

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 149

janeiro/março – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Fundamentos do controle de constitucionalidade das leis

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Pressupostos de admissibilidade. 3. Especificidades do controle abstrato. 4. Fundamentação democrática do controle. 5. Controle em outros países. 6. Controle nas Constituições brasileiras. 7. Declaração de constitucionalidade. 8. Considerações finais.

1. Considerações preliminares

Entre os principais objetivos do controle de constitucionalidade, segundo Paulo Bonavides (1994, p. 267), estão a defesa do cidadão e das liberdades, a garantia da efetivação do Estado democrático de direito, colocando, dessa forma, as instituições a serviço dos direitos humanos.

O controle de constitucionalidade pode ser do tipo formal ou do tipo material.

O primeiro é o controle jurídico sobre a forma. Esta deve estar de acordo com a Constituição, não ferir competência ou princípio de organização dos outros poderes ou qualquer um dos princípios federativos.

O segundo é o controle que incide sobre o conteúdo da norma, adequando-a ao espírito, à filosofia, aos princípios fundamentais da Constituição. É o controle criativo e político sobre valores, como a liberdade.

Em torno do debate sobre qual órgão deve exercer o controle de constitucionalidade, Bonavides (1994, p. 270) explicita a diferença existente entre o que os autores chamam

de controle por órgão político e controle por órgão judicial.

O Controle por órgão político é aquele que não é exercido pelos tribunais, mas por um corpo político, como uma Assembléia, um Conselho ou Comitê Constitucional. O exemplo clássico é o do Conselho Constitucional francês instituído em 1958, cujas decisões têm validade *erga omnes*, delas não se admitindo Recurso.

Tal órgão político, na lição de Henry Fabre (BONAVIDES, 1994, p. 271), assegura a repartição constitucional das competências, relega ao segundo plano a proteção direta das liberdades individuais, realiza o controle prévio (antes da votação) e promove o controle *a posteriori* da lei.

Já o Controle por órgão jurisdicional é aquele realizado pelo próprio Poder Judiciário, nos marcos do Estado de Direito Democrático. Foi implementado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Malbury v. Madison*. O juiz Marshall decidiu que o poder do legislativo é limitado e que a norma constitucional deve ser interpretada pelo Judiciário, a quem cabe declarar o direito.

O controle constitucional, quando realizado por órgão judicial, dá-se de duas formas: por via de exceção – “judicial”, ou por via de ação – “política”.

O Controle por via de exceção é o controle concreto, incidental e difuso. Ocorre quando no curso de um pleito a parte alega a inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. Nesse caso concreto, ressalta Bonavides (1994, p. 273), a lei não é anulada, somente não é aplicada. Ela não desaparece da Constituição e pode ser aplicada em outra circunstância. Diz-se incidental por constituir-se em um incidente do julgamento principal. Nos EUA, equivale a um veto judicial, que obriga a todos. É o controle que mais se adequa à teoria da separação dos poderes.

Já o controle por via de ação, também chamado de controle abstrato ou concentrado, é aquele que se realiza por via de uma

ação principal de inconstitucionalidade. A parte pede que o Tribunal anule ou invalide uma lei, que é removida da ordem jurídica. Tal decisão tem efeito *erga omnes*. É um controle formal, voltado à resolução de conflitos entre os poderes. Por isso a iniciativa do direito de ação não é da pessoa comum.

O controle por via de exceção é característico do modelo judicial norte-americano, em que qualquer Tribunal está apto a exercê-lo. Os recursos das decisões dos magistrados locais são encaminhados para a Suprema Corte e somente depois de sua manifestação é que a lei se torna válida. Compõem a Suprema Corte nove juízes nomeados pelo Presidente da República depois de aprovados pelo Senado.

Até a década de 30, a Suprema Corte era tida como um poder conservador e anti-social, uma espécie de “oligarquia togada” que formava um “governo de juízes”. Atualmente a magistratura norte-americana decide sob forte influência da sociedade civil, que coloca na ordem do dia o debate sobre direitos sociais, garantias fundamentais, liberdades individuais e integração racial (BONAVIDES, 1994, p. 281).

