

O controle de constitucionalidade das leis

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os tipos e os sistemas de controle de constitucionalidade. 2.1. Quanto ao momento: a) preventivo; b) repressivo. 2.2. Quanto ao órgão controlador: a) controle político; b) controle judicial; c) controle misto. 3. O controle de constitucionalidade na França. 4. O controle de constitucionalidade em Portugal. 5. O Controle de constitucionalidade no Brasil. 6. Conclusão.

1. Introdução

O grande virginiano John Marshall, que foi o *Chief-Justice*, isto é, o Presidente da Suprema Corte Norte-Americana, de 1801 a 1835, considerado o maior juiz americano de todos os tempos, assim afirmou, em seu voto, no famoso Caso *Marbury v. Madison*, em 1803:

“Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns, ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como esses, é reformável ao sabor do Legislativo. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as cláusulas escritas na Constituição são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável.”

Evidente que as firmes palavras do grande magistrado são uma clara defesa do princípio da *supremacia constitucional*, que, segundo Pinto Ferreira, é o “alicerce em que se assenta o edifício do moderno direito político” e hoje adotado em todas as democracias, republicanas ou monárquicas.

Tal princípio surgiu com o *constitucionalismo*, movimento político-jurídico advindo da

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza é professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito Milton Campos, Assessor Jurídico do TJMG e Diretor-Adjunto da Escola Nacional da Magistratura.

promulgação da primeira constituição orgânica do mundo, a Constituição dos Estados Unidos da América, em 17 de setembro de 1787, na Convenção de Filadélfia. Sintética e objetiva, a Constituição americana, hoje mais que bicentenária, originou-se, em grande parte, das doutrinas de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e do Barão de Montesquieu, com os aprimoramentos providos do *System of Checks and Balances*, de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay.

Destinada a vigorar para a geração da época e para os seus descendentes, segundo se declara em seu preâmbulo, ela foi considerada logo de início como *the highest law of the land*, o direito supremo do país, acima de todas as leis e tratados federais e de todas as constituições e leis estaduais.

Para que prevaleça essa necessária *superioridade* da norma constitucional no ranking das normas estatais, mister se faça uma contínua verificação de conformidade das normas infraconstitucionais com os ditames constitucionais. Essa verificação é o *controle de constitucionalidade*, uma das mais sérias garantias constitucionais.

Esse controle, ou *fiscalização*, como chamam os portugueses, busca detectar a possível *inconstitucionalidade* de um ato jurídico, principalmente da lei.

Nagib Slaibi Filho afirma com muita propriedade:

“O controle de constitucionalidade, é no sentido amplo, mera forma de verificação da compatibilidade dos atos infraconstitucionais (lei, ato administrativo, normativo ou concreto, sentença, até mesmo um contrato entre pessoas privadas, uma manifestação de vontade unilateral etc.) com a Constituição, que é o ato jurídico maior, do qual todos os outros derivam.

No sentido estrito, o controle de constitucionalidade refere-se tão-somente à perquirição da consonância entre uma lei ou ato normativo (*normas genéricas e abstratas*) perante o texto constitucional.”

Oportuno se faz aqui, antes do mais, conceituar, objetivamente, o que seja *inconstitucionalidade* e, para tal, recorremos à lição do saudoso Professor Marcello Caetano:

“A inconstitucionalidade é o vício das leis que provenham de órgão que a Cons-

tituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas.”

Na definição do notável mestre português, destacamos os três tipos de inconstitucionalidade:

a) a inconstitucionalidade *orgânica*, que acontece, por exemplo, quando a Assembléia Legislativa de um Estado da Federação legisla sobre direito penal, matéria que é da competência privativa do Congresso Nacional (é o vício da *incompetência*);

b) a *inconstitucionalidade formal*, que acontece, por exemplo, se uma emenda constitucional for aprovada (fora desse período chamado de “revisão constitucional”) pelo voto da *maioria absoluta* dos membros das duas Casas do Congresso, em um só turno, quando a Constituição determina que as emendas devam ser aprovadas pelo *quorum* de três quintos nas duas Câmaras, em dois turnos (é o vício da *desobediência* ao processo);

c) a inconstitucionalidade *material*, que acontece, por exemplo, se uma lei penal contiver preceitos retroativos que prejudiquem o réu, quando a Constituição, no elenco dos direitos individuais e coletivos, prescreve claramente que a lei penal só poderá retroagir se for para beneficiar o réu (é o vício da *ofensa ao próprio conteúdo* da Constituição).

A esses três vícios apontados por Marcello Caetano, todos eles caracterizadores da *inconstitucionalidade por ação*, some-se hoje a *inconstitucionalidade por omissão*, que, segundo José Afonso da Silva,

“verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”.

Jorge Miranda, o grande constitucionalista português, sintetiza:

“Ocorre inconstitucionalidade se presente a relação entre a Constituição e comportamento que não lhe é conforme, que com ela é incompatível ou que não cabe no seu sentido.”

