

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO COMPARADO

HISTORICAL EVOLUTION OF CONSTITUTIONALITY CONTROL IN BRAZILIAN LAW AND COMPARATIVE LAW

Mateus Lúcio Mamede

Resumo

Devido à grande importância que o controle de constitucionalidade representa para todo o sistema jurídico, especialmente para o direito constitucional, este artigo procurou trazer o delineamento histórico do controle de constitucionalidade, demonstrando a evolução desse instituto ao longo das Constituições brasileiras desde 1824 à 1988, de modo a enfatizar os pontos mais importantes, seus retrocessos e discutir conceitos como: controle difuso, monopólio da ação direta, controle abstrato etc. Para fins didáticos, o controle de constitucionalidade continua sendo dividido em sistema difuso e sistema concentrado, ou, algumas vezes, em sistema americano e sistema europeu de controle, conceitos estes desenvolvidos a partir de concepções filosóficas e experiências ao longo da história, de modo que traz também breves comentários sobre os sistemas de controle de constitucionalidade do direito norte-americano, austríaco e alemão.

Palavras-chave: evolução histórica; controle de constitucionalidade; direito comparado

Abstract

Due to the great importance that the judicial review is for the entire legal system, especially constitutional law, this article sought to bring the delineation history of judicial review, showing the evolution of this institution over the Brazilian Constitutions from 1824 to 1988, order to emphasize the most important points, its setbacks and discuss concepts such as diffuse control, monopoly of direct action, abstract control etc. For didactic purposes, the control of constitutionality remains divided into the diffuse system and concentrates, or sometimes in the American system and European system of control, these concepts developed from philosophical conceptions and experiences throughout history, so that also provides brief comments on the systems of judicial review of U.S. law, Austrian and German.

Keywords: historical evolution; constitutionality control; comparative law

1. Introdução

O controle de constitucionalidade judicial das leis vem se mostrando como uma das criações mais interessantes do direito constitucional e da ciência política, isso porque a adoção de formas variadas nos mais diversos sistemas constitucionais, mostra sua flexibilidade e capacidade de se adequar aos mais diversos sistemas políticos, sendo curioso observar sua expansão na ordem jurídica atual.

Com a Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil sofreu grande mudança, isso porque houve uma ruptura do chamado “monopólio da ação direta” outorgada ao Procurador-Geral da República, e essa substituição exclusivista por um amplo direito de propositura sinalizam uma grande alteração em todo o sistema de controle de constitucionalidade. (MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1193).

Embora se tenha mantido o modelo tradicional de controle “difuso”, a adoção de instrumentos como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, especialmente a ação direta de inconstitucionalidade, conferiram um novo perfil a esse sistema de controle.

1.1. Constituição Imperial

A Constituição de 1824 não possui qualquer tipo de sistema parecido com os modelos atuais de controle de constitucionalidade.

Por influência francesa outorgou-se ao **Poder Legislativo** a incumbência de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como **velar na guarda da Constituição** (grifos nosso). (MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1193).

Pimenta Bueno ensinava que o conteúdo da lei somente seria definido pelo órgão legiferante:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. (BUENO, José Antônio Pimenta apud MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1194).

Não havia, nesse contexto, lugar para o menor modelo judicial de controle de constitucionalidade; era, por sua vez, a consagração da soberania do Parlamento.

1.2. Controle de constitucionalidade na Constituição de 1891

Inaugura-se uma nova concepção com o regime republicano e a influência do direito norte-americano parece ser decisiva para a consolidação do sistema difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890.

Foi através do Decreto n. 848, de 11/10/1890 – que no seu art. 3º determinava que na guarda e aplicação da Constituição, a magistratura federal só interviria em espécie e por provocação – que se estabelece o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes e, tal qual a Constituição provisória, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais. (MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1194).

A Constituição de 1891 reconheceu ao Supremo Tribunal Federal competência para rever, em última instância, decisões proferidas pelas Justiças dos Estados quando questionados tratados ou leis federais ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais em face da Constituição ou de leis federais.

Foi Rui Barbosa que ampliou o instituto adotado no regime republicano, vencendo a perplexidade trazida pela inovação, vejamos seu trabalho elaborado em 1893:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: ‘O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos’. Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que ‘Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal’ (art. 60, a); como, ainda, que ‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1º, a)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós é muda a este propósito. (BARBOSA, Rui apud MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1195).