2. Pressupostos de admissibilidade

Os pressupostos gerais que possibilitam o controle tanto concreto quanto abstrato, segundo Clèmerson Clève (1995, p. 23), são a existência de uma Constituição formal (escrita), a compreensão de Constituição como lei fundamental (rigidez, supremacia e hierarquia) e a previsão de órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade, para ele, é a “desconformidade do ato normativo ou do seu processo de elaboração com algum preceito ou princípio constitucional”.

O quadro a seguir representa, para Clève (1995, p. 73), as formas de manifestação como o controle se apresenta:

<i>Modo de manifestação</i>	<i>Parâmetro</i>	<i>Objeto</i>	<i>Momento</i>	<i>Natureza do órgão</i>	<i>Número de órgãos</i>	<i>Finalidade</i>
Via incidental (exceção)	Toda Constituição Formal	Ação	Preventiva (<i>apriori</i>)	Política	Difusa	Subjetiva (concreta)
Via principal (ação)	Alguns dispositivos formais	Omissão	Repressiva (<i>aposteriori</i>)	Jurisdicional	Concentrada	Objetiva (abstrata)
	Formais (+) os Superiores				Mista (?)	

A provocação concreta ou incidental de inconstitucionalidade pode ser levantada pelo réu na ocasião da resposta (contestação, reconvenção, exceção), pelo terceiro interessado ou pelo autor, na inicial, em qualquer tipo de processo, seja ele de Conhecimento (rito ordinário ou sumaríssimo), de Execução (por ocasião dos embargos) ou Cautelar, não importando se no curso de uma Ação Civil Pública, Ação Popular; Mandado de Segurança, *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*.

Declarada a inconstitucionalidade, a norma torna-se ineficaz para o caso concreto, com efeito *ex-tunc*, cabendo ao Senado suspendê-la.

Na provocação abstrata de inconstitucionalidade, por outro lado, os atos impugnáveis são a Emenda Constitucional ou de Revisão, Leis Delegadas, Regimento, Decretos Legislativos, Resoluções e Tratados internacionais, que depois de ratificados transformam-se em leis. O STF decidiu, em 1977, que os pressupostos de urgência e relevante interesse público, à época condicionantes do Decreto-Lei, escapavam ao controle do Judiciário. No caso da Medida Provisória, ainda não houve manifestação formal da magistratura nacional.

Os atos não-impugnáveis, na avaliação de Clève (1995, p. 143), são os Atos normativos estrangeiros, os Regulamentos, as Convenções Coletivas de Trabalho, as Sentenças normativas (da Justiça do Trabalho, por exemplo), os Regimentos dos Tribunais e os Atos normativos anteriores à CF/88.

Nesse tipo de declaração de inconstitucionalidade, os atos impugnáveis são declarados nulos, o Senado não toma conhecimento da decisão e o efeito é *erga omnes* e *ex-tunc*, retroagindo até o seu nascimento. Nesse caso ressurgem a eficácia da anterior, que havia sido revogada pela lei agora declarada inconstitucional.

O recurso é adrito ao titular da ação, desde que configurada a existência de quatro votos divergentes, em Embargos Infringentes ou Embargos de Declaração. A Cautelar é possível, com pedido de liminar e, quando deferida, tem eficácia *ex-nunc*.

Em termos de controle de constitucionalidade, Clève destaca a relevância de outros mecanismos previstos na Constituição, tais como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADIn por Omissão, Omissão Parcial, Mandado de Injunção e o controle no âmbito dos Estados-membros (CLÉVE, 1995, p. 181).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) foi criada pela Emenda Constitucional nº 3/93, com a finalidade de elidir a insegurança jurídica e a incerteza sobre a legitimidade da lei. Nesse tipo de ação, não existe um réu específico. Sua decisão tem efeito *erga omnes* e vincula tanto o Judiciário quanto o Executivo. Têm legitimidade ativa para propositura de ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

A ADIn por Omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da CF/88, foi criada para tornar

efetiva norma constitucional. Ela obriga que o titular do poder competente tome essa providência, sendo órgão administrativo, em 30 dias, não admitido o pedido de Liminar. O bem protegido, no caso, é a defesa de um direito subjetivo (interesse juridicamente protegido, lesado ou na iminência de sê-lo). São legitimados ativos os mesmos da ADIn, enquanto a legitimidade passiva é da autoridade ou órgão legislativo omissor. O alcance da ADIn por Omissão, segundo o STF, é de ausência de ato normativo e não de ato concreto. O Judiciário, ao determinar o saneamento da omissão inconstitucional por parte do Poder Executivo, deve observar a reserva do financeiramente possível.

