

## CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Controlar a constitucionalidade significa impedir que atos normativos desconformes com a Constituição continuem a produzir efeitos jurídicos.

O controle da constitucionalidade pressupõe a existência de uma Constituição rígida.

O controle (quando projeto de lei) esta a cargo do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Finalmente, o controle (quando lei) esta a cargo do Poder Judiciário (última barreira e a requerimento da parte interessada), estando a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional a cargo do Senado Federal (artigo 52 inciso X da Constituição Federal).

Devemos salientar que nos países que possuem Constituições rígidas (uma das formas de alterabilidade da Constituição), ou seja, aquelas que buscam manter para a sua própria alteração, um procedimento legislativo mais complexo e até difícil do que para o estipulado para as leis ordinárias. Como já estudamos, todos os atos administrativos de natureza infraconstitucional devem por princípio, respeitar a Constituição Federal. Pela razão, a existência de uma Constituição rígida, determina, necessariamente, a existência de uma relação piramidal entre a alterabilidade rígida e as demais normas do mesmo ordenamento jurídico.

### **SISTEMAS DE CONTROLE:**

Dois são os sistemas de controle (que devem ser rigorosos e intransigentes) da constitucionalidade:

O **primeiro** = É o controle preventivo (atuando = quando projeto no Poder Legislativo e no Poder Executivo – antes da lei –).

O **segundo** = É aquele chamado de controle posterior, ou como alguns autores, chamando-o também de repressivo (atuando = quando após a lei vigente no Poder Judiciário).

Vejamos:

1º sistema do controle =  **Preventivo** (antecipado, anterior, a “priori”) > Controle prévio da lei. É exercido pelos próprios órgãos de elaboração da Lei (tem a finalidade de prevenir, quer dizer, evitar a promulgação de lei inconstitucional).

(•) Melhor explicando, é o método pelo qual se previne a introdução de uma norma não constitucional (dotada de inconstitucionalidade) no ordenamento jurídico constitucional.

(•) Devemos entender, que esse controle pode e deve acontecer quando o projeto de lei esta a tramita (a passa, a anda) pelas Comissões Técnica (com elas a Comissão de Constituição e Justiça que deve verificar a adequação do projeto de lei ou emenda constitucional), Câmara Revisora, Discussão a Votação.

2º sistema do controle = **Posterior** (após, depois, a “posteriori”) > Dizemos ser o mais importante por ser este a última barreira contra a inconstitucionalidade (ou seja o Poder Judiciário). O controle posterior, também chamado por alguns autores de repressivo de constitucionalidade das leis, processa-se através de duas modalidades:

(1ª modalidade) Por via difusa, também chamada de indireta, de exceção ou de defesa.

(2ª modalidade) Concentrada também chamada, direta ou de ação ou ainda de controle abstrato.

A **primeira** = É aquela que consiste basicamente na argüição de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo dentro de um processo judicial comum.

A **segunda** = É aquela que as suas características bem se resumem na existência de uma ação que por propósito exclusivo seja a declaração de inconstitucionalidade da norma ou do ato normativo.

**OBSERVAÇÃO:** Como observação, sobre o controle de constitucionalidade, no referente aos sistemas de controle, vejo necessária (quase que obrigatório) a explicação trazida por José Afonso da Silva (in Curso de Direito Constitucional Positivo) que diz: “Há três sistemas de controle de constitucionalidade: (1) O controle político, (2) O controle jurisdicional e (3) O controle misto”.

Quanto ao primeiro = É o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa só século passado; ou um órgão especial, como o Presidente do Soviete Supremo da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art 121 n. 4) e o “Conseil Constitutionnel” da vigente Constituição francesa de 1958 (arts: 56 a 63).

Quanto ao segundo = Generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade da lei e de outros atos do Poder Público que contrariem formais ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

Quanto ao terceiro (último deles) = Realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.

