias de devido processo legal), e, de outro lado, com a jurisdição constitucional (BRÊTAS, 2015, p. 55).

A expressão jurisdição constitucional da liberdade foi muito difundida por Mauro Cappelletti e tem como objetivo designar os mecanismos processuais dirigidos especificamente à tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Portanto, a jurisdição constitucional atua por meio do processo constitucional,

Lidiane Maurício dos Reis

tutela a regularidade constitucional do exercício ou atividades dos órgãos constitucionais, fazendo valer as situações jurídicas subjetivas dos cidadãos. Para Baracho, o controle de constitucionalidade das leis é um aspecto da jurisdição constitucional, e garante a tutela eficaz dos direitos fundamentais (BRÊTAS, 2015, p. 54).

4. Controle de constitucionalidade – Difuso e Concentrado

O controle de constitucionalidade judicial brasileiro, chamado de controle misto, por concatenar características difusa e concentrada, é caracterizado pela marcante influência norte-americana e européia.

A experiência norte americana (sistema de controle difuso) do *judicial review* (controle constitucional) destacou-se em 1803, com a primeira decisão proferida no âmbito nacional, pela Suprema Corte dos EUA, com o juiz Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, em uma discussão jurídica que ocorreu com a troca de presidentes da República, nos EUA, abrindo discussão sobre o ativismo judicial (governo dos juízes) (DEL NEGRI, 2016, p. 327-328).

Analisando detidamente o caso, André Del Negri esclarece que, o presidente Adams, derrotado nas eleições por Thomas Jefferson, recém-eleito presidente dos EUA, determinou ao seu novo secretário, James Madison, que não entregasse os títulos das comissões. Um destes títulos, não entregues, nomeava William Marbury, para o cargo de juiz de paz no condado de Washington D.C. Sentindo-se prejudicado, Marbury recorreu a Suprema Corte, pleiteando um *writ of mandamus* contra o secretário de Estado, Madison, a fim de empossá-lo no cargo. O presidente da Suprema Corte, John Marshall, nomeado por Adam, preocupou-se com o debate nacional, temendo uma crise entre os poderes, pois existiam notícias, que se houvesse uma decisão favorável a Marbury, o Executivo não cumpriria a decisão do Judiciário. Marshall, entretanto, julgou a inconstitucionalidade do art. 13 da lei de 1789, no qual se baseava o recorrente. Citado artigo deferia a Suprema Corte a

Lidiane Maurício dos Reis

faculdade de expedir, diretamente, o *writ of mandamus*, em desacordo com o art. III, seção II, da Constituição Federal, que lhe conferiu a jurisdição de apelação, contemplando expressa e, excepcionalmente, os casos de jurisdição originária. Assim, Marshall levantou preliminar, invocando a incompetência da Corte Suprema para decidir o caso concreto, e, com isto, os interessados tiveram que postular com a ação nas Cortes de Distrito, para, em grau de recurso, submeter à apreciação da Suprema Corte. É evidente que Marshall tinha interesse direto na solução do caso. (DEL NEGRI, 2016, p. 328).

Para José Alfredo Baracho:

Dessa decisão conclui-se que da Constituição dos Estados decorre o princípio essencial a todas as Constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição. A Corte Suprema passou a assumir grande relevo no processo democrático dos Estados Unidos. Madison dizia que ao estruturar um governo de homens sobre homens, a grande dificuldade estava no seguinte ponto: é preciso dar, primeiro, meios ao governo de controlar os governados; e, em seguida obrigá-lo a se autocontrolar. A revisão judicial, como um dos recursos que limitam o poder do governo, com o tempo passou a ter grande importância no evolução daquele regime político. (BARACHO, 1984, p. 209).

No sistema europeu, a Corte Constitucional não se submete ao edifício constitucional, ela não o integra e não tem qualquer liame estrutural com ele. É uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho jurisdicional ordinário e independente. É uma jurisdição especializada, com competência exclusiva e situada fora do aparelho judiciário comum. (DEL NEGRI, 2016, p. 330-331).

A partir desses dois modelos - norte americano e europeu, o Brasil adotou o controle misto de constitucionalidade, com um sistema de jurisdição difusa e um sistema de jurisdição concentrada.