As outras duas formas de controle de constitucionalidade são a Ação por Omissão Parcial e o Mandado de Injunção. A primeira ocorre quando parte do ato normativo é impugnado. Se a nulidade agrava o estado de inconstitucionalidade, o STF pode não pronunciar a nulidade, como por exemplo, anular aumento do salário mínimo em percentual abaixo do estabelecido por lei. Uma decisão dessas só traria prejuízos ao trabalhador.

Quanto ao Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88, cujo efeito é *inter partes*, trata-se, segundo expressão utilizada por Canotilho (CLÉVE, 1995, p. 255), de uma espécie de ação constitucional de defesa contra a inércia legislativa inconstitucional.

A diferença entre os dois institutos está no fato de que a Ação por Omissão protege norma constitucional existente, ao passo que o Mandado de Injunção exige regulamentação contra lacunas da legislação.

O provimento do Judiciário surge com a edição da norma faltante e a aplicação do direito no caso concreto. O Mandado de Injunção, conforme posição predominante do Supremo Tribunal Federal brasileiro, equipara-se à ADIn por Omissão. Entende o STF que descabe o mandado se existir a norma, mas ela for insuficiente ou se já se iniciou o processo legislativo.

Quanto ao controle estadual, Clève (1995, p. 261) destaca que ele pode-se dar por:

a) via incidental, em que os poderes do juiz estadual contemplam a jurisdição constitucional federal e estadual, a observância da lei municipal, estadual ou federal, em face da Constituição Federal; da lei municipal ou estadual, em face da Constituição Estadual, cabendo, nesses casos, recursos ao STF;

b) Ação Direta Interventiva, conforme previsto no art. 35, IV, da CF/88, nos casos de Intervenção federal nos Estados, por meio de Representação do Tribunal de Justiça;

c) Controle abstrato, de lei municipal em face da Constituição Estadual e da Constituição Federal, em que a competência é do Tribunal de Justiça, de lei estadual em face da Constituição Estadual, com competência do Tribunal de Justiça, também, de lei estadual, em face da Constituição Federal, com a competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Especificidades do controle abstrato

O sistema de controle brasileiro é considerado por Gilmar Ferreira Mendes (1996, p. 249) como do tipo misto, por contemplar aspectos tanto do controle concentrado quanto do difuso. Mas para que tal sistema misto seja efetivo é necessário que se admita ser a sua base concentrada.

Um outro aspecto relevante do controle abstrato está na diferenciação entre “Interpretação conforme a Constituição” e “Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto”, pois, embora sejam semelhantes, não devem ser mecanicamente equiparadas uma à outra.

A “Interpretação conforme a Constituição” busca na própria Constituição a justificativa para impugnar determinado item ou ato que se pretende impugnar. O Tribunal, por exemplo, julga que um ato é válido desde que se adeque a determinado dispositivo constitucional.

O principal efeito dessa interpretação é que ela corresponde a uma declaração de constitucionalidade.

Já na “Interpretação sem redução”, o texto original permanece inalterado e a declaração do Tribunal faz referência ao item impugnado e indica em que contexto ele não tem validade. O texto original, assim, continua valendo, menos naquele aspecto e para aquelas condições hipotéticas referidas pelo Tribunal.

O efeito dessa interpretação é a declaração de inconstitucionalidade de determinada hipótese de aplicação.

Uma outra modalidade é a “Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade”, que para Mendes (1996, p. 285) é um tipo de Declaração saneadora de omissão do legislador, no âmbito de uma ADIn por Omissão ou de um Mandado de Injunção, quando existe interesse jurídico específico em um direito subjetivo. No caso do Mandado de injunção, a posição do Supremo Tribunal Federal é que ele tem caráter mandamental, nos moldes da ADIn por Omissão, desde a constatação de mora da autoridade.

Igualmente relevante no estudo do controle da constitucionalidade das leis é o “Apelo ao Legislador” (Mendes, 1996, p. 231), previsto nas Constituições da Alemanha e da Áustria. Entre as razões que justificam o “Apelo” destacam-se:

- a) em virtude de mudanças das relações fáticas ou jurídicas;
- b) pelo inadimplemento de dever constitucional de legislar;
- c) por falta de evidência da ofensa constitucional.