2. *Os tipos e os sistemas de controle de constitucionalidade*

Passaremos a tratar agora dos tipos e sistemas de controle de constitucionalidade encontrados no mundo jurídico e, depois, focalizaremos

mos com um pouco mais de detalhe os sistemas adotados em França, Brasil e Portugal, exemplos que são dos três distintos sistemas.

2.1. Quanto ao momento

Didaticamente, podemos dizer que a primeira distinção se faz quanto ao momento do controle de constitucionalidade:

a) Será do tipo *preventivo*, se for feito *a priori*, isto é, antes da concretização do ato jurídico, particularmente do ato legislativo. Tal tipo de controle pode ser realizado da maneira mais ampla possível. As assessorias jurídicas dos órgãos governamentais, as comissões parlamentares (como as "Comissões de Constituição e Justiça", do Congresso Nacional brasileiro) e os Chefes de Executivo, através do *veto*, podem e devem fazê-lo, sem que haja uma provocação específica para isso.

Exemplo claro desse controle preventivo está no art. 66, § 1.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.88, *verbis*:

"Art. 66

§ 1.º — Se o Presidente da República considerar o projeto no todo ou em parte, *inconstitucional* ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto" (grifo nosso).

E, ainda, preventivamente, poderá ser realizado por *órgão próprio*, mediante solicitação ou requerimento, como acontece em Portugal e França.

Em seu artigo 278, n.º 1, a Constituição portuguesa estabelece que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação e de legislação que lhe tenha sido enviada para promulgação. E o artigo 279, n.º 1, é taxativo: se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela *inconstitucionalidade*, a norma impugnada, constante do tratado ou da legislação, *deverá ser vetada*;

b) Será do tipo *repressivo* (ou *sucessivo*, como se denomina em Portugal), quando feito *a posteriori* ou seja, após a concretização do ato legislativo. No caso da lei, após sua promulgação, este tipo de controle normalmente se faz por um órgão específico, mediante pro-

vocação, na forma da própria Lei Magna.

2.2. Quanto ao órgão controlador

A segunda distinção entre os sistemas de controle de constitucionalidade tem por base exatamente o *órgão controlador* ou *fiscalizador*. Em nossas aulas de Direito Constitucional Geral na Faculdade de Direito Milton Campos, costumamos explicar aos nossos alunos que *três são os sistemas de controle de constitucionalidade quanto ao órgão controlador*. Justamente por sua "simplicidade", repetimos a explicação neste trabalho:

a) *Controle político*, quando feito por órgãos políticos comuns ou especiais, *sem* a participação do *Poder Judiciário*. Como exemplos, podemos citar o Senado Conservador, que Napoleão Bonaparte introduziu na Constituição francesa do ano VIII (1799), com a incumbência de "manter ou anular todos os atos que lhe são submetidos como *inconstitucionais*" (Article 21: "Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme *inconstitutionnels* par le tribunal ou par le Gouvernement"). Ainda em França, o Comitê Constitucional, da Constituição de 1946, que se compunha do Presidente da República, do Presidente do Senado, do Presidente da Assembléia Nacional e de membros eleitos por essas duas Casas Legislativas (Article 91: "Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution"). E o atual Conselho Constitucional da Constituição francesa de 1958, que é composto de nove membros: três nomeados pelo Presidente da República, três, pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Uma de suas missões é *veiller à la conformité des lois à la Constitution*.

Na ex-URSS, que também adotava o controle político, pode-se entender, pelos artigos 121, n.º 4, e 164 da antiga Constituição Soviética, que o controle de constitucionalidade cabia ao *Presidium do Soviet Supremo*, por provocação do Procurador-Geral.

Ainda podemos dar, como exemplo, agora já também histórico, Portugal, nos termos *originais* da Constituição de 1976, visto que, embora permitindo o controle difuso por parte do Judiciário, concentrava a apreciação da *inconstitucionalidade* no Conselho da Revolução, com prévio *parecer* da Comissão Constitucional, ambos órgãos extrajudiciais, sistema político que mereceu severas críticas de juristas como Marcello Caetano e Jorge Miranda.

Dizia o primeiro, o saudoso mestre que faleceu no Brasil, referindo-se ao dito Conselho:

“Trata-se de um enxerto claramente ditatorial numa Constituição que se pretende democrática”.

Protestava o segundo, grande catedrático de Lisboa, que honra sempre o Brasil com suas periódicas visitas e conferências:

“Se um órgão político, um órgão que julgasse segundo critérios de conveniência e de oportunidade, e certamente sem a formação jurídica — como é o caso do Conselho da Revolução ou semelhante —, viesse a decidir se uma lei era constitucional ou inconstitucional, amanhã correríamos o grave perigo de direitos fundamentais serem gravemente transgredidos por leis ordinárias, muitas delas, aliás, feitas pelo próprio Conselho da Revolução, que é também órgão legislativo.”

b) *Controle Judicial*, quando o controle, nomeadamente o repressivo, é feito somente pelos órgãos do Poder Judiciário.

