

VOLUME XLIX — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 8



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

Periodicidade semestral

XLIX — N.ºs 1 e 2 - 2008

COMISSÃO DE REDACÇÃO

- Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- PROF. DOUTOR MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa — Portugal

Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal

Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Junho de 2009

I	Doutrina	Págs.
	<i>Isabel Banond</i> — Notas acerca da liberdade e o livre-arbítrio no pensamento setecentista oitocentista	7
	<i>Carla Amado Gomes</i> — Quality Education for All: Some General Remarks...	53
	<i>José de Melo Alexandrino</i> — A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros	69
	<i>Miguel Nogueira de Brito</i> — Direitos e deveres dos utentes do Serviço Nacional de Saúde	101
	<i>Paula Vaz Freire</i> — A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência.....	117
	<i>Mark Kirkby</i> — Aspectos relativos à aplicabilidade objectiva e subjectiva das novas regras da contratação pública.....	141
	<i>António Guimarães Pinto</i> — D. Jerónimo Osório e D. Filipe I — a propósito de uma carta inédita e da sucessão da coroa de Portugal	171
	<i>Aziz Tuffi Saliba</i> — O Conselho de Segurança das Nações Unidas e o direito internacional: Uma análise das limitações jurídicas à atuação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas	291
	<i>Fredie Didier Jr.</i> — Sentença constitutiva e execução forçada	311
	<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i> — Os princípios do processo constitucional	325
	<i>Marisa Caetano Ferrão</i> — A protecção diplomática — Contributo para a compreensão do seu Regime Jurídico.....	341
II	Trabalhos de alunos	
	<i>Vasco Freitas da Costa</i> — A indemnização em caso de resolução por incumprimento.....	399
III	Legislação	
	<i>Jorge Miranda</i> — Carreira universitária — Uma proposta de mudança...	429

IV Vida universitária

Págs.

<i>Jorge Miranda</i> — Na apresentação do livro <i>Maquiavel e Portugal – Estudos de história das ideias políticas</i> do Prof. Doutor Martim de Albuquerque	445
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina de Direito Internacional e Relações Internacionais apresentado pela Doutora Cristina Maria Machado de Queiroz Leitão em provas de agregação	449
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Luís Pereira Coutinho	459
<i>Jorge Miranda</i> — Constituição e Universidade — Oração de Sapiência...	471
<i>António Menezes Cordeiro</i> — Cátedra da Faculdade de Direito de Lisboa – 1.º Quinquénio (1998-2003)	479
<i>António Menezes Cordeiro</i> — Cátedra da Faculdade de Direito de Lisboa – 2.º Quinquénio (2003-2008)	491
<i>José Sérvulo Correia</i> — Última aula	505
<i>José Sérvulo Correia</i> — Apreciação crítica da lição de síntese em provas de agregação prestadas pelo Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier na Universidade Católica Portuguesa, no dia 04.07.2008	517
<i>António Pedro Barbas Homem</i> — Memorando: adaptação da Faculdade de Direito à nova legislação universitária, Plano Estratégico e novos Estatutos	529
<i>Maria da Glória F. P. D. Garcia</i> — Arguição da dissertação de mestrado de Carlos Eduardo Behrmann Rátios Martins	539
<i>Jorge Miranda</i> — Encontro de professores de direito público	549
<i>Pedro Romano Martínez</i> — Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão	551

OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

INTRODUÇÃO

Vista do ângulo brasileiro, a identificação dos princípios do *processo constitucional* oferece várias dificuldades.

Um são de caráter conceitual. Com efeito, a expressão processo constitucional não é empregada entre nós no mesmo sentido que toma em Portugal e nos Estados europeus. Acrescente-se também que não há um consenso a respeito da classificação dos princípios do processo constitucional, portanto, acerca de suas diferentes espécies.

Por outro lado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade combina, melhor dizendo, justapõe à fiscalização difusa e concreta, a fiscalização concentrada e abstrata. Ora, isto impõe um exame mais detido, pois, os princípios relativos a um sistema não podem ser atribuídos, sem exame, à outra ou a todo o processo constitucional.