No “Apelo”, o Tribunal possibilita que o legislador opte por corrigir o texto impugnado, antes de torná-lo inconstitucional. O texto permanece numa espécie de “estado de inconstitucionalidade”, ao contrário do que ocorre na “Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade”, em que o texto impugnado é considerado inconstitucional.

4. Fundamentação democrática do controle

A possibilidade de o Judiciário revisar e declarar inconstitucional lei aprovada pela maioria – o “princípio supremo da República” – confronta com a idéia de democracia, segundo Samuel Freeman (1994, p. 181), em tese corroborada por John Ely (FREEMAN, 1994, p. 182), na medida em que o órgão responsável pela revisão não é eleito, ao contrário do órgão que faz a lei.

A base do compromisso democrático, sustenta Freeman (1994, p. 183), está no contrato social e sob certas condições a revisão judicial presta-se ao mesmo fim que justifica direito político igual e a regra da maioria. Democracia, mais do que forma de governo, é soberania. Logo, a revisão é ato de autocontrole soberano; revisão é um compromisso prévio dos cidadãos livres.

O fato de que os juízes não são eleitos é, para ele, apenas um problema aparente, visto que, ao contrário, se fossem eleitos, mesmo assim a revisão seria um ato contra a maioria. O problema real é que a revisão limita os direitos iguais de participação dos cidadãos.

Numa concepção procedimental de democracia (FREEMAN, 1994, p. 183), não se colocam restrições às determinações legislativas. Todos têm o mesmo direito e o que vale é a regra da maioria. A democracia é um procedimento. As alterações são admitidas mas devem seguir o princípio da participação igual e da regra da maioria. Ou seja, devem ser efetuadas pelo próprio parlamento.

Samuel Freeman entende que democracia não é sinônimo de majoritarismo, um mero procedimento estatal para criação de leis. Democracia é a associação de pessoas livres e independentes que exercem uma igual jurisdição política, nos termos formulados por Rousseau e Kant (FREEMAN, 1994, p. 183). Essa associação é racional e está voltada para a busca de justiça.

O governo democrático é uma extensão dessa jurisdição, em que:

a) direitos iguais de participação nas decisões mais provavelmente promoverão o bem de cada cidadão;

b) desfrutar direitos políticos iguais e *status* de cidadão são condições de auto-respeito.

Certos direitos são inalienáveis e servem para garantir, mais do que os direitos individuais, a própria soberania, já sustentara Montesquieu (FREEMAN, 1994, p. 185). Tais direitos não podem ser cedidos, pois isso significaria ceder a própria liberdade e a soberania. A lei que infringir tais direitos básicos não pode ser cumprida, pois inválida, mesmo que aprovada por maioria.

Entre esses direitos, destacam-se a liberdade de consciência, liberdade de pensamento, expressão e de informação, liberdade de associação e de ocupação, as liberdades legais, tais como direito de julgamento justo, direito contra buscas e prisões abusivas, ou ainda aquelas baseadas em princípios de justiça, como garantia de oportunidade e mínimo social, segundo teoria defendida por John Rawls (FREEMAN, 1994, p. 185).

Ao buscar uma legitimidade democrática da revisão judicial, Freeman (1994, p. 186) destaca que na democracia constitucional moderna os cidadãos soberanos instituem o Poder Constituinte e o Legislativo é o Poder ordinário, limitado, encarregado de fazer a lei para o bem comum. Os objetivos de uma Constituição democrática estão voltados para a definição de procedimentos políticos que determinam leis necessárias ao exercício dos direitos iguais. O melhor procedimento é aquele que satisfaz a exigência de justiça.

Institutos como o voto universal, a representação igual ou as liberdades públicas seriam a expressão do princípio da participação igual. Quanto ao quorum de votação, ele frisa que na maioria simples existe neutralidade da democracia e a minoria nunca pode ser vencedora. A maioria qualificada preserva a democracia, a igualdade e a soberania.

Para assegurar que na elaboração legislativa por maioria simples não haja ofensa à soberania, Freeman (1994, p. 189) ressalta a necessidade da existência de uma “Carta de Direitos” que estabeleça limites constitucionais. Sua existência resguarda os direitos políticos do cidadão e preserva a soberania.