O *judicial control*, ou *judicial review*, foi criado pelos norte-americanos, se bem que não em sua Constituição, mas na própria prática forense, com o famoso caso *Marbury v. Madison*, em 1803, já citado no início deste trabalho.

Defendendo abertamente a supremacia constitucional, o célebre Juiz Marshall decidia:

“Cabendo ao juiz aplicar as leis na solução dos conflitos, deve ele, antes do mais, verificar se elas estão em harmonia com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis.”

Após o conhecido caso, criou-se, na prática, portanto, a “Doutrina de Marshall”, segundo a qual, de maneira difusa, por todos os seus juízes e tribunais, o Poder Judiciário deve fazer o controle repressivo de constitucionalidade.

Tal sistema, também chamado “modelo americano” de controle de constitucionalidade, foi adotado por muitos Estados do continente americano, entre os quais o Brasil, que o aprimorou consideravelmente, como veremos adiante.

Achamos injusto atribuir-se somente ao grande Marshall a criação do *judicial review*, pois o não “menos grande” Alexandre Hamilton escrevia no *The Federalist* n.º 78, em 28 de maio de 1788:

“The interpretation of the laws is the

proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute: the intention of the people to the intention of their agents.”

(Traduzimos: “A interpretação das leis é o campo de ação próprio e peculiar dos tribunais. Uma constituição é, de fato, e assim deve ser considerada pelos juízes, como uma lei fundamental. Portanto, cabe a eles discernir seu significado bem como o significado, de qualquer norma específica partida do órgão legislativo. Se chegar a acontecer uma discrepância irreconciliável entre as duas, a que tiver maior prevalência e validade, deve, é claro, ser preferida. Ou em outras palavras, a constituição deve prevalecer sobre a lei, isto é, a intenção do povo deve prevalecer sobre a intenção dos seus agentes”.)

Deixamos aqui o nosso tributo ao mais brilhante teórico e organizador dos *Founding Fathers* norte-americanos, morto aos 49 anos de idade em um duelo com Aaron Burr.

c) *Controle Misto*, quando na fiscalização da constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação, do Judiciário e de outros elementos estranhos a esse órgão do Poder do Estado reunidos, todos, em tribunal não judicial, de competência especializada.

É chamado “modelo austríaco” por ter nascido na Constituição austríaca de 1920, sob inspiração *kelseniana*. É o sistema adotado na Itália, nos termos dos artigos 134 a 137 da Constituição italiana de 1947, modificado o art. 135 pela Emenda Constitucional de 22 de novembro de 1967. Este artigo dispõe:

“La Corte Costituzionale è composta de quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle Supreme Magistrature ordinaria ed amministrative.”

Vê-se aí, claramente, a participação dos três órgãos do poder estatal na escolha dos membros da Corte Constitucional, que tem como

primeira competência a de solucionar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos do Estado e das regiões, que tenham força de lei.

Também na Espanha adota-se o controle misto. A Constituição espanhola, de 1978, no Título IX, artigos 159 e seguintes, estabelece:

“El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso (de los Diputados) por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.”

Portugal, após a revisão constitucional de 1982, pode também ser enquadrado nesse sistema, embora os parlamentares revisores tenham inserido o novo órgão fiscalizador na Parte III (Organização do Poder Político), Título V, que trata dos *Tribunais* em geral. Porém, demonstrando o seu caráter de *órgão jurisdicional especial*, sua composição está na Parte IV, que trata especificamente da *Garantia e Revisão da Constituição*.

Sobre o Tribunal Constitucional português falaremos adiante, com mais detalhe, não sem antes citarmos o Professor José Manuel Cardoso da Costa, atual Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal. Diz o mestre de Coimbra, evidenciando a natureza mista do controle de constitucionalidade nos “domínios lusitanos”:

“Eis como pode dizer-se — em síntese conclusiva — que o Tribunal Constitucional português, criado em 1982 se situa na confluência de duas tradições constitucionais: dum lado, a tradição americana da *judicial review*, recolhida logo em 1911, na primeira Constituição republicana que o país conheceu; do outro, a tradição contemporânea europeia duma justiça e duma jurisdição constitucional autônomas, concebidas como o melhor caminho para resolver o problema “político” da garantia contenciosa da Constituição e para conferir eficácia a esta garantia.”

3. O controle de constitucionalidade na França

Como já dito no item 2.2. a, a França adota o controle *político* de constitucionalidade, excluindo o Judiciário de tal processo. E faz esse

controle somente de maneira *preventiva*.

A Constituição francesa de 4 de outubro de 1958, a “Constituição de De Gaulle”, no seu Título VII, artigos 56 a 63, cuida do *Conselho Constitucional*, órgão político, como já visto, encarregado da guarda da Constituição.

O artigo 61 determina que as leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes de sua vigência, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre sua conformidade com a Constituição.

Para o mesmo fim, as leis ordinárias, antes de sua promulgação, podem ser deferidas ao Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembleia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por 60 deputados ou igual número de senadores.