Enfim, a Constituição de 1988 não somente é fértil em enumerar princípios mas também o faz com referência à atividade judicial. E, mais, consagra tais princípios como direitos fundamentais, direitos de garantia, o que lhes acrescenta uma dimensão peculiar.

Por tudo isto, este trabalho, focado no direito brasileiro, procurará, numa primeira parte, fixar o processo constitucional nos seus traços básicos, para, depois, numa segunda, enfrentar a tarefa de análise de seus princípios maiores, sempre tendo em mira o direito brasileiro.

I. DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

A) A diversidade de acepções

1. Polissemia da expressão

Comece-se com uma citação de Zagrebelsky:

“A fórmula *processo constitucional* não alude a um objeto unitário” (1).

(1) Verbete *Processo costituzionale*, na *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milão, 1987, vol. XXXVI, p. 522.

2. Origem e sentido restrito

A expressão *processo constitucional* originou-se na doutrina europeia, tendo em vista a especificidade da jurisdição constitucional, isto é, a fiscalização constitucional de modelo concentrado. Foi cunhada para designar, num *sentido restrito*, as normas processuais que regem a fiscalização de constitucionalidade, nesse modelo.

Ora, este processo constitucional, em sentido restrito, contém normas que não pertencem ao processo comum. Trata-se, pois, de um *processo autônomo*.

Tem ele, ademais, uma finalidade precípua: é a “proteção da ordem constitucional, objetivamente considerada”. Trata-se, pois, de um *processo objetivo*.

3. O sentido amplo

A expressão processo constitucional, todavia, passou a ser empregada, mais recentemente, fora de seu ambiente originário. Isto se deveu à influência e ao prestígio da doutrina europeia. Passou a designar, também, as normas regentes do controle de constitucionalidade no modelo difuso, concreto.

Isto levou ao *emprego genérico* da expressão processo constitucional, como designativa das normas da fiscalização de inconstitucionalidade, tanto no caso do processo autônomo como no caso do processo não autônomo, quer em face do processo objetivo, quer em face do processo subjetivo.

Com efeito, no sistema difuso, o *processo não é autônomo*. As normas processuais aplicáveis ao controle de constitucionalidade são normas comuns do processo comum, previstas para que, no curso deste, se faça o crivo.

Nem é objetivo, mas sim *subjetivo*. Visa à tutela dos interesses juridicamente protegidos, dos direitos subjetivos do cidadão, aqui incluídos os direitos fundamentais.

4. A expansão dos sistemas mistos

Hoje são muitos os Estados, em que, no tocante ao controle de constitucionalidade, se combinam ou se justapõem, o sistema difuso e o sistema concentrado. É o caso do Brasil — mais de justaposição; de Portugal, que mais parece de real combinação. Está aí uma forte razão para o emprego genérico da expressão processo constitucional.

É certo que tais sistemas mistos variam de lugar para lugar, sendo muito difícil reduzi-los a um padrão único.

No caso português, o processo constitucional guarda autonomia, na medida em que é por ele, e não pelo processo comum, que se dá a verificação de constitucionalidade referente a questões concretas. Já não é este o caso brasileiro,

segundo se verá, onde, no controle, se seguem caminhos diferentes para a fiscalização em concreto e para a fiscalização em abstrato.

5. A convergência dos sistemas

É verdade, como diversos juristas já apontam, estar em curso uma convergência entre os dois sistemas que, ordinariamente, se distinguem. E, obviamente, isto se manifesta de modo claro no caso dos sistemas ditos “mistos”. Entretanto, no momento atual, é exagero falar na “obsolescência” (2) da distinção entre os dois modelos.

Razões há que justificam a persistência da distinção. Uma está em que, no sistema praticado nos Estados Unidos — o típico modelo difuso — inexistente controle abstrato, o que é elemento essencial do sistema chamado de “europeu-kelseniano”. Outra transparece da finalidade do controle. Neste último sistema, o processo é objetivo, porque visa principalmente à guarda da Constituição; no difuso, o processo é subjetivo, já que se destina a garantir os direitos do indivíduo.