O objetivo maior da revisão judicial é, por um meio e um órgão não-legislativo, impor restrições à norma que desrespeitou o itinerário legislativo. Racionalmente os cidadãos admitem essa possibilidade constitucional. Trata-se de um comprometimento prévio comum dos cidadãos livres e iguais, pois não há limitação à soberania, apenas ao poder derivado e ordinário do legislativo. A soberania e o direito individual são protegidos por esse órgão externo.

Embora a decisão por maioria simples seja mais rápida em promover o bem de cada pessoa, ela não é a melhor forma de garantir direitos constitucionais, segundo Freeman (1994, p. 190). Para esse feito as regras decisórias são melhores, embora sejam mais lentas e às vezes ineficazes. Em síntese, admite, porém, que a decisão por maioria simples sujeita à revisão judicial é o mecanismo mais adequado, resumindo assim (FREEMAN, 1994, p. 191) seu ponto de vista sobre a legitimidade democrática da revisão:

a) importa ao procedimento o seu fim, que é promover o bem de cada um e a justiça;

b) a regra da maioria simples assegura princípios democráticos;

c) o procedimento majoritário é imperfeito para se chegar aos fins;

d) isso justifica a limitação legislativa, por meio de mecanismos como a separação de poderes, bicameralismo, veto, Carta de Direitos e Revisão Judicial.

Em outras palavras, no plano ideal, a regra da maioria visa o bem comum, por ser fruto de um acordo racional de vontade entre os homens. Na ausência desse acordo, a regra é usada contra o bem comum, a justiça e a democracia. Assim se justifica a Revisão Judicial por órgão independente, em defesa da garantia desses valores e fins.

Quanto ao argumento tradicional de que a revisão deve ser efetuada por um poder especial, Freeman (1994, p. 192) sustenta que cada um dos poderes interpreta a Constituição no desempenho de suas funções. Onde houver separação de poderes haverá necessidade de interpretação última, que objetiva coordenar os poderes, solucionar conflitos, evitar que exigências conflitantes sejam exigidas dos cidadãos e assegurar a obediência dos poderes às normas constitucionais.

Nesse sentido tanto o Executivo quanto o Legislativo e o Judiciário são considerados poderes ordinários. Apenas a Corte Constitucional – ou Conselho Constitucional – detém o poder especial de promover a interpretação constitucional. Essa visão contraria a histórica tese do federalista Hamilton, para quem apenas a Suprema Corte é o poder Judiciário ordinário, a quem cabe a interpretação (FREEMAN, 1994, p. 194).

Conforme a teoria clássica da separação dos poderes, nenhum ato contrário à Constituição é válido. A separação protege a liberdade pública na medida em que cabe ao Judiciário interpretar a lei. A Constituição é lei fundamental e o Tribunal determina o significado não só da Constituição como dos demais atos do legislativo, bem como declara a inconstitucionalidade da lei, em caso de conflito com a Constituição. Enfim, cabe ao Tribunal a autoridade de interpretar, em último caso, a Constituição.

Ao criticar essa teoria, Freeman (1994, p. 195) argumenta que a separação dos poderes ocorre entre os poderes ordinários e que os tribunais têm autoridade para interpretar e aplicar leis ordinárias. O Legislativo, por sua vez, tem a autoridade de fazer todas as leis. Ocorre, porém, que a Constituição, mais do que uma simples lei, é um sistema de normas supremas que estabelece como se criam outras normas ordinárias e não há nenhum monopólio que garanta ao Judiciário a autoridade de revisar a forma como os três poderes interpretam a Constituição. Essa tarefa é de um outro poder, que Rousseau

(FREEMAN, 1994, p. 195) chamou de “Tribunato” e cuja função essencial é a de preservar a Constituição democrática.

Ao argumento de que os tribunais podem desempenhar um papel importante na preservação das condições de uma soberania democrática, Freeman (1994, p. 196) objeta para o fato de que não há garantia de que a revisão judicial corrija a falha legislativa. Do mesmo modo a revisão pode ser tentada para garantir os privilégios da elite contra medidas democráticas.

A revisão, nesse caso, não seria essencial à existência de uma Constituição democrática, visto sua contingencialidade. Ela pode ser uma instituição apropriada quando existe a probabilidade considerável de que os procedimentos legislativos não satisfaçam os requisitos democráticos de justiça. Mas existindo um senso público de justiça forte e desenvolvido, o próprio procedimento legislativo cria mecanismos de ajuste contra a lei injusta.