Ficava claro que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*. Dizia Rui Barbosa que

“os tribunais não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos, nem para o legislador, nem para a administração (...). E, sintetizava, ressaltando que a *judicial review* “é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”. (BARBOSA, Rui apud MENDES, 1990, 173).

Nota-se, pelo exposto, que fica consolidado o sistema difuso de controle de constitucionalidade do Direito brasileiro, não havendo mais dúvida sobre o poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer esse controle.

1.3. Controle de constitucionalidade na Constituição de 1934

A Constituição de 1934 trouxe significativas alterações no sistema de controle de constitucionalidade. O constituinte determinou que a regra de declaração de inconstitucionalidade somente seria realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, evitando a insegurança jurídica advinda da constante mudança no entendimento dos tribunais.

Também consagrou a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, dando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. (Constituição Federal de 1934, arts. 91, IV).

Ensina-nos Gilmar Mendes que se buscava “resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade”. Porém, com base no direito comparado, tinha o constituinte dado poder excessivo ao Senado, que acabaria por transformar solução em problema, “com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado”. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1196-1197).

Porém, assevera Gilmar Mendes que

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à ‘declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal’ (...). Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 12, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º). (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1197).

Percebe-se assim a importância das inovações trazidas por essa Constituição, em especial a regra segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade somente seria realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais.

1.4. Controle de constitucionalidade na Constituição de 1937

Essa Constituição trouxe inequívoco retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido modificação no modelo difuso de controle e tenha preservado o quorum especial de exigência para a declaração de inconstitucionalidade, o constituinte rompeu com a tradição e determinou regra segundo a qual caso uma lei seja declarada inconstitucional, o Presidente da República poderá, caso afirme que a lei era necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submetê-la novamente ao Parlamento. Caso fosse validada por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se inexistente a decisão do Tribunal.

Assevera Gilmar Mendes que “instituiu-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passar a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição”. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1198).

No entanto, Cândido Motta Filho foi a favor da inovação, senão vejamos:

A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua Teoría de La política, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais. (FILHO, Cândido Motta apud MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1194).

Percebe-se assim que o autor afirma que, por ter a Constituição feições nitidamente políticas, a competência para confirmar ou não a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, deve ser aberta ao campo da política.

1.5. Controle de constitucionalidade na Constituição de 1946

A Carta Magna de 1946 restaurou a tradição do controle judicial no Direito brasileiro, preservando a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, manteve-se a atribuição do Senado Federal para suspender as leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e, a par da competência de julgar recursos ordinários, disciplinou-se a apreciação de recursos extraordinários.

Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana federativa; b) independência e harmonia entre os Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções

federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de conta da Administração; g) garantias do Poder Judiciário. (Constituição Federal de 1946, art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII).

Dessa forma a intervenção federal dependia da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. (Constituição Federal de 1946, art. 8º, parágrafo único).

Ensina Gilmar Mendes: “A emenda n. 16, de 26/11/1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais.” (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1202).

Vale a pena registrar o parecer aprovado pela Comissão Mista da época, de lavra do Deputado Tarso Dutra, referindo-se, especificamente, ao novo instituto de controle de constitucionalidade:

A letra ‘k’, propondo a representação a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitrada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação, que devia conferir à representação a idéia nítida de oposição à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de natureza normativa de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1º e 2º) conhece apenas uma exceção no § 2º do art. 123 da Constituição. (MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1203-1204).

Consagrou-se desta feita, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade sob forma de representação que haveria de ser proposta pelo Procurador-Geral da República, embora a proposta de alterar o art. 64 da Constituição, conferindo eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, fora rejeitada.

1.6. Controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/69

A Constituição de 1967 não inovou muito no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve íntegro o controle difuso e a ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946.

Leciona Gilmar Mendes:

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, §2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n. 16/65 (art. 119, I, 1). (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1204).

Não foi incorporada a disposição que permitia a criação do processo de competência originária nos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados.

Previu, expressamente, pela Emenda n. 1/69, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, com referência a intervenção no Município.

Assevera Gilmar Mendes:

A Emenda n. 7/77 introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1205).