6. Processo constitucional em sentido amplíssimo

Vale apontar, enfim, que, no Brasil, a doutrina utiliza a expressão num sentido amplíssimo.

É o que se depreende do livro *Teoria Geral do Processo* de autoria dos Profs. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. No seu apreciado manual, entendem que “o direito processual constitucional abrange, de um lado, *a*) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária; *b*) de outro, a jurisdição constitucional”. Quanto a esta última, ensinam compreender “o controle de constitucionalidade das leis e atos da administração, bem como a chamada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais — *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular (3).

(2) Francisco Fernández Segado, “Controle de constitucionalidade e justiça constitucional”, em *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*, coordenado por André Ramos Tavares, Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 205, cujo item primeiro tem por título “A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano — modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional”, p. 366.

(3) *Teoria Geral do Processo*, várias edições. Cito na 8.ª, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 76.

Não estão isolados. É o que faz também o Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, que, de há muito, estuda o assunto ⁽⁴⁾.

7. Processo constitucional e justiça constitucional

Vale concluir, com Zagrebelsky ainda, que a referência, atualmente generalizada, a processo constitucional obedece a uma razão política de alto relevo. Assinala o Mestre italiano:

“Sublinhar ... o caráter jurisdicional das formas da justiça constitucional é ... aludir, ao menos genericamente, a um modo específico de conceber a própria função de justiça constitucional, como função qualitativamente diferenciada daquela dos órgãos constitucionais estritamente políticos e, portanto, como função que, se se quiser dizer política (como certamente o é num sentido particular), deve, todavia, ao menos ser distinguida daquela que reside noutros órgãos operando de forma absolutamente diversa” ⁽⁵⁾.

II. OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

A) Os princípios constitucionais em geral

8. A proposta de Canotilho

Não há, como já se disse, na doutrina uma classificação, nem mesmo uma tipologia, unanimemente adotada acerca dos princípios constitucionais.

Canotilho, por exemplo, ao tratar da articulação de princípios e regras na Constituição, distingue, no ápice, *princípios estruturantes*, logo abaixo, *princípios gerais*, em seguida, *princípios especiais*, e, ao rez do chão, *regras constitucionais* ⁽⁶⁾.

Princípios estruturantes são “constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político” ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ *Processo constitucional*, s/ editor, Belo Horizonte, 1981 tese de concurso para professor titular da Universidade Federal de Belo Horizonte. Mais recentemente voltou ao tema, no estudo “Teoria geral do processo constitucional”, em *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 90, julho/dezembro de 2004, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 69 e s.

⁽⁵⁾ *Id.*, *loc. cit.*

⁽⁶⁾ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2.^a ed., p. 1.047 e s.

⁽⁷⁾ Seriam, no caso português, os princípios do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano. *Ob. cit.*, p. 1.047.

Estes *princípios estruturantes* se densificariam por meio de *princípios constitucionais fundamentais*, que, por sua vez, podem concretizar-se por meio de *princípios constitucionais especiais*, e, ou, *por regras constitucionais*.

B) Os princípios do processo constitucional português

9. A lição de Jorge Miranda

Ao tratar do *processo constitucional*, oferece o Mestre da Universidade de Lisboa uma distinção clara e importante.

O Mestre de Lisboa aponta que, além de “princípios comuns a todas as formas de processo”, outros há específicos, decorrentes da “função de garantia” e da “estrutura do órgão” fiscalizador (8).

Indo mais fundo, distingue entre princípios “*estruturantes*” e princípios “*instrumentais*”, que são “todos reconduzíveis à ideia-força de processo equitativo (art. 20.º, n.º 4.º, 2.ª parte, da Constituição e art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem)”.

São princípios estruturantes: 1) O princípio da igualdade dos intervenientes processuais; 2) O do contraditório; 3) O da legalidade dos atos do processo; 4) O da fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente.