## **INTRODUÇÃO, EVOLUÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE, NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS:**

Na **Constituição (Carta) de 1824**: Inexistência do controle. A Constituição do Império não possibilitou a implantação do sistema do controle da constitucionalidade das leis. Incumbia ao próprio legislador (legislativo) o controle, a sua atividade (ao legislativo atribuía: fazer leis interpretá-las,

suspendê-las e revogá-las). Por outra razão o Poder Moderador era a chave de toda a organização Política, e esse poder era delegado ao Imperador.

Na **Constituição de 1891**: Introdução ao controle. Na Constituição Republicana, introduziu modificações que permitiam, embora não de forma perfeita, o sistema do controle da constitucionalidade. Extinguiu-se o Poder Moderador, que sobrepujava a rigidez da separação dos poderes. Para proteger a Constituição, não fora concedido com exclusividade ao próprio poder legislativo.

Na **Constituição de 1934**: Aperfeiçoamento do sistema. Exigia que as declarações de inconstitucionalidade somente fossem feitas, pela maioria absoluta dos votos da totalidade dos juízes componentes dos tribunais. Introduziu a possibilidade da suspensão da execução das leis declaradas inconstitucionais.

Na **Constituição (Carta) de 1937**: Retrocesso. Possibilitou ao Presidente da República apresentar novamente ao parlamento uma lei declarada inconstitucional, caso esta viesse a confirmar a norma, por maioria de dois terços dos votos de cada uma das casas, perderia a decisão do tribunal.

Na **Constituição de 1946**: Manteve o controle da constitucionalidade. Possibilidade dos juízes e Tribunais locais julgarem a constitucionalidade ou não de uma norma. Manteve a exigência da maioria absoluta dos membros do tribunal para a eficácia da decisão. Com a EC nº 16 de 1965, ganhou o controle da constitucionalidade, em nosso sistema, uma plenitude total.

**Na Constituição (carta) de 1967**: Manteve. Todo o texto reservado à matéria.

Na **Constituição (Ato Institucional) de 1969**: Somente alterou a numeração dos artigos, mantendo o texto de 1946, emendado em 1965, tal e qual fizeram em 1967.

Na **Constituição de 1988**: Avanço no sistema. Adotou o controle por omissão e ampliou as pessoas que podem propor a ação de inconstitucionalidade (art.

103). Outro avanço está na EC nº 3 de 1993, no § 4º do art. 103, ou seja, a ação declaratória de constitucionalidade que poderá ser proposta pelo Presidente da República e outros.

## **TÉCNICAS DE CONTROLE:**

A técnica do controle pode ser: a técnica do controle **por via de ação** ou a técnica do controle **por via de exceção ou defesa**.

Vejamos:

(•) primeira técnica = **Por via de ação** (método concentrado) > Tem por objetivo expelir do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo inconstitucionais. A característica primordial é atacar o vício da lei em tese. (•) Antigamente somente tinha legitimidade para a causa o Procurador-Geral da República. Agora, com o novo texto do art. 103 a competência para conhecer e decidir a questão é do Supremo Tribunal Federal. (•) A decisão judicial faz coisa julgada, com efeitos “erga omnes”. (•) O extraordinário constitucionalista José Afonso da Silva (in Curso de Direito Constitucional Positivo), assim trata do assunto: “a inconstitucionalidade por ação, ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariam normas ou princípios da Constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que o princípio da supremacia da Constituição resulta o da **compatibilidade vertical** das normas de ordenação jurídica de um país, só sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são invalidadas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. Essa **incompatibilidade vertical** de normas inferiores (leis e decretos) com a Constituição é o que, tecnicamente, se chama de **inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público**, e que se manifesta sob dois aspectos: (1) **Formalmente** = Quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (2) **Materialmente** =

Quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceitos ou princípios da Constituição. Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária”.

(•) segunda técnica = **Por via de exceção ou defesa** > Ataca o vício de validade da lei no caso concreto, isto é, a argüição de inconstitucionalidade deve se dar no curso de um processo comum (**litígio posto em juízo**). Qualquer órgão judicante tem competência para conhecer e decidir a questão de inconstitucionalidade. A decisão judicial faz coisa julgada apenas entre as partes litigantes, nada modificando quanto às relações de terceiros. A declaração é consequência.