A revisão só é necessária quando não existe esse autocontrole, quando o senso público está dividido internamente, não é desenvolvido para influenciar o Legislativo, ou ainda quando interesses privados controlam o parlamento.

Enfim, as circunstâncias históricas e sociais é que determinam a necessidade da revisão. Não pode haver uma posição dogmática quanto ao caráter democrático ou não da revisão. Ela não é inerentemente não-democrática e, por seu turno, a regra da maioria nem sempre é democrática (FREEMAN, 1994, p. 197). Uma sociedade mais ou menos democrática é aquela que garante os direitos fundamentais e realiza as condições sociais para o exercício desses direitos. Não basta ver se nela existe ou não a regra da revisão, é preciso saber se ela é necessária e como é exercida.

Freeman conclui que uma revisão pode ser democrática quando modifica leis que infringem a igualdade de direitos básicos. Mas adverte que a revisão assume um aspecto antidemocrático se alterar leis que te-

nham como propósito acabar ou diminuir o poder das elites e promover mudanças sociais (1994, p. 198).

5. Controle em outros países

Mauro Cappelletti (1984), na pesquisa que realizou sobre controle de constitucionalidade em diversos países, revela que na França impera, desde a Revolução de 1789, o controle político. Essa atividade não-jurisdicional é exercida pelo Conselho Constitucional, que analisa um ato legislativo (ou um tratado) antes de ser promulgado, em um processo em que não há contraditório nem ampla defesa.

Igualmente a Itália adota, desde 1956, o controle constitucional concentrado, a cargo da Corte Constitucional. Modelo histórico completamente diverso foi o adotado pela antiga União das Repúblicas Socialistas e Soviéticas (URSS)*. O Soviete Supremo exercia ao mesmo tempo as funções legislativas, executivas e judiciárias. Como não havia separação dos poderes mas a sua unidade, o próprio Soviete realizava o controle de constitucionalidade das leis.

Os Estados Unidos são a nação pioneira do controle difuso, desde a Constituição de 1787 e da sentença de John Marshall, da Suprema Corte em 1803, no caso *Marbury v Madison*. Prevalece ainda o princípio da supremacia da Constituição, que também é adotado por países como o Canadá, Japão, Noruega, Dinamarca, Suécia e a Suíça.

A Áustria, assim como a Alemanha, adotou o típico sistema concentrado, também chamado “tipo austríaco”, elaborado por Kelsen e a Escola de Viana, durante a Constituição de 1920. O controle é competência da Corte Constitucional. Esse sistema ao longo dos anos sofre reformulações, admitindo, na atualidade, também a ação incidental.

6. Controle nas Constituições brasileiras

O controle de constitucionalidade das leis no constitucionalismo brasileiro teve

início com a Carta de 1824, que atribuiu ao poder Legislativo a tarefa exclusiva de elaboração legislativa, bem como a de proceder a sua interpretação, suspensão e revogação, e ainda de velar pela guarda da Constituição. Influenciada pela doutrina francesa, a Carta imperial privilegiava o parlamento, tornando-o depositário de todas as atribuições, reinando soberano. Não havia nada que se assemelhasse ao controle judicial de constitucionalidade e mesmo o poder Moderador do Imperador, ressalta Gilmar Mendes (1998, p. 230) ao citar Pimenta Bueno, visava manter a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes.

Com a instalação da República, o Brasil adotou o modelo constitucional norte-americano e tinha em Rui Barbosa o seu principal expoente. A Constituição de 1891, assim como seu texto provisório de 1890, consagrara o modelo difuso de controle judicial, instituindo o controle por via de exceção, em que o Judiciário só se manifestaria quando provocado pela parte interessada.

A Carta republicana atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal de órgão revisor das decisões de 2º grau, tornando-o o foro adequado para dirimir controvérsias envolvendo a discussão sobre validade de Tratado, Lei federal ou decisões judiciais em face da Constituição. A Lei 221/24 e a reforma constitucional de 1926 consolidaram o sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Esse *judicial review*, conforme Rui Barbosa (MENDES, 1998, p. 233), não se fazia *in abstracto*, e menos que um poder de legislação era um exercício de hermenêutica.