São princípios instrumentais: 1) O princípio do pedido; 2) O do conhecimento oficioso do Direito; 3) O da utilidade da decisão; 4) O da economia processual; 5) O da celeridade; 6) O do processo escrito; 7) O da subsidiariedade do direito processual.

10. O entendimento de Canotilho

Preocupando-se essencialmente com o aspecto instrumental, o Prof. Canotilho ensina serem “princípios gerais do direito processual constitucional (9): 1) O princípio do pedido; 2) O da instrução; 3) O da congruência ou da adequação; 4) O princípio da individualização; 5) O princípio do controlo material”.

C) Os princípios do processo constitucional no direito brasileiro

11. A complexidade da questão

Sendo misto o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, não parece haver identidade entre os princípios que regem o processo constitucional autônomo e o processo constitucional não autônomo.

(8) *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, *Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª ed., 2005, p. 61 e s.

(9) Canotilho, *ob. cit.*, p. 862 e s.

a) O sistema difuso e seus princípios

12. Perfil do sistema difuso

Como é sabido, o direito brasileiro adotou, com a República, o chamado modelo americano de controle de constitucionalidade.

Vale apontar que isto decorreu de uma única norma constitucional inscrita na Lei Magna de 1891. Tratava-se de preceito arrolado na definição de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar um *recurso extraordinário* (art. 59, III, “b”). E, se se perquirir de sua fonte na Lei Magna em vigor, é esta o disposto no art. 102, III. Esta disposição atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar o *recurso extraordinário*. *Verbis*:

“Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”

Tal recurso era e é disciplinado e regulamentado pelo Código de Processo Civil, ao qual completa o Regimento do Supremo Tribunal Federal.

A única outra regra existente a este propósito é a que exige a maioria absoluta do Tribunal para a decretação da inconstitucionalidade, editada pela Constituição de 1934, hoje no art. 97 da Lei Magna.

13. Ausência de autonomia

Do apontado, resulta patente a inexistência de um processo constitucional autônomo no sistema difuso brasileiro. Por isto, a doutrina entendeu, unanimemente no passado, estar o processo de fiscalização de constitucionalidade integrado no processo comum e sujeito aos mesmos princípios gerais.

Esta posição ainda hoje tem defensores, como Baracho⁽¹⁰⁾. E isto bem se viu na polêmica travada a propósito da instituição da ação declaratória de constitucionalidade⁽¹¹⁾. Na verdade, tal se explica pela prevalência do sistema difuso até há pouco, quando da formação da tradição doutrinária.

(10) “*Teoria geral do processo constitucional*”, artigo citado, *passim*, p. ex., p. 96.

(11) Cf., por exemplo, José Rogério Cruz e Tucci, “*Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*”, em *Ação declaratória de constitucionalidade*, livro coordena-

14. Os princípios comuns

São estes, segundo apontam os mestres, decorrentes do “devido processo legal” (12). Variam em número de autor para autor, mas existe um consenso entre estes sobre alguns deles.

Dentre tais princípios consensuais, destacam-se como fundamentais: 1) o do contraditório; completado 2) pela ampla defesa; 3) o do juiz “natural” (ou juiz pré-constituído); completado 4) pela imparcialidade do juiz; 5) o da igualdade processual — a *par condicio* — igualdade de meios.

Afora outros, também relevantes, mas instrumentais ou ancilares, como o do 1) impulso oficial; 2) o da motivação das decisões; 3) o da publicidade; 4) da celeridade; etc.

Na verdade, são eles adotados e respeitados pela legislação que os regula no Brasil, a partir do lacônico perfil constitucional.

b) O perfil do sistema concentrado

15. A conformação do sistema concentrado

O sistema concentrado insinuou-se no direito brasileiro, por meio do acréscimo, feito pela Emenda n.º 16/65, de uma nova competência originária às do Supremo Tribunal Federal, enunciadas no art. 101 da Constituição de 1946. Era esta nova competência a de processar e julgar:

“k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República;”

Afora essa atribuição de competência ao Supremo Tribunal Federal, nada se dispôs no plano constitucional ou na legislação ordinária sobre essa “representação”. Apenas o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é que cuidou dela.