Finalmente, a Emenda n. 7/77 consagrou o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal tem competência para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República, pondo termo à controvérsia.

Em 1970, o único partido representante da oposição no Congresso Nacional, o MDB, solicitou ao Procurador-Geral da República que instaurasse processo abstrato em desfavor de decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódico. Este, no entanto, negou-se ao pedido formulado por entender que não estava constitucionalmente obrigado a fazê-lo. (MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1205).

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a reclamação argumentando que só o Procurador-Geral poderia decidir se deveria ou não oferecer representação para aferição de constitucionalidade da lei.

É mister ressaltar aqui lição do Ministro Gilmar Mendes sobre o assunto:

Enquanto importantes vozes na doutrina reconheceram o direito de o Procurador-Geral submeter ou não a questão ao Supremo Tribunal Federal, consoante a sua própria avaliação e discricionariedade, uma vez que somente ele dispunha de competência constitucional para propor essa ação, sustentavam outros a opinião de que estaria obrigado a oferecer a arguição ao Supremo Tribunal Federal se houvesse pelo menos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei.

Posição intermediária foi sustentada por Celso Bastos, segundo a qual o Procurador-Geral da República não poderia negar-se a formular a representação se o requerimento lhe fosse encaminhado por algum órgão público, uma vez que, nesse caso, não se poderia ter dúvida quanto ao interesse público na aferição da constitucionalidade da lei ou do ato normativo. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1206-1207).

O esforço, no entanto, não precisou a natureza do instituto. Demorou-se para perceber que a representação de inconstitucionalidade tinha, na verdade, caráter dúplice ou natureza ambivalente, permitindo que o Procurador-Geral submetesse a questão quer estando convencido da inconstitucionalidade da norma, quer houvesse demonstrado que a questão apresentasse controvérsias relevantes sobre sua constitucionalidade.

Com isso posto, não se fazia mister que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, bastava a “controvérsia constitucional”, ou seja, não era necessário sua plena convicção sobre a inconstitucionalidade da norma em questão.

É o que afirma Gilmar Mendes, senão vejamos:

(...) parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (ação declaratória

de constitucionalidade). (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1208).

Essa existência de controvérsia constitucional relevante caracterizava a necessidade do Procurador-Geral da República submeter o questionamento ao Supremo Tribunal, ainda estando convencido de sua improcedência, em outros termos, restando configurada a controvérsia constitucional relevante, não poderia furtar-se do dever de submetê-la ao Supremo Tribunal, mesmo que fosse manifestamente a favor da improcedência do requerimento (pedido de declaração de constitucionalidade).

1.7. Controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 amplia significativamente os meios de proteção judicial e conseqüentemente o controle de constitucionalidade das leis.

Ensina Gilmar Mendes sobre o controle de constitucionalidade da Constituição de 1988:

A Constituição preservou a representação interventiva, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os chamados princípios sensíveis (CF, art. 34, VII, c/c o art. 36, III). Esse processo constitui pressuposto da intervenção federal, que, nos termos do art. 36, III, e § 1º, da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República. Tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, f). Tal como os outros países da América Latina, não dispõe a ordem jurídica brasileira de instrumento único para defesa de direitos subjetivos públicos. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1211).

O legislador constituinte dedicou particular atenção à chamada “omissão do legislador”. Ao lado do mandado de injunção foi introduzido o processo de controle abstrato de omissão.

A grande mudança acontece no controle abstrato de normas com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal. Se a intensa discussão causada na vigência da Constituição anterior sobre o monopólio da ação por parte

do Procurador-Geral não levou a uma mudança da jurisprudência, fica claro que na Carta Magna de 1988 houve uma ampliação do direito de propositura.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Constituição Federal reduziu o significado do controle de constitucionalidade difuso ao ampliar a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo que as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional n. 3 firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo que teria eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário.

Explica Gilmar Mendes que “(...) a prática constitucional demonstra que, muitas vezes, a representação interventiva e, sobretudo a representação de inconstitucionalidade foram utilizadas com o fito de afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma”. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1214-1215).

A Emenda Constitucional n.45, de 2004, estabelece que estariam legitimados para a ADC os mesmo legitimados para a ADI.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, no entanto, veio prevista de forma singela na Constituição: “a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (art. 102, § 1º).