Algumas alterações foram introduzidas pela Constituição de 1934, como a do artigo 179, que obrigou o STF a decidir pelo voto da maioria da totalidade dos seus membros, como forma de garantir a segurança jurídica (MENDES, 1998, p. 233). Inovação também foi a atribuição de competência ao Senado para suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF, conferindo-lhe efeito *erga omnes*. Da mesma forma signi-

ficativa foi a criação da “representação interventiva”. No caso de intervenção federal em Estados e municípios, caberia ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei de intervenção, ou, de maneira inversa, determinar que a lei interventiva, de iniciativa do Senado, só poderia prosperar caso fosse declarada constitucional pela Corte Suprema (MENDES, 1998, p. 234). A criação de uma Corte Constitucional, segundo o modelo austríaco, embora tenha sido objeto de proposta, não foi acatada pela Constituinte.

Com o Estado Novo, a Constituição de 1937 refletiu a concentração de poderes no Executivo. O parágrafo primeiro do art. 96 permitiu que o Presidente da República submetesse à apreciação do Parlamento matéria declarada inconstitucional pelo STF e, caso fosse aprovada por 2/3 dos votos em cada uma das Casas legislativas, invalidava a declaração judicial de inconstitucionalidade (MENDES, 1998, p. 236).

A Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle judicial no direito brasileiro. O Procurador-Geral da República passou a ter a titularidade da representação interventiva, na qual o STF tinha a função final de decidir sobre a constitucionalidade do ato interventivo originário do Senado Federal. Em 1965, a Emenda Constitucional nº 16 instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais (MENDES, 1998, p. 245).

Nas Constituições de 1967 e 1969, o monopólio de ação continuou com o Procurador-Geral da República. Ao Presidente da República foi definida a competência para suspender ato estadual impugnado. A Emenda nº 1/69 previu o controle de constitucionalidade sobre ato municipal contrário à Constituição estadual. A Emenda nº 7, de 1977, introduziu a representação para fins de interpretação de lei, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do STF (MENDES, 1998, p. 250).

A Constituição de 1988 inovou principalmente ao ampliar o número de legitima-

dos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ao lado do Procurador-Geral, o artigo 103 atribuiu tal competência ao Presidente da República, às Mesas do Senado, da Câmara e das Assembleias Legislativas, ao Governador de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representante no Congresso Nacional e à confederação ou entidade sindical nacional.

A principal consequência produzida pela ampliação de legitimados, segundo Gilmar Mendes (1998, p. 251), foi o fortalecimento do controle concentrado e o enfraquecimento do controle incidental difuso, visto que praticamente todas as controvérsias passaram a ser resolvidas no âmbito do Supremo Tribunal, mediante controle abstrato de normas, inclusive com a concessão de medida cautelar.

Igualmente aprimorado foi o federalismo, na medida em que os governadores passaram a dispor de um instrumento mais eficaz de aferição da constitucionalidade das leis estaduais. A Constituição de 1988 revigorou também o sistema representativo, contemplando as minorias partidárias com a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade das leis, assim como protegeu os direitos subjetivos por meio da ação de inconstitucionalidade saneadora de omissão normativa constitucional.

7. Declaração de constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade surgiu em 1993 quando o Congresso Nacional apreciou o projeto de reforma tributária encaminhado pelo ex-presidente Fernando Collor, sob a forma da Emenda Constitucional nº 3, que no seu bojo criou a ADC, com as seguintes características:

- a) a competência sobre seu julgamento é do STF;
- b) o objeto é lei ou ato normativo federal;
- c) a eficácia é *erga omnes*;
- d) efeito vinculante aos órgãos do Executivo e do Judiciário;

e) legitimidade ativa do Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, do Procurador-Geral da República (MENDES, 1998, p. 251).

A Declaração de Constitucionalidade, segundo Gilmar Mendes, já estava embutida na Emenda nº 16, de 1965, que permitia ao Procurador-Geral manifestar-se contrariamente ao pleito, quando provocado por autoridade ou por terceiros para exercer a iniciativa da ação de inconstitucionalidade perante o STF. O Procurador, nesse caso, nada mais estaria fazendo do que postular a constitucionalidade da lei que se pretendia impugnar como inconstitucional. A representação de constitucionalidade que chegaria ao STF com o parecer contrário do Procurador equivaleria à atual ADC (1998, p. 256).