E o artigo 61 é bem expresso, prescrevendo que uma disposição declarada inconstitucional, pelo Conselho Constitucional não poderá ser promulgada nem aplicada. Tal declaração, pela inconstitucionalidade ou pela *constitucionalidade*, é irrecorrível e obriga os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e *judiciárias*.

Isso significa, é evidente, que os juizes franceses não têm qualquer competência no controle de constitucionalidade. Em seus julgamentos, eles têm que aplicar a lei, pura e simplesmente, visto que se for lei orgânica, já passou obrigatoriamente pelo crivo do Conselho Constitucional e, se for lei ordinária, ou já foi submetida ao Conselho ou perdeu-se a oportunidade de fazê-lo.

De fato, como dizem os comentaristas Charles Debbsch e Jean-Marie Pontier,

“Le Conseil Constitutionnel permet, pour la première fois dans l’histoire de la République française, d’assurer la suprématie effective de la constitution sur les autres normes juridiques.”

Mas de fato também se vê que o Poder Judiciário fica relegado a uma posição subalterna no sistema francês.

Como observa Sacha Calmon Navarro Coelho, enquanto nos Estados Unidos “decorreu a entrega da *Lei Maior (Paramount Law)* ao Poder Judiciário, já incumbido de interpretar leis e costumes para gerar precedentes”, na França “relegou-se o Poder Judiciário ao modesto papel de resolver os litígios entre particulares se-

cundum legem".

E o grande mestre Raul Machado Horta, analisando esse "antijudicialismo" francês, afirma:

"Na França, a *informité congénitable* do Judiciário, de que fala Carré de Malberg, está na própria origem do direito público francês moderno. A Constituição francesa de 1791, apesar de ter proclamado a separação dos poderes e nela depositado o fundamento da existência constitucional, a *traité en marâtre l'autorité judiciaire*, pelo papel subalterno de mero satélite e auxiliar da Assembléia Legislativa, un *serviteur de la législature*, diz incisivamente Carré de Malberg".

4. O controle de constitucionalidade em Portugal

Segundo afirma o sempre citado Jorge Miranda, o sistema de controle de constitucionalidade adotado em Portugal desde 1982 (que nós chamamos de *misto*) dá aos juizes e tribunais comuns a "competência para conhecer e para decidir (as questões de inconstitucionalidade), com recurso possível ou necessário para um tribunal situado fora da ordem judicial".

Por força da 1.ª Revisão Constitucional, de 1982, que alterou a Constituição portuguesa de 1976, surgiu o *Tribunal Constitucional*, já mencionado no item 2.2.b deste trabalho e cuja competência primeira é apreciar "a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277 e seguintes", os quais, *oportuno tempore* e resumidamente, iremos aqui examinar. As demais atribuições do Tribunal Constitucional português fogem do âmbito deste trabalho.

Para cuidarmos da fiscalização de constitucionalidade em Portugal, valer-nos-emos aqui dos artigos 277 a 283 da Constituição e das Leis 28/82 e 85/89.

O Tribunal Constitucional português é composto por treze juizes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por esses. Seis dos juizes designados pela Assembléia ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre juizes dos tribunais judiciais e os demais entre juristas. Todos servirão por seis anos.

Pela legislação portuguesa atual, quatro são os tipos de fiscalização (ou "controle") de constitucionalidade:

a) *Fiscalização preventiva*

Estabelece o artigo 278 da CRP que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal

Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de ato legislativo que lhe tenha sido enviado para promulgação.

Se o tribunal se pronunciar pela inconstitucionalidade, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República, podendo o veto ser derrubado pela Assembléia da República pelo *quorum* de dois terços.

b) *Fiscalização sucessiva concreta*

Conforme o art. 207 da CRP, os juizes e tribunais judiciais, nos feitos submetidos a seu julgamento, não podem aplicar normas que infringam o disposto na Constituição ou os princípios nela contidos.

Vê-se que, aí na competência *difusa* dos órgãos do Judiciário, começa o processo de fiscalização sucessiva (ou repressiva, para nós) no atual Direito português. Pelo artigo supra-mencionado, o Judiciário, na solução dos conflitos que lhe são apresentados, *não pode* aplicar dispositivos que contrariem a Constituição. Entende-se, então, que a inconstitucionalidade, assim detectada (por provocação ou *de officio*), pelo magistrado de 1.º grau ou pelos tribunais de 2.º grau (inclusive o Supremo Tribunal de Justiça), como *questão prejudicial*, fará com que o processo suba diretamente, em recurso, para o Tribunal Constitucional, salvo algumas exceções, em que os recursos ordinários deverão ser esgotados primeiramente.

Não podendo aplicar dispositivo que entendam inconstitucional ou aplicando-o se entenderem-no inconstitucional, mesmo com alegação da parte em contrário, vê-se que os juizes e os tribunais já estão fazendo o controle de constitucionalidade *repressivo em concreto*, embora a *declaração* definitiva de inconstitucionalidade, ou não, fique na competência *concentrada* do Tribunal Constitucional.

Em resumo, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de 1.º e 2.º graus, que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade: que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; ou que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional.