#### **RESUMINDO:**

A declaração da inconstitucionalidade, em nosso sistema, é fruto de atividade jurisdicional. Podem prestá-la qualquer juiz ou tribunal. No entanto, compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal pronunciar-se acerca da inconstitucionalidade de lei, em tese. Na declaração de inconstitucionalidade provocada por meio de ação ou de exceção, os nossos Tribunais apenas podem fulminar uma lei ou ato do Poder Público por incursos no vício máximo de inconstitucionalidade, se vier esta a ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Dúvidas podem surgir sobre a natureza da atividade controladora, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, quando se trata de ação direta. Seria essa uma atividade legislativa pela qual o Supremo Tribunal Federal desafaria uma lei o que valeria, em termos antológicos, a fazer outra lei em sentido contrário? Celso Seixas Ribeiro Bastos, eminente mestre do Direito Constitucional, opina pelo caráter jurisdicional da função controladora exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Isto, pelas seguintes razões:

**(a)** Não pretendeu a nossa Constituição dar fundamento político a tal decisão, caso em que incumbiria dessa missão qualquer outro mesmo o Supremo Tribunal Federal, que encabeça o Poder Judiciário;

**(b)** Embora próxima a função legislativa, a atividade de controle judicial da constitucionalidade dos atos públicos com ela não se confunde porque não é Poder Judiciário que empresta ou retira força à norma legal. Esta advém do fato de ter sido produzida pelo órgão competente, designado na própria Constituição, segundo uma forma por esta também prevista e com um conteúdo por ela não vedado. O Poder Judiciário limita-se a verificar se foram obedecidos esses pressupostos para o surgimento da lei. É por essa razão que a Constituição lhe confere competência para decretar a inconstitucionalidade da norma;

**(c)** O próprio da atividade legislativa é criar uma norma, é inovar (exceto em relação à Constituição), é acrescentar à ordem jurídica, enquanto a atividade jurisdicional cinge-se a afirmar sem criar, portanto - a compatibilidade ou incompatibilidade de uma situação com regra jurídica anterior e respectivas conseqüências. Na declaração de inconstitucionalidade de lei, norma alguma se agrega às existentes. Tão só se reconhece a incompatibilidade de uma norma legal já existente, com norma Constitucional, também pré-existente. A lei, ao menos sob a forma de presunção pelo mero fato de ter sido gerada, é inconstitucional. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe anulá-la, em verificados ou pressupostos para tal, mas nunca legitimá-la ou validá-la;

**(d)** Afinal, vê-se que a função controladora, não se confunde com a legislativa, a qual está voltada para a produção normativa, segundo um critério de conveniência política, enquanto que a atividade de contraste constitucional volta-se para o desfazimento da norma, por não reconhecer nela os elementos formais e substanciais imprescindíveis em vista de sua entronização no ordenamento jurídico.

Em nosso sistema, pois, o controle da inconstitucionalidade das leis, por via da ação direta, só poderá enquadrar-se no seio da atividade jurisdicional.

Assim, é utilizada no texto da Carta Máxima a expressão “julgar”, para tal tipo de comportamento do Supremo Tribunal Federal, que de resto é a maneira normal desse órgão expressar sua função.

Finalmente, desde que tal controle é atribuído ao Supremo Tribunal Federal, há de presumir-se seu alojamento em uma dentre duas das funções por ele exercíveis: a administrativa, em caráter ancilar, e a jurisdicional, que lhe

é a típica. Sendo fora de causa a inserção das atividades administrativas, por força se inserirá no âmbito da atividade jurisdicional”.