O sistema misto conhece dois modelos de exercício da jurisdição constitucional, daí que José Afonso da Silva acentua a combinação dos critérios de controle difuso e concentrado: a) *por via de exceção*; e b) *por via de ação direta*. No primeiro utiliza-se a jurisdição difusa, desde que qualquer juiz pode conhecer e decidir a arguição de inconstitucionalidade, quando em defesa é apresentada, em qualquer processo. Na jurisdição concentrada,

134

Lidiane Maurício dos Reis

atribui-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, proposta mediante representação do Procurador Geral da República (BARACHO, 1984, p. 209).

No Brasil, o controle de constitucionalidade difuso-horizontalizado, das leis e dos atos normativos, *é feito de forma concreta e incidental, por qualquer órgão jurisdicional, ou seja, a questão constitucional é conhecida e apreciada de ofício ou sob arguição das partes em qualquer processo que estas iniciarem, mas tal controle limita-se ao caso específico do julgamento.*(BRÊTAS, 2015, p. 56). Ressalta-se que a *legitimação é de tipo “aberto”, porque, a contraparte (réu), por ocasião de sua defesa contra a pretensão do autor (contestação, reconvenção, exceção), ou o autor podem levantar a problematização sobre a inconstitucionalidade, em qualquer órgão do Judiciário.*(DEL NEGRI, 2016, p. 334-335).

O controle difuso existe desde 1891, denominado como controle *concreto* (porque a problematização da inconstitucionalidade da lei deve acontecer em um caso concreto) e *incidental* (porque pode ser conhecida de ofício ou sob arguição das partes, tendo, portanto os efeitos *inter partes*). Nota-se que a Constituição Federal de 1988 segura formal, declarada e literalmente a possibilidade de todos, em qualquer procedimento discutir a constitucionalidade das leis, ao contrário da Constituição norte-americana, que não apresenta um artigo taxativo sobre o controle. Nos EUA, há o controle difuso sobre o controle dos precedentes, portanto, não é possível se beneficiar da experiência norte americana (DEL NEGRI, 2016, p. 334).

Aciona-se o Supremo Tribunal Federal por intermédio do Recurso Extraordinário, observada a repercussão geral que deverá ser demonstrada, nos termos do art. 102, §3º, CF/88. Quantos os efeitos gerados pela decisão do Supremo Tribunal Federal, há controvérsias entre os juristas. Alguns defendem que a eficácia da sentença proferida no processo em controle difuso deve ser *extunc*(retroagir à data de entrada em vigor da lei).Lado outro Aroldo Plínio Gonçalves

Lidiane Maurício dos Reis

defende que a lei declarada inconstitucional não poderá ser tratada como ato inexistente, pois o ato inexistente não necessita ser desconstituído, uma vez que não se declara a nulidade daquilo que não existe. Portanto, para o citado autor, a nulidade só pode operar efeitos *extunc* quando se tratar de atos processuais, pois neste caso a nulidade estende-se para atos posteriores. (GOLÇALVES, 2012, p. 70-72).

Com embasamento teórico crítico, André Del Negri adverte que como o modelo difuso necessita de quem queira fazê-lo (desencadeá-lo), impondo a necessidade da incidência direta de um caso concreto, essa situação dificulta a fiscalização democrática. Sendo, assim, para contornar citada questão esclarece, o processualista, citando Fernando Luís França:

O controle de constitucionalidade na *democracia* deveria ser, ao mesmo tempo, *abstrato* e *difuso* à disposição de todos os intérpretes da Constituição, sem que tenham que estar sobre a incidência direta (concreta) de um caso em trâmite no Judiciário, uma dimensão participativa que assusta aos juristas. Por questões de dificuldade operacional, sabemos, que, realmente, essa sugestão de *procedimento* abstrato e difuso (ao mesmo tempo), no Brasil, não é tão simples de ser efetivada, pois requer modificações em toda a legislação especializada (lei 9.868/99 e 9.882/99, inclusive no Texto Constitucional. (DEL NEGRI, 2016, p. 332).

Na jurisdição concentrada, o controle de constitucionalidade é atribuído exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, *mediante a provocação das pessoas legitimadas a tanto no texto constitucional, em processo próprio, cujo julgamento se insere no âmbito da competência originária daquele Tribunal, de forma que seu pronunciamento final possa ter eficácia para todos.*(BRÊTAS, 2015, p. 56).

4.1 Procedimentos¹⁰ de controle de constitucionalidade

4.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADI)

¹⁰ Esclarece André Del Negri que as Lei 9.868/99 (ação direta de inconstitucionalidade) e 9.882/99 (arguição de descumprimento fundamental) refere-se a procedimentos preparadores de um pronunciamento, e não processo, como denominado nas leis. (DEL NEGRI, 2016, p. 341).