Esse instituto trouxe significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Importante ressaltar aqui as lições de Gilmar Mendes:

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1220).

Diante desse exposto, fica claro que a ADPF veio completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, já que as questões excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas podem ser objeto de exame no âmbito desse novo procedimento.

2. Os sistemas norte-americano, austríaco e alemão de controle de constitucionalidade

Para fins didáticos, o controle de constitucionalidade continua sendo dividido em sistema difuso e sistema concentrado, ou, algumas vezes, em sistema americano e sistema europeu de controle, conceitos estes desenvolvidos a partir de concepções filosóficas e experiências ao longo da história. Desses conceitos surgiram modelos mistos, com combinações dos dois elementos.

O modelo europeu segue ações individuais para defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos de defesa, com atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão proferida para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. A Emenda Constitucional de 7 de dezembro de 1929 mudou o controle de constitucionalidade na Constituição austríaca de 1920, passando a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça Administrativa elevem a polêmica constitucional concreta à Corte Constitucional. Rompe-se com o monopólio de controle da Corte Constitucional e esses

órgãos passam a ter um “juízo provisório e negativo sobre a matéria”. Dessa feita o juiz ou tribunal seria um participante do controle, pelo menos como órgão provocador do exame. Modelo semelhante seria adotado na Alemanha, Itália e Espanha. (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 1-2).

O sistema americano, no entanto, volta-se para um modelo objetivo, de interesse público em sentido amplo. A adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem aquelas características. (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 2).

Ao limitar às Cortes Federais a determinação sobre a inconstitucionalidade do direito federal, concentrando o controle no âmbito desses órgãos, aproxima-se esse sistema com o de controle concentrado.

Países que recusavam terminantemente a adoção da jurisdição constitucional vêm dando sinais de aceitação do instituto, mostrando que os sistemas de controle de constitucionalidade ganharam o mundo.

A França vem adotando postura que aproxima seu Conselho Constitucional – criado pela Constituição de 1958 – a um órgão de jurisdição constitucional. (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 2).

Na Bélgica, na Holanda e em Luxemburgo, embora não se adote a Constituição como modelo de controle das leis, admite-se o controle de legitimidade dessas leis em face da Convenção Européia de Direitos Humanos. O Reino Unido também vem mudando seus conceitos, de forma que o Parlamento não mais se mostra absolutamente soberano. Com a aprovação do Human Rights Act, confiou-se aos Tribunais britânicos atribuição para conferir a legitimidade das leis em face da Convenção de Direito Humanos (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 3).

2.1. Aspectos do controle de constitucionalidade norte-americano

A Constituição americana consagrou a idéia que o “Poder Judiciário estender-se-á a todos os casos de lei e de equidade, que se suscitem em torno da Constituição, das leis dos Estados Unidos”. (art. 3º, secção 2).

A evolução do sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos haveria de levar inevitavelmente à ação declaratória como técnica de controle de constitucionalidade.

Alguns argumentavam que a possibilidade de utilização da ação declaratória no controle de constitucionalidade se mostrava incompatível com o princípio da divisão dos

poderes. Tal entendimento era plenamente compatível com o princípio que atribuía ao Judiciário o dever de se pronunciar apenas em controvérsias autênticas. O contraditório entre as partes era essencial para a judicialização da questão constitucional.

Vale a pena transcrever as lições de Münsterberg apresentadas por Rui Barbosa:

Não vão supor que a Côrte Suprema se abalance a proferir veredictos judiciarios de natureza abstrata, contrapondo o seu veto, quando o Congresso nacional ou as legislaturas estaduais transgridem a Constituição. De tal não se cogita, uma vez que, theoreticamente (theoretically), a Côrte Suprema, parallelamente em situação ao Congresso, não lhe é superior, e, sobretudo, no seu character de tribunal, não legisla. Não lhe cae na alçada a questão jurídica, enquanto se lhe não offereça um caso concreto por decidir; e a Côrte Suprema sempre se tem negado a firmar interpretações theoricas, não se antecipando nunca ao reclamo actual de uma demanda em juizo. Já no século dezoito o próprio Washington lhe não obteve resposta a uma questão de ordem geral. E, ainda em se suscitando effectivamente o pleito, a Côrte Suprema não estatue que certa e determinada lei é irrita e nenhuma: cifra-se a deslindar o caso occorrente, indicando os fundamentos jurídicos, onde estriba decisão. A se verificar então divergência entre duas leis, o julgado, apoiando-se numa contra a outra, accentúa, applicadamente, os motivos da selecção. Verdade seja que, desta sorte, nunca se sentencia mais que um litigio; mas desde então, graças as normas do *common Law*, a decisão proferida estabelece jurisprudência, que leva ulteriormente, assim as justiças inferiores, como a própria Côrte Suprema, a conformar com o aresto os seus julgados. Exautorada assim (*superseded*), a lei da legislatura (*the legislative law*) vem a ficar praticamente annullada (*practically annulled*), tornando-se como não existente (*non existent*). (BARBOSA, Rui apud MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 7).