As partes legítimas para o recurso ao Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, são o Ministério Público e as pessoas que tenham legitimidade para interpor recurso (nos termos do Código de Processo Civil).

O artigo 82 da Lei n.º 28 traz determinação

importante, que constitui uma ligação entre o controle concreto e o abstrato. Diz tal dispositivo: sempre que a *mesma norma* tiver sido declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional por três vezes, em casos concretos, pode esse mesmo Tribunal promover a organização de um processo para o controle em abstrato ou em tese.

Detalhe importante do controle de constitucionalidade em concreto, no direito português, é que se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, os autos baixarão ao juízo ou tribunal *ad quem* para que esse reforme a decisão em conformidade com o julgamento da questão de inconstitucionalidade (art. 80 da Lei n.º 28/82).

Leçiona Jorge Miranda:

“O Tribunal Constitucional não substitui, portanto, a decisão recorrida por aquela que deveria ser emitida e tão-pouco a anula”;

c) *Fiscalização sucessiva abstrata*

O art. 281 da CRP estabelece que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou de um décimo dos Deputados à Assembleia da República.

Tal dispositivo, em boa hora, inspirou a elaboração do artigo 103 da Constituição brasileira de 1988, que permite a várias autoridades e entidades proporem a ação direta de inconstitucionalidade no Brasil, como veremos no fim desta exposição.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* são os seguintes, conforme o art. 282 da CRP:

1.º — A declaração de inconstitucionalidade, com força geral e obrigatória, atinge a norma desde a sua entrada em vigor e determina a repristinação das normas que ela tenha eventualmente revogado.

2.º — Em caso, porém, de inconstitucionalidade por ofensa a norma constitucional posterior, a declaração só vai produzir efeito a partir da entrada em vigor dessa última.

3.º — A Constituição determina que ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma disser respeito a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e

for de conteúdo menos favorável ao argüido. Percebe-se, aqui, que o constituinte-revisor português quis, com razão, evitar o transtorno prático que causaria a revisão de todos os casos julgados, com a geração de insegurança e incerteza, quando a lei em que se baseou tais julgamentos fosse declarada inconstitucional.

Mas houve a previsão de exceção: o Tribunal Constitucional pode decidir contrariar a regra do caso julgado, quando a norma declarada inconstitucional se referir principalmente a matéria penal e que tal declaração possa vir a beneficiar alguém que tenha sido condenado com suporte nessa mesma norma (ver artigo 29 da CRP).

4.º — Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo — que deverá ser fundamentado —, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional *fixar* os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restritivo. Tal dispositivo dá ao Tribunal Constitucional maior campo de ação, que transcende os limites do convencionalmente jurídico, situando-o na posição que um tribunal de tal categoria ocupa, como uma corte jurídico-política. Jorge Miranda, em 1976, chamava a atenção:

“O problema da constitucionalidade das leis não é simples problema para juristas: é também problema para políticos.”

Concordando com o ilustre catedrático e ex-constituente, nunca é demais lembrar que o objeto principal de um Tribunal Constitucional é exatamente a *Constituição*, documento que organiza jurídica e politicamente uma nação, transformando-a em Estado. Em outras palavras, os julgamentos de constitucionalidade envolvem sempre, em pesos que precisam ser cuidadosamente ponderados, interesses jurídicos e políticos.

d) *Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*

O art. 283 da CRP estabelece que, a requerimento do Presidente da República ou do Provedor de Justiça, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por *omissão* das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. E, quando o Tribunal verificar a existência da alegada omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Tal dispositivo deu origem ao § 2.º do artigo 103 da Constituição brasileira de 1988. Tanto o preceito português quanto o brasileiro são muito importantes no seu intuito mas ambos fracos e

tímidos no que concerne à "sanção" ali prevista.

Sobre o sistema português, lembra Jorge Miranda:

"É apenas em regime de tribunal constitucional que aparece um órgão judiciativo em concurso com os órgãos supremos do Estado e dotado de uma competência que se define diretamente pela fiscalização, e, por isso, simultaneamente, esse sistema empresta (ou parece emprestar) ao princípio jurisdicional a projeção máxima na vida pública."

5. O controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, além de manter o controle de constitucionalidade em concreto (que vinha desde 1891) e de ampliar o controle em abstrato (que tínhamos desde 1946), consagrou o controle de constitucionalidade por omissão (seguindo, como já vimos, o modelo português).

Pretendo abordar aqui, de maneira sucinta, o método adotado no Brasil em cada um desses casos no âmbito federal.

Antes, porém, é preciso lembrar que a Constituição de 1988 trouxe um grande avanço no trato da inconstitucionalidade, ou seja, com a criação do *Superior Tribunal de Justiça*, como o guardião da lei federal, o *Supremo Tribunal Federal*, aliviado da sobrecarga de recursos *extraordinários* sobre a "questão federal", que agora são recursos *especiais* àquele novo Tribunal Superior, (o Supremo, repito) passou a ser o verdadeiro guardião da Constituição.