Lidiane Maurício dos Reis

A ação direta de inconstitucionalidade somente pode ser proposta pelas pessoas legitimadas no art. 103¹¹, incisos I ao IX e art. 2º da Lei 9.868/99, exclusivamente no Supremo Tribunal Federal. Referido procedimento destina-se a declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, por vício formal ou material, observada a maioria absoluta dos membros do Tribunal Pleno – *cláusula de reserva de plenário*¹². A jurisprudência do STF exige ainda, de alguns titulares, a pertinência temática, ou seja, *demonstrar a relação que deve existir entre a ação e o objeto*¹³. (DEL NEGRI, 2016, p. 342).

A nova exigência do STF, para a maioria dos doutrinadores, é equivocada:

(...) consideramos equivocada a jurisprudência do STF que exige a denominada *pertinência temática* de referidas entidades com o tema objeto da ação direta que pretendem ajuizar. A restrição é descabida, porque distingue que aspecto o texto constitucional não distinguiu. Entendimento contrário, conduziria ao absurdo de se exigir que o governo do Estado demonstrasse que a lei ou norma questionada, caso declarada constitucional ou inconstitucional, interferiria na ordem jurídica de seu Estado, ou, ainda, o disparate de se existir o porquê do ajuizamento da ADIn pelo Conselho Federal da OAB, já que deveria demonstrar o reflexo da constitucionalidade ou não da norma questionada para o interesse específico e corporativo da classe dos advogados¹⁴. (ABBOUD, 2016, p. 160).

Por fim, é importante ressaltar a possibilidade de se falar em decisão fundada

¹¹ Estabelece o Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹² Exceção prevista no art. 949, NCPC.

¹³ O STF conceitua a pertinência temática como o elo entre os objetivos sociais da confederação e o alcance da norma que se pretende ver fulminada. (ABBOUD, 2016, p. 158).

¹⁴ Nelson Nery Júnior in ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 160.

Lidiane Maurício dos Reis

em caráter de urgência nas ações diretas de inconstitucionalidade. Dessa forma, o risco decorrente da demora do procedimento autoriza o STF a suspender liminarmente a aplicação da lei, até o pronunciamento da decisão definitiva. Observada a recomendação do art. 27 da Lei 9.868/99, detectando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF poderá por maioria de dois terços de seus ministros, decidir tanto com efeitos *extuncou ex nunc*, ou de outro momento em que venha a ser fixado¹⁵.

4.1.2 Ação declaratória de constitucionalidade– ADC

A ação declaratória de constitucionalidade não tinha previsão no texto constitucional originário, sendo introduzida por força da EC nº 3/93, no art. 102, I, a, e § 2º da CF/88. Sua finalidade é declarar a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, observado procedimento previsto na Lei 9.868/99, sendo autorizado o deferimento de tutela de urgência. *Para ser efetivada a ADC, há necessidade de dois requisitos de instauração: a controvérsia no Judiciário sobre determinada matéria e a insegurança jurídica que isto provoca.* (DEL NEGRI, 2016, p. 345)

Em que pese a previsão constitucional, não se verifica instituto similar no direito estrangeiro, justamente porque ela é desnecessária, absolutamente dispensável em sistema jurídico que, como o nosso, possui controle concentrado de constitucionalidade e atribui à lei presunção iuris tantum de constitucionalidade.(ABBOUD, 2016, p. 164).

Do ponto de análise processual, esclarece André Del Negri que ADC não definiu as partes o contraditório, por não definir o sujeito passivo (contraparte), no concernente à eficácia *erga omnes* ou coisa julgada “ultrapartes”. *Pelo confronto da*

¹⁵Trata-se da modulação temporal dos efeitos da decisão.

Lidiane Maurício dos Reis

lei com a Constituição Federal, entende-se haver uma nítida contradição na linha do processo constitucional(DEL NEGRI, 2016, p. 348).

Aliás, vê-se muito bem, no estudo da ADC, que os constitucionalistas puseram a representação gráfica da teoria da relação jurídica de Bülow (1868) dentro da Constituição, por acatar uma jurisdição do julgador (STF) de forma apartada dos argumentos construídos em contraditório pelas partes. (DEL NEGRI, 2016, p. 351).