Mendes sustenta que o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de natureza dúplice ou ambivalente, exemplificando que, se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade de uma norma, poderia provocar o STF para a declaração de sua inconstitucionalidade. Mas, ao contrário, se estivesse convencido da legalidade, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada (1998, p. 260).

No julgamento da Representação nº 1.349, o STF negou a possibilidade de instaurar o controle abstrato com pedido de declaração de constitucionalidade. Essa decisão, avalia Mendes, criou as condições necessárias para a edição de uma norma que viesse regulamentar a matéria, batizada pela EC nº 3 de Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Por considerar que a tendência do constitucionalismo brasileiro, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, é pela adoção do modelo concentrado de constitucionalidade, Gilmar Mendes (1998, p. 260) propõe a criação do incidente de inconstitucionalidade, a eficácia *erga omnes* das decisões do STF e a supressão do inciso V do

art. 49 da CF/88, estabelecendo o controle de legalidade do ato regulamentar.

8. Considerações finais

É importante destacar que o controle de constitucionalidade no Brasil tende ao modelo concentrado, em função das alterações produzidas pela Constituição de 88, que ampliou os legitimados para proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Entretanto, é necessário recordar que o controle incidental, provocado na base do Judiciário, ainda é instrumento adequado para a argüição da inconstitucionalidade de determinada lei.

Debate-se na doutrina a necessidade de alteração do art. 52 CF/88, que atribui ao Senado a competência de declarar o efeito *erga omnes* para a norma julgada inconstitucional pelo STF.

Acredita-se que a eliminação desse artigo não feriria o princípio da separação dos poderes, visto que, se o objetivo é tornar a justiça mais célere, o julgamento de inconstitucionalidade de uma lei, declarada em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal, deveria ter imediatamente o efeito para todos. A declaração formal do Senado Federal, nesse caso, seria desnecessária.

Na discussão sobre os fundamentos do controle de constitucionalidade das leis, também é relevante observar o debate que se trava em torno das características da Corte maior do Judiciário brasileiro.

O STF é um órgão político ou técnico? Ele é o efetivo guardião da constitucionalidade das leis ou apenas um instrumento de consulta dos demais poderes? Dependendo da posição doutrinária dos autores, teremos respostas diferentes para essas questões.

Certo é que o STF se diferencia das chamadas Cortes Constitucionais européias, como as de Portugal, Espanha ou França, ou mesmo da Suprema Corte norte-americana. Entretanto, os seus Ministros são indicados pelo Presidente da República de-

pois de aprovados pelo Senado Federal, contribuindo para reforçar a tese daqueles que o consideram como órgão político, subordinado ao Executivo.

Mas não há como deixar de reconhecer que no caso brasileiro a separação das funções de cada poder comprova a atualidade da tradicional tese da independência entre os poderes de Montesquieu. Mesmo que se considere a prevalência do Executivo, o Judiciário dispõe de mecanismos que afinal equilibram essa relação, num verdadeiro sistema de *checks and balances*, sustentáculo de um sistema que se pretende democrático.

O controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, não resta dúvidas, é um instrumento de equilíbrio entre os poderes. O Judiciário, ao determinar que tal lei é constitucional ou inconstitucional, na verdade está exercendo um poder constituinte que possibilita, a ele mesmo, proceder a uma elaboração legislativa.

O Executivo também dispõe de inúmeros recursos para exercitar sua influência e poder, como o controle orçamentário e a prerrogativa de editar Medidas Provisórias. O Legislativo, por sua vez, desfruta de importantíssimo instrumento, como as Comissões Parlamentares de Inquérito, para controlar as atividades dos outros poderes. E o Judiciário, como já visto, possui mecanismos que são exercitados visando, de um lado, o equilíbrio e a harmonia entre os poderes e, de outro, o seu próprio fortalecimento.

Entre esses, indiscutivelmente, está a competência de averiguar a constitucionalidade das leis.

Nota

* A URSS, implantada em 1917 pela revolução bolchevique, perdurou até 1994, quando foi substituída pela Comunidade dos Estados Independentes. Os novos países voltaram a adotar a tradicional fórmula da separação dos poderes.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. O controle da constitucionalidade das leis. In: *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. Tradução de Álvaro Vita. *Lua Nova*, n. 32. São Paulo: CEDEC, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle da constitucionalidade da lei. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.