Sem embargo do aprimoramento já verificado, muito mais poderia ser feito para que o Supremo Tribunal Federal pudesse se transformar em verdadeira Corte Constitucional, para cuidar de sua "competência fundamental, substancial, essencial, precípua", que é a jurisdição constitucional e, principalmente, o controle de constitucionalidade, na órbita federal. Quem o diz, com toda competência, como ilustre professor de Direito Constitucional e, com inteiro conhecimento de causa, como ministro da nossa Suprema Corte, é o jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Em seu notável artigo "O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional", incluído no seu recentíssimo livro *Temas de Direito Público*, Velloso enumera, com a devida justificação, as alterações que deveriam ser trazidas na competência do STF, para tê-lo como

"guardião" da Constituição da República.

Nos termos da Constituição de 1988, já alterada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17.3.93, assim funciona o controle de constitucionalidade repressivo no Brasil:

a) Controle de constitucionalidade no caso concreto

Em se tratando do controle de constitucionalidade no caso concreto, nosso sistema é, evidentemente, o sistema judicial difuso, já que seu exercício é reconhecido a todos os componentes do Judiciário, a começar pelo Juiz de 1.ª instância ou 1.º grau. Tal controle é exercido por via de exceção e é chamado *incidental*, cabendo ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num *caso concreto*. Entende-se também por via de exceção a situação de, por exemplo, a pessoa, que prejudicada em seu direito líquido e certo por ato de autoridade pública ou agente do poder público, impetra mandado de segurança, arguindo a inconstitucionalidade do ato em si ou da legislação que o ampara.

Correndo (ou andando devagar...) pelos trâmites processuais e judiciários, a demanda em que se arguiu a inconstitucionalidade passa da 1.ª instância aos tribunais de 2.º grau e, daí, poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso *extraordinário*, de acordo com o art. 102, III, *a, b e c* da Constituição da República, *verbis*:

"Art. 102 — Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....
III — 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."

Nesse caso, como lembra Celso Bastos,

"a decisão judicial faz coisa julgada apenas entre as partes, não vinculando outras decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, enquanto a lei não tiver suspensa a executoriedade, o que compete ao Senado Federal".

Diz o art. 52, inciso X, da Constituição:

“Compete privativamente ao Senado Federal:

suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

Tal suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Já está assente na jurisprudência da mais Alta Corte do País que decisão definitiva é a decisão repetida em vários casos semelhantes. Em artigo publicado em 1973, já advertia o hoje Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Segundo entendemos, o Senado fica vinculado à decisão proferida pelo Judiciário, não podendo o mesmo atentar para conveniências políticas em tal conjuntura, omitindo-se, haja vista que a lei não lhe deu essa faculdade, que seria esdruxulamente ampliadora e contraditória, levando-se em conta que o colimado foi atribuir ao Legislativo o resguardo das formalidades no processo da invalidade”.

b) *Controle de constitucionalidade em tese*

O controle de constitucionalidade em tese, ou em abstrato, ou por ação direta, faz-se, no Brasil, pelo sistema judicial concentrado. Trata-se, agora, de controle principal, que o exerce, na esfera federal, exclusivamente o Supremo Tribunal Federal, em ação direta proposta por certas autoridades e entidades.

Tal controle está na competência originária do Supremo, nos termos da primeira parte da alínea a, inciso I, do art. 102 da Constituição, cabendo, assim, àquela Corte processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ofensivo à Constituição da República.

O art. 103 da Constituição da República de 1988 trouxe importante avanço no controle de constitucionalidade em tese, abrindo o leque de partes legítimas para proporem a ação direta. Na vigência da Constituição de 1967, só o Procurador-Geral da República, então cargo de confiança do Presidente da República, podia propô-la.

O ilustre Ministro Moreira Alves observa a propósito:

“Embora se tenha dado independência funcional ao Procurador-Geral da República — que deixou de ser funcionário

demissível *ad nutum* pelo Presidente da República, para ser nomeado, dentre os integrantes da carreira do Ministério Público da União, com mandato por dois anos, permitida sua recondução e só podendo ser destituído com autorização da maioria absoluta do Senado —, o que afastou a objeção de que a legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade só era atribuída a servidor público demissível *ad nutum* pelo Chefe do Executivo, esse monopólio lhe foi retirado pelo artigo 103.”

De acordo com tal dispositivo, como sabemos, podem propor ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; as Mesas das Assembleias Legislativas estaduais; os Governadores dos Estados; O Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político que tenha representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nesse caso, como o objeto da ação é o próprio vício de inconstitucionalidade da legislação, a respectiva decisão judicial faz coisa julgada *erga omnes*. Com a decisão pela inconstitucionalidade, a lei torna-se imediatamente inaplicável. Não há necessidade de comunicação ao Senado para a suspensão, como no caso concreto.

Concordamos plenamente com o Ministro Carlos Mário Velloso, quando ele defende a idéia de que, no tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, devia “a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade”, conforme a repercussão da própria decisão no cenário jurídico-político do País.