Em sentido contrário, há doutrinadores que defendem a ADC, sob o argumento de que:

É um meio adequado para corrigir situação de incerteza em torno da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que se encontram abalados, em controle difuso, afetando, desta forma, a tranquilidade geral. É, neste sentido, que a maioria dos autores fica adstrita à linha de não-incoerência da ADC frente à presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos(...) Ademais, a ausência de contraditório não gera problema algum, uma vez que não há litigantes, mas uma mera dúvida que se levanta acerca da lei ou ato normativo. Por seu turno, se não há “litigantes” não há contraditório¹⁶.(DEL NEGRI, 2016, p. 350).

4.1.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está assegurada no art. 103, § 2º da CF/88, como meio institucional neutralizador das dificuldades de regulamentação a *posteriori* dos direitos já garantidos constitucionalmente, observado o procedimento previsto na Lei 12.063/2009. *A inconstitucionalidade, segundo Calmon de Passos, tem duas faces: a) a inconstitucionalidade por força de ter agido o Estado em descompasso com o que a Constituição lhe impunha, e a inconstitucionalidade por ter omitido o Estado de agir segundo a Constituição lhe impunha*(...) Nesse sentido, deve-se compreender que a ADI *por omissão não franqueia ao Supremo Tribunal Federal a função de legislador*(DEL NEGRI, 2016, p. 351-352).

¹⁶DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 350.

Quanto ao significado da palavra omissão, esclarece André Del Negri:

Devemos, nesse passo, tentar demarcar o que significa “omissão” da *norma*, se é falta de norma reguladora específica ou de direito (bem da vida) amparado constitucionalmente (...). Por isso, há necessidade de se vislumbrar duas acepções. A primeira, a possibilidade de haver “omissão total” (expressão encontrada no art. 12.063/2009, art. 12-B). Dessa forma, se existir direito definido (e.g., direito a contagem de tempo especial para o servidor público, direito a greve, liberdade de expressão), que demarca o espaço de interpretação, porém sem regra normativa (lei infraconstitucional), ou para sermos mais exatos, “falta de norma reguladora” para praticar o Texto (omissão total da regra), é caso, então, para se falar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Em sendo a “omissão parcial”, direito existente, regulado por regra, mas de forma insuficiente, dependendo das circunstâncias detidas do caso, é possível falar de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação de injunção¹⁷. Daí a necessidade analisar caso a caso com todas as peculiaridades inerentes¹⁸ (grifo nosso).

4.1.4 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva¹⁹

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva é o procedimento constitucionalmente adequado para se questionar, no Supremo Tribunal Federal, lei ou ato normativo, estadual contrário a princípios constitucionais, assegurados nos artigos 34²⁰, VII, *a, b, c, d e e*.

O pronunciamento decisório do STF visa a declaração de

¹⁷ Para se falar em mandado de injunção há necessidade de uma inviabilização do exercício do direito por falta de uma norma reguladora.

¹⁸ Ressalta-se que o *exercício de direito definitivo*, mas com “falta de norma reguladora” (uma regra que esclareça como se dará essa atividade), deve cogitar a hipótese de mandado de injunção. DEL NEGRI, 2016, p. 353-354.

¹⁹ Para alguns doutrinadores a ação não encerra exclusivo sentido de uma genuína intervenção, portanto, deveria receber o nome de *representação direta para fins de intervenção federal*. DEL NEGRI, 2016, p. 358.

²⁰ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Lidiane Maurício dos Reis

inconstitucionalidade de atos contrários aos princípios constitucionais no art. 34, VII, como também, poderá gerar um intervenção da União na autonomia política do Estado-Membro. Julgada procedente a ação, o STF comunicará a autoridade interessada, bem como ao Presidente da República, para as providências constitucionais cabíveis, nos termos do art. 354 do STF. (DEL NEGRI, 2016, p. 359). *No correto entendimento do STF, a intervenção é medida excepcional, e as situações caracterizadoras desse excepcionalidade precisam continuar presentes na ocasião do julgamento do mérito da intervenção* (ABBOUD, 2016, p. 182).

4.1.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental– ADPF

A Arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no art. 102, § 1º da CF/88, regulamentada pela Lei 9.882/99, que tem com objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, sendo legitimados para sua propositura as pessoas descritas no art. 103 da CF/88.

Não é todo e qualquer preceito constitucional que pode ser fiscalizado pelo STF por intermédio da arguição de descumprimento. Somente os preceitos que têm magnitude máxima na ordem constitucional é que caracterizam como fundamentais²¹.