Em razão do fato de tratar-se de atividade jurisdicional a função controladora da constitucionalidade de leis e atos administrativos submete-se a princípios próprios dessa atividade. Entretanto, cumpre anotar que não ocorre a transplantação de todos os princípios típicos da atividade jurisdicional, que poderíamos denominar de comum, para antepô-la a esta, especial, em virtude de preordenar-se ao objetivo supremo de garantir a Constituição e o bom funcionamento dos poderes por ela criados. (•) **Jurisdição** é a função de dizer o direito e de aplicá-lo, quando necessário, de molde a que o equilíbrio social seja permanentemente restaurado, sempre que perturbado. Essa função é exercida através dos chamados órgãos componentes do Poder Judiciário, aos quais se atribuiu, com exclusividade, o poder de decidir as controvérsias, aplicando a lei.

## **PRINCIPAIS PROBLEMAS**

### **(•) EXISTÊNCIA DO CONTRADITÓRIO:**

A indispensabilidade do contraditório não resulta de nenhuma exigência abstratamente considerada. Há plena possibilidade da existência de jurisdição, sem acolhimento do princípio do contraditório. O processo inquisitório é disso um exemplo. A atividade jurisdicional moderna é toda ela informada por tal princípio. Nestas condições, infere-se que a legislação, infraconstitucional interpretou corretamente a Constituição ao prever um processo contraditório. O próprio princípio da harmonia constitucional dos poderes sugere, a respeito, a consideração e o acatamento que devem prevalecer em suas recíprocas relações. Prescindir o contraditório seria o manifesto desprestígio ao poder produtor do ato, por marginalizá-lo quando do exame de um comportamento seu, em abono do qual milita presunção de legitimidade. Logo, ausência de contraditório viria a constituir-se em inversão da lógica interpretativa e subversão dos princípios em que estriba o sistema.

### **(•) DECISÃO QUE DÁ PELA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO:**

A força de coisa julgada, própria das decisões definitivas proferidas em ação direta, inibe a possibilidade de qualquer outro Juiz ou Tribunal dar pela constitucionalidade da lei ou ato havidos por inconstitucionais pela Suprema Corte. A força do decisório ora examinado não vai, contudo a ponto de suspender a eficácia da lei, porque está só se dá pela interveniência do Senado Federal, que desfruta da competência exclusiva para tal. A decisão do Pretório Excelso não tem o poder de privar a lei de sua executoriedade, da produção das conseqüências que a tornam eficaz. Os atingidos por pretensões fundadas em ato já declarado inconstitucional, deverão recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter a sustação dos efeitos “in casu”. Tal entendimento defluiu inexoravelmente da Constituição, que confere exclusivamente ao Senado a competência para subtrair eficácia à lei. Se o Senado quem paralisa a norma, admite-se que até o momento da suspensão por aquele, encontra-se ainda em fase de produção de efeitos, não se pode suspender a aplicação de lei, que já era inexecutável. Temos, então, como efeitos da procedência da ação direta de inconstitucionalidade:

- (a) Coisa julgada;
- (b) Efeito “erga omnes” do julgado;
- (c) Ausência de suspensão de eficácia do ato acoimado do vício Supremo.

#### **(•) DECISÃO QUE DÁ PELA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO:**

Se a maioria constitucionalmente exigida para declarar inconstitucional um ato infraconstitucional decide pela improcedência da ação, esta faz coisa julgada. São as seguintes razões que militam a favor deste entendimento:

- (a) disposição do fundamento do direito subjetivo público de ação, isto é, já ter havido a prestação jurisdicional a que estava obrigado o Estado;
- (b) a estabilidade da ordem jurídica, que se veria turbada pela repetição de ações de declaração de inconstitucionalidade, a fazer pairar, a todo o instante, dúvida sobre os atos apontados como viciados;
- (c) a harmonia do sistema;
- (d) o amesquinamento da dignidade autoritária de um pronunciamento do Supremo, efetuado com uma solenidade toda especial (maioria absoluta).

Examinado-se hipótese contrária, na manifestação pela improcedência da ação ter derivado da maioria constitucional necessária à declaração de

inconstitucionalidade, mas ter simplesmente surgido de circunstância de não ter ido obtida a maioria indispensável, para a procedência. Se a manifestação pela improcedência da ação não derivar da maioria constitucional necessária à declaração de inconstitucionalidade, a decisão não faz coisa julgada.