Tal situação não mudou na Constituição de 1967, nem na sua reescritura de 1969.

16. A Constituição vigente

A Constituição de 1988, na sua redação primitiva, não foi muito além. Discriminou — é certo — os titulares da legitimação para propô-la, alargando-a

nado por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 137 e s.

(12) Cf., por todos, *Teoria Geral do Processo*, já citado, cap. 4, p. 51 e s.

(art. 103) e previu a inconstitucionalidade por omissão no mesmo artigo, § 2.º, definindo o seu alcance. Também atribuiu ao Advogado-Geral da União a tarefa de defender a constitucionalidade de ato impugnado na ação direta (art. 103, § 3.º), bem como firmou a exigência da manifestação do Procurador Geral da República nas ações de inconstitucionalidade (art. 103, § 1.º).

A criação da ação declaratória de constitucionalidade fez-se pela sua inclusão na competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”). É verdade que se acrescentou que as decisões nesta ação produziram “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

c) O nascer de um processo constitucional autônomo

17. O surgimento de normas autônomas de processo constitucional

O quadro veio a mudar com a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que veio regulamentar as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. Nesta, veio a ser previsto um tratamento para o processo constitucional, relativamente distinto do processo comum. Estaria aí, embora incipiente, embrionário, um processo constitucional autônomo.

A ela, como reforço, deve-se acrescentar a Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro do mesmo ano. Esta, embora voltada para a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, reitera normas da Lei n.º 9.868.

E, mais recentemente, a Emenda Constitucional n.º 45/04 trouxe uma contribuição no mesmo sentido.

18. A regulamentação legal das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade

A Lei n.º 9.869/99, por um lado, procurou suprir omissões da Constituição, como a não atribuição ao Governador do Distrito Federal e à Câmara Legislativa Distrital do poder de iniciar a ação de inconstitucionalidade; por outro, ela inovou, estabelecendo regras específicas.

O pólo passivo da ação direta de inconstitucionalidade é, por força do art. 103, § 3.º, da Lei Magna, obrigatoriamente, ocupado pelo Advogado Geral da União (que tem a obrigação de defender a constitucionalidade do ato impugnado). A Lei em exame deu, todavia, ao autor do ato questionado a oportunidade de oferecer “informações” sobre o mesmo, o que evidentemente serve para justificá-lo (art. 6.º).

Observe-se que, em relação ao pólo passivo na ação declaratória de constitucionalidade, a Lei manteve-se em silêncio. É de notar que a Constituição

não o atribuiu a quem quer que seja, visto não caber ao Advogado Geral da União sustentar a inconstitucionalidade, mas apenas a constitucionalidade do ato.

Quanto ao princípio da ampla defesa, evidentemente, nada dispôs de modo direto. Entretanto, previu no art. 9.º, § 1.º, que:

“Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência ou autoridade na matéria.”

No tocante à decisão, introduziu uma regra formal, a exigência de que a deliberação não poderia ser tomada sem a presença de ao menos oito dos onze ministros (evidentemente mantendo a exigência da maioria absoluta para a decretação da inconstitucionalidade).

Consagrou, ainda quanto à decisão, as técnicas da “interpretação conforme a Constituição”, da “declaração parcial da inconstitucionalidade sem redução de texto” que o Supremo Tribunal Federal já praticava no seu dia a dia, mas que não tinham reconhecimento formal (art. 28, parágrafo único).

Admitiu a restrição material ou temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Leia-se o art. 27:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Enfim, estendeu às decisões na ação de inconstitucionalidade a “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” que a Constituição, tal como vigia na época não admitia senão para as ações declaratórias de constitucionalidade (art. 28, parágrafo único).