Diante de sólida elaboração jurisprudencial e doutrinária a Suprema Corte viu-se obrigada a rever a posição que repudiava a ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade.

Em 1933 a Corte Suprema reconhece a ação declaratória e asseverou que:

A Constituição não exige que o caso ou controvérsia se apresente dentro das formas tradicionais de procedimento, invocando os remédios tradicionais. A

cláusula judiciária da Constituição definiu e lindou o poder judiciário, mas não o método particular por que poderia ser chamado a intervir. Não cristalizou em formas imutáveis o procedimento de 1789 como o único meio possível de apresentar um caso, ou controvérsia, juridicamente examinável de outro modo pelas Cortes federais... Aos Estados é permitido regular o seu procedimento judiciário próprio. Daí, não serem bastantes modificações meramente na forma ou método de procedimento por que os direitos federais (os derivados da Constituição e das leis dos Estados Unido) são levados à final adjudicação nas Cortes dos Estados para impedir a revisão por esta Corte, enquanto o caso guarde os característicos de um procedimento contraditório que envolva controvérsia concreta, não hipotética, resolvida, finalmente, pela instância interior (da mais alta Corte do Estado). (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 8-9).

A ação declaratória outorga maior flexibilidade ao sistema de controle de constitucionalidade, superando um sistema rígido e, nem sempre autêntico, de contraditório. Desta feita, a exigência de contraditório para a manifestação de constitucionalidade deveria ser relativizada.

Embora possa imprimir maior flexibilidade ao sistema, a ação declaratória não se confunde com as formas de controle direto ou em via principal. A caracterização de uma controvérsia hábil a ser resolvida judicialmente é indispensável.

O sistema americano de controle de constitucionalidade reconhece que o interesse quanto à constitucionalidade das leis configura interesse público, que nem sempre coincide com o interesse privado. Desta feita, dá-se o direito ao Poder Executivo de apelar à Suprema Corte contra decisão que declara inconstitucional lei federal e consagra-se vedação aos juízes singulares para conceder “*injunctions*” que afastem a aplicação de lei do Congresso, sob a alegação de inconstitucionalidade. Desta feita, aproxima-se o modelo americano do modelo europeu; reforça-se assim o perfil objetivo, supracitado (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 10).

2.2. Aspectos do controle de constitucionalidade austríaco

O modelo austríaco demonstra uma nova idéia de controle de constitucionalidade, outorgando ao Tribunal Constitucional a competência para resolver questões constitucionais, mediante requerimento especial formulado pelo Governo Federal, com referência a leis

estaduais, ou pelos Governos estaduais referentes a leis federais. Não se exige a demonstração da ofensa ao particular ou situação subjetiva.

Explica Kelsen que

Ao requerer o exame e anulação de uma lei, por inconstitucionalidade, o Governo federal ou os Governos estaduais não estão obrigados a demonstrar que a lei violou uma situação subjetiva. A União e os Estados – mediante um controle recíproco – fazem valer o interesse da constitucionalidade da lei. Qualquer Estado poderá argüir a inconstitucionalidade de qualquer lei federal, ainda que aplicável a um único Estado. (KELSEN apud MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 13).

Competia ao Tribunal apreciar a questão constitucional como pressuposto de uma controvérsia pendente. Não existia previsão de controle concreto relativo aos processos existentes perante outros juízos ou Tribunais. Esse tipo de controle somente foi introduzido em 1929. (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 14).