A mesma alínea a, inciso I, do citado art. 102, traz agora uma novidade criada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17.3.93. É a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, também da competência originária do Supremo. O § 2.º do mesmo art. 102, acrescentado pela referida emenda, estabelece que

“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitu-

cionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

A ação declaratória de constitucionalidade só pode ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República (§ 4.º do art. 102, também fruto da Emenda Constitucional n.º 3).

O conceituado constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, em minucioso trabalho, afirma, com saber:

“A ação declaratória de constitucionalidade nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado”.

E explica, com didática excelente, que ação declaratória de constitucionalidade só deve ser proposta quando exista “um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei”. Isso é da essência das ações declaratórias.

Assim, se diversos órgãos do Judiciário, mediante a devida provocação, passarem a declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão aquelas partes enumeradas pelo art. 102, § 4.º (fruto da Emenda Constitucional n.º 3) propor a ação declaratória de constitucionalidade, se convencidos de que a norma em questão não fere a Constituição.

Em suas conclusões, o renomado mestre da UnB, afirma que a ação declaratória de constitucionalidade não lesa os princípios da proteção judiciária, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Concordamos com Gilmar Ferreira Mendes, pois também entendemos que a ADC e a ADIN devem ter disciplina única em sua tramitação, sendo ambas manifestações do controle abstrato de constitucionalidade (ver §§ 1.º e 3.º do art. 103 da Constituição).

c) Inconstitucionalidade por omissão

Outra novidade de inspiração portuguesa na Constituição de 1988 é a inconstitucionalidade por omissão. Em nível federal, só o Supremo Tribunal Federal pode apreciar a alegação de inconstitucionalidade por omissão, caracterizando-se, assim, o sistema judicial concentrado.

Diz o art. 103, § 2.º, que

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efeti-

va norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Por aí se vê que, quando o Legislativo for o Poder responsável pela omissão, não há como obrigá-lo a legislar. Há autores brasileiros, como José Afonso da Silva, que propugnavam, no caso, “por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão”. Porém os constituintes de 1988 não aceitaram a idéia.

A legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão recai nas mesmas autoridades e entidades capazes de proporem a ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, ou seja, as elencadas no artigo 103 da Constituição e já mencionadas neste trabalho.

A título de comparação é interessante saber que, embora copiando o modelo português de controle de inconstitucionalidade por omissão, aqui fomos mais pródigos no tocante aos legitimados *ad causam*, já que em Portugal, no caso da alegada omissão, somente o Presidente da República e o Provedor de Justiça podem ser requerentes.

6. Conclusão

Nós, brasileiros, temos o uso e o vezo de criticar tudo que é nosso, preferindo quase sempre o importado. Entendemos que, em matéria de controle de constitucionalidade, não podemos nos queixar.

O sistema está muito bem estruturado na Constituição. Seguimos o *judicial control* dos norte-americanos e o aprimoramos consideravelmente, com a adoção do controle em tese, que eles não têm. Copiamos alguns pontos da Constituição portuguesa, consagrando o controle de inconstitucionalidade por omissão e ampliando o número de partes legítimas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, temos agora a ação declaratória de constitucionalidade, que não deixa de ser um avanço no sistema, capaz de, se for bem usada, concorrer para a certeza e a segurança, apanágio da própria Lei Maior.

Achamos que se poderia ainda melhorar o sistema, transferindo-se do Supremo Tribunal Federal mais algumas de suas atuais atribuições para o importantíssimo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que aquela Suprema Corte pudesse cuidar mais da jurisdição constitucional.

E ousamos pensar numa composição diferente para esse novo "Supremo". Entendemos que, na área delicada dos julgamentos de inconstitucionalidade, há sempre o envolvimento político da questão. E podem surgir casos em que *juridicamente* se tenha que declarar a inconstitucionalidade de uma norma, mas que *politicamente*, no sentido social, em defesa do próprio "interesse público de excepcional relevo", o que deverá ser fundamentado (como todas as decisões devem sê-lo e esta mais), o tribunal constitucional, com toda sua *responsabilidade*, tenha que dosar os efeitos dessa declaração.

Somos inclinados a pensar que um real e eficiente controle de constitucionalidade, sem embargo do sistema difuso, a ser preservado, deve ser mesmo aquele realizado — em última instância, nos casos concretos e, originariamente, quando em tese — por um *órgão especial*, que, aqui no Brasil, pode ser o tradicional e vetusto *Supremo Tribunal Federal*, mas com uma composição tal que o torne independente de qualquer um dos três "poderes" do Estado, mas deles nascido e formado.

E a nossa posição neste sentido não é de agora. Vem desde os debates sobre a "Constituinte", em 1986. Naquela época, em magnífico simpósio organizado pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, na qualidade de Debatedor, já dizíamos:

"(Defendo) — finalmente a criação de um Tribunal Constitucional, também de âmbito nacional, de composição mista, para a apreciação da matéria constitucional... Tal Tribunal especial não ofenderia o princípio do *judicial control* criado por Marshall, já que o controle continuaria a começar na maneira difusa, nos casos concretos, pelo juiz. O que defendo como inovação é a criação de um Tribunal, especial e especializado, formado por componentes oriundos dos três órgãos do Poder, dos quais partem todos os atos de governo, para o controle concentrado de constitucionalidade e a decisão final. É o que ocorre hoje na Espanha, em Portugal, na Itália, na Alemanha Ocidental e na Áustria." (*Anais do Simpósio "Minas Gerais e a Constituinte"*, ALMG, abril de 1986, pp. 487 a 493).