As duas últimas disposições ensejaram forte polêmica, arguindo parte da doutrina a sua inconstitucionalidade ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ V. José Rogério Cruz e Tucci, trabalho citado, p. 137 e s.

19. A regulamentação legal da arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição

Veio esta com a Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Embora esta ação vise a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1.º), ela se inscreve de fato entre os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade. Realmente, a lesão pode ser a inconstitucionalidade do ato (como resulta do art. 1.º, parágrafo único, I), e, em consequência, para evitar ou reparar a lesão, torna-se necessária a fiscalização que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

E tanto assim é que o art. 11 repete, *ipsis litteris*, o disposto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, acerca da restrição aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Aponte-se que a referida Lei amplia o alcance do controle concentrado além do que previa a Constituição. Com efeito, esta admite o controle concentrado relativamente a lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, “a”), mas a controvérsia que enseja a arguição pode concernir também a ato municipal (art. 1.º, parágrafo único, I).

De modo geral, a Lei segue o padrão da de n.º 9.868/99. Estipula a possibilidade de solicitação de audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato, bem como o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República (art. 5.º, § 2.º). Também, a possibilidade de designação de perito ou comissão de peritos, audiência pública, etc. (art. 6.º), como na Lei n.º 9.868/99. Etc.

Ponto crucial, porém, está em que esta arguição pode levar para o controle concentrado, numa avocação, as questões discutidas no controle difuso. Realmente, segundo está no art. 5.º, o Supremo Tribunal Federal poderá, por maioria absoluta, deferir pedido de medida liminar. Conforme dispõe o § 3.º desse artigo:

“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”

Disto resulta, obviamente, que a questão de constitucionalidade é subtraída ao controle difuso. Passa ela ao Supremo Tribunal Federal que a julgará. Ao fazê-lo, fixará “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito constitucional”. O que quer dizer, fixará, nessa ocasião, se a norma é constitucional ou inconstitucional, bem como o seu sentido e alcance.

Não pára aí, todavia, a inovação. Com efeito, o mais importante, porém, resulta da combinação dessa regra com o prescrito no art. 10, § 3.º:

“A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente ao Poder público.”

Aparece aqui, sem dúvida, um primeiro passo no sentido da integração, no processo constitucional objetivo e autônomo, do processo constitucional subjetivo. A eficácia contra todos é inerente ao processo objetivo, como de há muito registra o Supremo Tribunal Federal; ao contrário, no processo subjetivo, o efeito é ordinariamente *inter partes*. Acrescente-se que o efeito vinculante, consoante o direito constitucional positivo brasileiro (art. 102, § 2.º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda constitucional n.º 45/2004), é próprio dos instrumentos do controle concentrado, não sendo referido em relação ao difuso. Portanto, a norma ordinária está estendendo esse instituto do processo objetivo ao processo subjetivo.

Em conseqüência, pode-se dizer que o art. 10, *caput*, da Lei n.º 9.882/99 opera uma ponte entre o processo objetivo e o processo subjetivo, no direito brasileiro, cedendo este àquele.

Será um primeiro passo para a eliminação do processo constitucional não autônomo?

20. A Emenda constitucional n.º 45/2004

Esta, designada como Reforma do Judiciário, dispõe nalguns pontos sobre o controle de constitucionalidade.

Expressamente, conferiu “eficácia contra todos e o efeito vinculante” (art. 102, § 2.º), em relação aos demais órgãos judiciais, bem como aos da administração direta e indireta, federal, estadual e municipal, às decisões definitivas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade (o que não estava no texto constitucional, mas apenas na Lei n.º 9.868/99) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (para as quais já era previsto).

Além disto, previu a edição pelo Supremo Tribunal Federal de *súmulas* que terão efeito vinculante, em relação aos demais órgãos judiciais, bem como aos da administração direta e indireta. Tais súmulas serão extratos articulados da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal no controle difuso (art. 103-A).

21. Princípios divergentes

Do perfil acima traçado, necessariamente se deduz não obedecer o processo constitucional no sistema concentrado aos princípios comuns do direito processual, como é o caso do sistema difuso.