### **(•) O SENADO FEDERAL NA SUSPENSÃO DO ATO DECLARADO INCONSTITUCIONAL:**

Proferida decisão definitiva, que não comporte, pois, qualquer, recurso, deve-a ser comunicada ao Senado Federal.

Não há disposição expressa, nesse sentido, na Constituição.

Contudo, tal não pode deixar de acontecer sob pena de prejudicar-se todo o sistema controlador da constitucionalidade, por via de ação.

Se este tem por objetivo expelir do ordenamento jurídico a norma com ele incompatível e se tal desiderato não se realiza senão pela suspensão da lei ou ato pelo Senado Federal, é forçoso convir da necessidade de ser levada ao conhecimento do órgão competente a decisão que lhe vai propiciar a prática do ato que lhe cabe, no procedimento controlador.

Não está claro na doutrina nem na jurisprudência, a natureza do papel desempenhado pelo Senado Federal, quando do exercício da sua competência para suspender atos infraconstitucionais.

Coloca-se se saber da discricionariedade a favor do Senado Federal, a qual lhe permitirá agir ou deixar de fazê-lo segundo seu próprio entendimento, no sentido do cumprimento da sua missão.

Esta posição esbarra com a seguinte dificuldade: para que entregar a Constituição ao Supremo, o julgar da inconstitucionalidade das leis, se pretende, a seguir, substituir tal pronúncia por uma decisão política do Senado? Uma segunda corrente defende a ausência de qualquer margem de apreciação de sua parte.

O Senado ficaria assim reduzido a mero órgão chancelado da decisão do Supremo, o que não dá explicação do motivo pelo qual foi o Senado escolhido para desempenhar essa função, posição essa ao que parece, endossada por Lúcio Bittencourt, quando diz que a função do Senado é dar publicidade a tal decisão.

## **OBSERVAÇÕES:**

1ª = Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle da constitucionalidade: **primeiro critério** = Controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário; **segundo critério** = Controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada) quando se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial. (Esta observação foi extraída do texto encontrado nas páginas do livro da Separação de Poderes à Guarda da Constituição de José Luiz de Anhaia Mello).

2ª = O texto constitucional de cinco de outubro de 1988, trouxe duas novidades sobre o assunto: **primeira novidade** =  A inconstitucionalidade por omissão (no art. 103 § 2º); **segunda novidade** = Ampliou e em muito a quantidade de pessoas com legitimidade para a interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação ou omissão (art. 103, I a IX e §§ de 1º a 3º).

3ª = Ao tratar da matéria contida no art.103, deve dividí-la em duas partes extraordinariamente distintas: **primeira parte** =  O texto existente e anterior a março de 1993; **segunda parte** =  Depois do mês de março 1993. (•) Eis porque, no mês de março, no dia 17, surge a grande novidade constitucional, através da EC nº 3 de 1993 que acrescentando o § 4º no art. 103 trouxe a **Ação Declaratória de Constitucionalidade**, com o seguinte texto: “A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da União”.

4ª = Comenta de maneira muito especial, o professor José Afonso da Silva (inCurso de Direito Constitucional Positivo): “... Em suma, à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle da constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do STF. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade. De acordo com o

controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.

A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: **primeira modalidade** = A **interventiva**, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts: 36, III, 102, I, “a” e 129, IV) ou estadual por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts: 36, IV e 129, IV); interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso;

**segunda modalidade** = A **genérica**: **(a)** de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, “a” e 103 incisos e § 3º); **(b)** de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art 125 § 2º), dependendo da previsão nesta;

**terceira modalidade** = A **supridora de omissão**: **(a)** do legislador, que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; **(b)** do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103 § 2º). A Constituição mantém a regra segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderá os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97), regra salutar que vem, como foi visto, do art. 179 da Constituição de 1934.