Feita todas as considerações a respeito dos procedimentos de controle de constitucionalidade concentrado, é importante destacar a necessidade de repensar o instituto:

O repensar do controle de centralizado requer, no mínimo, uma disseminação dos coautorizados ativos (titulares da *legitimatío ad causam* ativa), um alargamento da esfera pública para além daqueles que estão no art. 103 da CF/88. A observação, de muitos autores, de que não se pode entender o número de titulares jurídicos no controle de constitucionalidade, para várias pessoas ou instituições, sob pena de encalacrar o Supremo

²¹ São preceitos fundamentais: I – aos fundamentos da República: a) Estado Democrático de Direito; b) Soberania Nacional; c) Cidadania; d) Dignidade da pessoa humana; e) Valores sociais do trabalho; f) Pluralismo político; g) Direitos e garantias fundamentais; h) Direitos sociais, i) Voto universal, secreto, direito, dentre outros. (ABBOUD, 2016, p. 168).

Lidiane Maurício dos Reis

Tribunal Federal com excesso de ações, não é argumento tão contundente (...) há uma urgente necessidade de, no Brasil, lapidar melhor o rol dos coautorizados a arguir a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a fim de que o controle de constitucionalidade centrado saia do lado não-democrático de fiscalização. Talvez, para uma tentativa de amenizar esse “etnocentrismo jurídico” no modelo de controle (se é que isso é possível dizer), fosse melhor assegurar a qualquer interessado a solicitação de propositura de ações diretas ao procurador-geral da República. (DEL NEGRI, 2016, p. 332).

A partir da considerações críticas, conclui André Del Negri:

Em consequência, da nossa observação, o art. 1º, da CF/88, diz que todo o *poder emana do povo*. Neste sentido, merece lembrança, que o número de *legitimados para agir*, no controle centralizado, ainda é restrito, e, quiça, poderia ser alargado. Se a lei é geral e abstrata, dirigindo-se a todos, torna-se incoerente que a legitimação para agir, seja um privilégio de poucos intérpretes. Obviamente, a legitimidade do Direito só se torna possível pelo diálogo produzido pelos destinatários das normas (Processo Constitucional) de forma mais ampla possível. Estamos em que, realmente, as universidades deveriam constar como coautorizadas no art. 103, CF/88. Sob o efeito do direito processual civil individual, muitos dizem que se a legitimação fosse estendida a mais situações, o caos estaria posto (será?)²². (DEL NEGRI, 2016, p. 333).

Para Ronaldo Brêtas, a coexistência tradicional dos dois modelos de controle de constitucionalidade conduz as seguintes afirmações:

1ª) No Brasil, a rigor, toda jurisdição é constitucional, pois os órgãos jurisdicionais, quaisquer que sejam, não só podem como devem apreciar e decidir as questões constitucionais suscitadas em qualquer processo, nos casos concretos levados à sua apreciação para julgamento; 2ª) a partir daí, lógica e conseqüentemente, todos os órgãos jurisdicionais são (ou devem ser) órgãos da jurisdição constitucional (BRÊTAS, 2015, p. 56).

5. CONCLUSÃO

²²DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 333.

Lidiane Maurício dos Reis

Assim, podemos concluir que no Estado Democrático de Direito, a rigor, toda a jurisdição é constitucional. Portanto, o exercício da função jurisdicional – como atividade de dever do Estado e direito fundamental, deve ser exercida observando-se o sistema de garantias e mecanismos que protegem e dão efetividade dos direitos fundamentais.

A garantia do devido processo constitucional, no exercício da jurisdição constitucional, por meio de um procedimento estruturado pelos princípios constitucionais - destacando-se o contraditório, a ampla defesa e fundamentação das decisões, assegura a plena eficácia dos direitos assegurados constitucionalmente.

Neste sentido, a efetivação da jurisdição constitucional, que se dá pela via de um sistema misto completo de controle de constitucionalidade, denominados jurisdição difusa e jurisdição concentrada, há de se fazer pelo devido processo, sob pena de ferir direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. Rev. **Fac. Min. de Direito**, Belo Horizonte. N./ 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 12e 22 sem. 1999.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, YVONNE Mól. **Estudo**

Lidiane Maurício dos Reis

Sistemático do NCPC (Com alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). 2ª ed.; Belo Horizonte, D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro,** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e Direito Constitucional.** 2ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2016.

GOLÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidade no processo.** 2ª ed., Rio de Janeiro:Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos.** 13ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil –Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I.** 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.