Isto se discutiu no Supremo Tribunal Federal, no curso da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1. Sustentou o seu relator, o Min. Moreira Alves, ser todo o sistema de controle em abstrato de constitucionalidade, estruturado num “processo objetivo”, quer dizer, “não contraditório, sem partes”. Assim seria, porque a “finalidade única” desse controle abstrato “é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente à tutela de direitos subjetivos” (14).

Tal entendimento prevaleceu. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal, na sua jurisprudência, vê as ações do controle concentrado como processos sem contraditório nem partes. Cabe, sem dúvida, ao Advogado Geral da União defender a constitucionalidade; há, sem dúvida, a oportunidade de o autor do ato impugnado oferecer “informações”; igualmente, na legislação, se prevê a eventualidade de audiência pública, ou de perito, ou de comissão de peritos. Etc. Mas isto não chega a significar contraditório.

E, por reflexo, inexistente ampla defesa. Ou, *a fortiori, par condicio*. Certamente, porém, respeitam-se os princípios instrumentais.

d) Os princípios processuais constitucionalizados

22. Os princípios processuais constitucionais

É preciso, todavia, ter presente que o direito constitucional brasileiro inscreve no corpo da Lei Magna determinados princípios processuais. Isto é flagrante na Constituição de 1988; contudo muitos deles já apareciam no direito anterior, como a ampla defesa e o contraditório.

Acrescente-se que tais princípios estão inscritos no art. 5.º da Constituição, e este no *Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, no capítulo I – *Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos*. Por isto, a sua observância torna-se questão de respeito aos direitos humanos fundamentais, ao menos formalmente considerados.

O exame desses princípios que são direitos e garantias revela que alguns são princípios “puros” de direito processual, enquanto outros são vinculados a princípios de direito penal ou de direito civil. Em razão de sua generalidade, ou especificidade, podem-se distinguir, de um lado, *princípios de ordem geral* (que regem toda a atividade jurisdicional); de outro, *princípios processuais penais* — que, na ânsia de defender a liberdade, a Constituição houve por bem desde logo fixar, e minudentemente; e de um terceiro, *princípios processuais civis*.

(14) Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1-1, Distrito Federal, texto extraído do livro *Ação declaratória de constitucionalidade*, já citado, p. 188.

23. Princípios de ordem geral

São estes: 1) o princípio do acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV); 2) o de ampla defesa e do contraditório, tão interligados que se exprimem na mesma norma (art. 5.º, LV); 3) o princípio do juiz natural (art. 5.º, LIII); 4) com a proibição de tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII); 5) o princípio da publicidade (art. 5.º, LX); 6) o princípio da celeridade (explicitado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 que incluiu no art. 5.º um inciso LXXVIII, mas que já vigia no Brasil, eis que o consagra o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, em vigor no país, art. 8.º, 1); 6) o princípio do devido processo legal (art. 5.º, inciso LV); afora o princípio da igualdade processual (decorrente do princípio geral de igualdade — art. 5.º, *caput* e inciso I).

Note-se que, embora a doutrina considerasse o princípio do devido processo legal implícito no sistema constitucional, tanto que servia de fundamento para os demais (15), a Constituição enunciou explicitamente o próprio princípio do devido processo legal. Isto significaria, para uns, a adoção do chamado devido processo legal substantivo; para outros, mera explicitação enfática. De qualquer forma, abre espaço para a dedução de novos subprincípios.

24. O processo constitucional brasileiro e os princípios constitucionalizados

A explicitação constitucional de princípios regentes da função judicial não provoca questionamento em relação à fiscalização difusa de constitucionalidade. O processo, em que esta se desenvolve, não fere tais princípios.