Agora, no meio da crise que confunde este Brasil, vejo vozes respeitáveis defenderem a mesma idéia. Assim, por exemplo, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Disse o titular da

USP, em entrevista publicada na *Folha de São Paulo* de 24.3.94:

"O impasse demonstra que no Brasil não existe uma corte constitucional autêntica, com atribuição de dirimir conflitos entre os três Poderes. O STF exerce algumas funções de corte constitucional. Mas, ao mesmo tempo, é o órgão máximo do Poder Judiciário, o que lhe tira a independência para julgar o conflito com o Executivo. Em países como a Alemanha e a Áustria, a corte constitucional não pertence ao Judiciário e funciona como mediadora entre os Poderes."

No mesmo sentido, o renomado mestre Dalmo de Abreu Dallari, em entrevista ao *Jornal do Brasil* de 27.3.94, referindo-se a uma crise brasileira:

"Esse *absurdo* reforça a necessidade de criação do Tribunal Constitucional, uma proposta da Constituinte que não foi adiante por causa do *lobby* do Supremo."

Porém para que isso aconteça, é preciso uma reforma constitucional séria e bem pensada. Não uma "revisão" feita de afogadilho, por um Congresso tumultuado e, com raras exceções de alguns de seus componentes, desacreditado perante a opinião pública. Reforma feita através de *emendas*, com rigorosa obediência aos preceitos do artigo 60 da própria Constituição, e não aquela "revisão" infeliz, que desrespeita a própria Federação.

Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 10.^a ed. reformulada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. Constituição. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada e acompanhada dos textos das Emendas Constitucionais 1, de 31 de março de 1992; 2, de 25 de agosto de 1992; 3, de 17 de março de 1993 e 4, de 14 de setembro de 1993, organização de Juarez Oliveira, 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CAETANO, Marcello. *Constituições portuguesas*, 5.^a ed. segundo a edição revista e atualizada pelo autor, com a análise da Constituição de 1976. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1981.
- CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1: Direito

- comparado. Teoria geral do estado e da constituição. As constituições do Brasil.
- CARDOSO DA COSTA, Manuel M. "O Tribunal Constitucional português: a sua origem histórica". In *Portugal: o sistema político e constitucional 1974-1987*/coord. Mário Baptista Coelho. Lisboa: Univ. de Lisboa, 1. d. pp. 913-923.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte, Del Rey, 1992.
- CULLOP, Foyd C. *The constitution of the United States: an introduction*. New York: Mentor, 1984.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. "Em causa própria". In entrevista ao *Jornal do Brasil*, 27.3.94.
- ESPAÑA. Constituição. 1978. *Constitución española*. Madrid: Ed. Civitas, 1986.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Falta de uma corte constitucional dificulta a crise entre os poderes". In entrevista a Claudia Trevisan. *Folha de São Paulo*, de 24.3.94.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 2ª. ed. rev. e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- *Lições de direito constitucional e teoria geral do estado*. Belo Horizonte, Ed. Lã, 1991.
- FRANÇA. Constituições. *Lex constitutionis de France*/Charles Debbasch e Jean-Marie Pontier. Paris: Dalloz, 1983.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *The federalist papers* with an introduction and commentary by Garry Wills. Toronto: Bantam Books, 1982.
- HORTA, Raul Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: UFMG, 1953 (Tese).
- ITÁLIA. Constituição, 1947. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Supp. n. 9. di Veta Italiana — Documenti e informazioni. Roma, 1972.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n.º 3, de 1993*.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição e democracia*. Lisboa: Liv. Petrony, 1976.
- MIRANDA, Jorge. "A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal". In *As Garantias do cidadão na justiça*/coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 15-29.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª. ed. rev. e act. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. T. 2: constituição e inconstitucionalidade.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. "A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil". In *As Garantias do cidadão na justiça*/coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 1-14.
- PINTO FERREIRA. "A jurisdição constitucional". In *O Judiciário e a Constituição*/coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 197-218.
- PORTUGAL. Constituição. 1976. *Constituição da República Portuguesa e legislação complementar*/Introdução de Marcelo Rebelo de Souza. Lisboa: Aequitas e Ed. Notícias, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6ª. ed. rev. e amp. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 3ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "O Controle da constitucionalidade no sistema luso-brasileiro". *Lem, revista jurídica*, n.º 68, pp. 1-21, jul. 1973.
- TOPORNINE, Boris. *A nova constituição da URSS*. Moscovo: Ed. Progresso, 1981.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- WILSON JR., Vincent. *The book of the founding fathers*. Brookeville, American History Research Associates, 1985.