A legitimação exclusiva dos órgãos de segunda instância para suscitar o exame de constitucionalidade, no caso concreto, fora objeto de críticas, anotava Cappelletti que “todos os outros juízes devem, irremediavelmente, aplicar as leis aos casos concretos submetidos a seu julgamento, sem a possibilidade de abster-se da aplicação, tampouco daquelas leis que sejam consideradas manifestamente ou macroscopicamente inconstitucionais”. (CAPPELLETTI apud MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 14).

A Constituição austríaca contempla um recuso contra a violação de direito constitucionalmente garantidos, por ato da Administração, e contra a aplicação de um regulamento ilegal, ou de uma lei ou tratado inconstitucional, exigindo nesse caso que sejam esgotadas as instâncias ordinárias. Admite-se ainda um recurso individual, que permite a impugnação, frente a Corte Constitucional, de lei que lese, diretamente, direitos individuais. (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 14-15).

Assinala Gilmar Mendes mais uma peculiaridade do sistema austríaco:

(...) cabe à Corte Constitucional declarar, mediante requerimento do Governo Federal ou de um Governo estadual, se determinado ato concreto de soberania é da competência da União ou dos Estados. Em se tratando de competência legislativa, deverá o requerente proceder à juntada do projeto

de lei em discussão. Idêntica prática há de ser observada em relação aos regulamentos. Cuida-se, pois, de modalidade de controle preventivo que somente poderá ser instaurada antes da conversão do projeto de lei. (In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 15).

Ao lado do controle abstrato e concreto e dos recursos constitucionais o sistema austríaco possui uma modalidade preventiva de controle de normas.

Tanto as leis federais ou estaduais quanto os regulamentos editados pelas autoridades administrativas, cuja legitimidade há de ser aferida não só em face da Constituição, como também por lei ordinária, pode ser objeto de controle de constitucionalidade. (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 16).

A omissão legislativa pode ser objeto de controle de constitucionalidade caso a omissão do legislador dê ensejo à declaração de inconstitucionalidade de outro preceito. E, por fim, a base de controle de constitucionalidade do sistema austríaco é, essencialmente, a Constituição.

2.3. Processo de controle de constitucionalidade da Alemanha

O modelo de jurisdição concentrada adotada pela Áustria entre 1920 e 1929 veio a ser adotado inicialmente na Itália e na Alemanha.

A utilização da ação direta cuja titularidade fora deferida a determinados órgãos políticos e o efeito *erga omnes* das decisões proferidas pela Corte Constitucional são traços inequívocos da idealização de Kelsen para o modelo concentrado. (MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 17-18).

Ao contrário do grave erro inicial da Constituição da Áustria, de não prever o controle judicial concreto, as Constituições italiana e alemã não tinham esse problema.

Ensina Gilmar Mendes:

Também no Direito alemão consagra-se o controle concreto de normas (Richtervolage), estabelecendo-se que quando um Tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando

se tratar de violação da Lei Fundamental (Lei Fundamental, art. 100, I). (In: GANDRA; MENDES, 2005, p. 18).

A competência do Tribunal Constitucional alemão está definida na Constituição, podendo a lei conferir-lhe outras atribuições. É composto por juízes federais e outros juristas, eleitos, em partes iguais, pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, não podendo seus membros ser escolhidos dentre os integrantes dos órgãos legislativos federais e estaduais ou dos Governo Federal e estaduais.

Conclusão

O controle de constitucionalidade judicial das leis se mostra como uma das criações mais interessantes do direito constitucional e da ciência política, isso dado à sua flexibilidade e capacidade de se adequar aos mais diversos sistemas políticos ao longo da história.

Percebemos que apesar do sistema norte-americano adotar o controle difuso, a revisão de julgados pela Corte Constitucional e a vedação aos juízes singulares para conceder “*injunctions*” que afastem a aplicação de lei do Congresso, sob a alegação de inconstitucionalidade aproximam-no do modelo europeu. Este, por sua vez, ao permitir a participação do juiz no controle de constitucionalidade, aproxima-o ao modelo difuso. Vimos também que países que antes não manifestavam adesão ao controle de constitucionalidade vêm mudando seu posicionamento.

Referências Bibliográficas

MENDES, Gilmar Ferreira. Análise do direito comparado e nacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.