Não se passa o mesmo em relação ao controle concentrado. É certo que o Supremo Tribunal Federal entende ser a fiscalização abstrata um “processo objetivo”. Isto certamente exclui *per se* a aplicação da maioria dos princípios constitucionalizados, adequados ao processo subjetivo (ou, particularmente, ao processo penal). Entretanto, dentre os constitucionalizados, dois princípios, ao menos, não são, por sua natureza, incompatíveis com um “processo objetivo”: o do acesso ao Judiciário e o do contraditório e ampla defesa.

O primeiro já é atenuado pela Constituição ao restringir a legitimidade ativa para as ações do controle abstrato. Compreende-se a razão de ser: evitar seja o Supremo Tribunal Federal soterrado por uma enxurrada de ações “populares” constitucionais.

(15) Cf., por todos, Ada Pellegrini Grinover, no ensaio “As garantias constitucionais do processo”, publicado no livro *Novas tendências do Direito Processual*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, p. 1 e s.

Quanto ao segundo, o problema é mais grave. De fato, na própria Constituição, a propósito da ação direta de inconstitucionalidade, é prevista a defesa da constitucionalidade. É esta atribuída expressamente ao Advogado Geral da União (art. 103, § 3.º). Por que não prever norma equivalente noutras ações em que se dá o controle abstrato? É verdade que a legislação infraconstitucional veio abrir espaço para um pálido contraditório...

Não se levante impedimento constitucional, ou seja, que a Constituição apenas prevê defesa relativamente à ação direta de inconstitucionalidade. Com efeito, prever a ampla defesa e o contraditório na fiscalização abstrata é dar aplicação de princípio constitucional, o que é menos chocante do que, em lei ordinária, permitir a restrição, material ou temporal, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade...

III. OBSERVAÇÕES FINAIS

25. Um resumo

Na doutrina brasileira, a expressão processo constitucional tem uma abrangência bem maior do que no ensinamento dos juristas portugueses. Ainda quando ela não é tomada num sentido amplíssimo, compreendendo não somente as normas regentes do controle de constitucionalidade mas igualmente as que regulam os remédios constitucionais, sempre tem de abarcar o processo autônomo e o processo não autônomo. Estes, de fato, estão justapostos no corpo da Constituição e assim no ordenamento brasileiro.

O sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade é, como se usa dizer, misto. Nele, há espaço para o sistema difuso, adotado desde 1891, quando da primeira Constituição republicana, que recebe e mantém a Lei Magna em vigor; como para o sistema concentrado, que, introduzido em 1965, vem ganhando cada vez mais terreno. Na verdade, a Constituição de 1988 deu a este grande amplitude e a evolução subsequente acentuou o seu alcance. Torna-se isto claro, quando se registram os desdobramentos posteriores à promulgação da Lei Maior. Aqui vale não apenas mencionar a instituição da ação declaratória de constitucionalidade, em 1993, ou a Emenda Constitucional n.º 45/2004, mas, outrossim, a edição de uma legislação infraconstitucional, em 1999, que configura o ponto de partida de um processo constitucional autônomo.

Não se olvide que a justaposição importa na coexistência de um processo constitucional subjetivo e de um processo constitucional objetivo. Sim, porque, no processo constitucional objetivo, é que se enquadram, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, todas as ações do sistema concentrado, enquanto incontestavelmente é no processo subjetivo que se insere a fiscalização concreta.

Ora, o caráter objetivo assim reconhecido — mas reconhecido jurisprudencialmente — não se compadece — na aparência, pelo menos, com todos os princípios que estão constitucionalizados em vista da atividade judicial. Choca, ao menos, a ausência de contraditório e ampla defesa, presentes apenas na ação direta de inconstitucionalidade.

Tenho falado em justaposição. Entretanto, num ponto já se desenha um propósito de integração. Tenho em mente uma norma inscrita na regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição — a que permite a avocação de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e a decisão em abstrato da constitucionalidade da regra em causa. Decisão esta com eficácia contra todos e efeito vinculante.

Está aí um passo. É provável virem outros que operem uma integração desejável. Integração — permito-me o vaticínio talvez imprudente — que, se vier, virá, com a prevalência do sistema concentrado.

Sp. Jan. 06