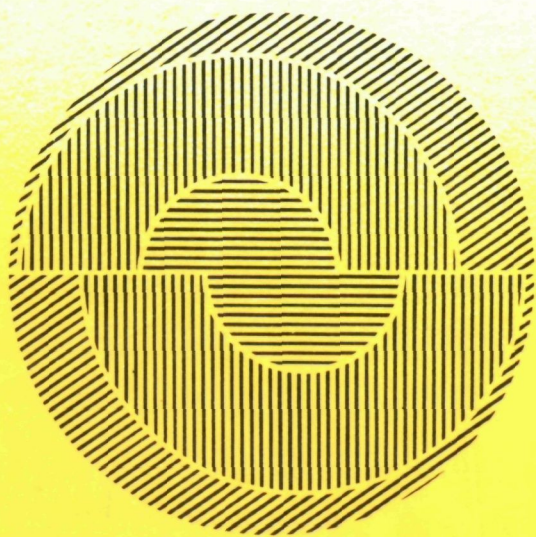


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1987

ANO 24 • NÚMERO 95

A Corte Constitucional

PINTO FERREIRA

Professor de Direito Constitucional e ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Diretor da Faculdade de Direito de Caruaru. Ex-Senador. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais

I

Diversas Constituições do mundo moderno buscaram uma nova sistematização do Poder Judiciário mediante a criação de uma Corte Constitucional ao lado de um Supremo Tribunal Federal, da qual foi pioneira a Constituição da Alemanha de 1919. Esta orientação inovadora teve acolhida na doutrina e pelos legisladores constituintes de alguns países, principalmente europeus.

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, no seu artigo 92, alude expressamente a este dualismo, nos seguintes termos:

“O poder de aplicar a justiça é confiado aos juizes. Ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos tribunais federais previstos na presente lei fundamental e pelos tribunais dos Estados-Membros.”

Os nomes utilizados são Tribunal Constitucional Federal (**Bundesverfassungsgericht**) e Supremo Tribunal Federal (**Oberstes Bundesgericht**).

Outras Constituições acompanharam esta linha pragmática, quais sejam as Constituições da Áustria (1920), Itália (1948), Portugal (1976) e Espanha (1978), embora com denominações diferentes, como a de Alta Corte Constitucional na Áustria, Corte Constitucional na Itália, Espanha e Portugal. Diversos juristas brasileiros também sugerem a criação de uma Corte Constitucional, como o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso e o Prof. José Afonso da Silva, em elucidativos estudos.

O sistema preconizado não pretende outra coisa senão ampliar o controle da constitucionalidade para uma organização mais ampla de uma jurisdição constitucional tendo em vista a solução de todos os conflitos constitucionais, o que só poderá ser exercido a contento por uma Corte Constitucional.

A jurisdição constitucional realiza essa missão, abandonando o sistema de controle difuso pela jurisdição constitucional concentrada. Aparece como um dos pressupostos essenciais do Estado democrático contemporâneo egresso do período pós-guerra, visando aperfeiçoar a sistemática da divisão de poderes, como um real contrapeso entre o Poder Executivo com tendências hegemônicas e o Poder Legislativo ainda aprisionado na sua armadura convencional. Exerce, de outro lado, um papel moderador, um princípio de harmonia, como um pressuposto básico para a preservação e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, controle e tutela do funcionamento das instituições democráticas e dos poderes do Estado. Ela visa uma completa e abrangente jurisdição constitucional.

II

No Brasil, desde longa data o Supremo Tribunal Federal exerce o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, configurando-se como a cúpula do Poder Judiciário. O STF exerce uma tríplice função no sistema político brasileiro, no âmbito do nosso sistema constitucional, podendo atuar como:

- a) Tribunal da Federação;
- b) Corte Constitucional;
- c) Tribunal da Federação.

O STF foi criado pelo Decreto nº 848, de 1890, do Governo Provisório da República, que também organizou pela primeira vez a Justiça Federal no País, com a instituição do federalismo na revolução republicana de 1889.

Duas entidades inspiraram a instituição do STF no Brasil. A primeira é sem dúvida a Suprema Corte dos EUA, com o seu poder imenso de **judicial review**. A segunda foi a Corte que o precedeu no Império, a saber, o Supremo Tribunal de Justiça, constituído de **Conselheiros**, designados dentre os Juizes togados, "tirados das Relações por suas antigüidades" (Constituição de 1824, art. 163).

A atual estrutura orgânica do STF compreende o **Plenário**, as **Turmas** e o **Presidente**. Há assim um órgão monocrático (o Presidente) e dois órgãos colegiados (o Plenário e as Turmas). O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo próprio Tribunal, dentre os seus Ministros. O STF compõe-se de 11 Ministros, as Turmas sendo constituídas de cinco Ministros, cada uma.

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial previsto no art. 144, V, da CF,

poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (CF, art. 116).

O STF sempre manteve este nome nos textos constitucionais republicanos de 1891, 1937, 1946 e 1967, salvo na Constituição de 1934, quando teve o seu nome modificado para o de **Corte Suprema**.

III

O **Tribunal Constitucional Federal**, na Alemanha Ocidental, tem sua competência inscrita na Lei Fundamental de 1949 (arts. 92, 99, 100) e na Lei do Tribunal Constitucional Federal. O nome usado é Tribunal Constitucional Federal e não Corte Constitucional, pois na Alemanha também existe um **Supremo Tribunal Federal** (CF de 1949, art. 95), e no texto consolidado vigente (arts. 95, I e 96, III).

Compete ao Tribunal Constitucional Federal: julgar os litígios entre os Estados e a Federação, em matéria de repartição de competência, as causas e litígios entre os órgãos da Federação e outras partes envolvidas, como as alusivas a partidos políticos, e sua situação jurídico-constitucional; o controle da norma em abstrato, quando têm legitimação ativa ou legitimação para requerer o Governo Federal, o Governo Estadual ou 1/3 dos membros do Parlamento Federal (Dieta Federal, **Bundestag**), que corresponde à nossa Câmara dos Deputados; compete-lhe ainda o controle incidente ou concreto da norma. Em todos os casos em que surgir numa corte a discussão sobre matéria constitucional, o processo logo é sobrestado, sendo submetido a julgamento do TCF.

O chamado **processo de recurso constitucional** compete também ao TCF. Em tal processo, qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela autoridade pública, no tocante a **direitos individuais** previstos e inscritos na Constituição, tem o direito de recorrer ao Supremo Tribunal Constitucional. Entretanto, previamente à admissão do **recurso constitucional**, a parte interessada deve esgotar as vias judiciais comuns.

O recurso constitucional é a tradução do nome (**Verfassungsbeschwerde**), sendo um instrumento próprio para a tutela dos direitos humanos. Ele já tem antecedentes nas Constituições dos Estados-Membros da Baviera de 1919 e 1946. Contudo, não foi consagrado e nem estatuído no texto primitivo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. Posteriormente o legislador federal regulou o funcionamento do Tribunal Constitucional de Karlsruhe nos arts. 90 a 96 de lei ordinária, determinando o seguinte: qualquer pessoa que se declara lesada pelo poder público em um dos seus direitos fundamentais ou no exercício dos direitos, reconhecidos pelos arts. 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental, pode promover o recurso constitucional direto contra o Tribunal Constitucional Federal.

Em seguida ocorreu a reforma de 29 de janeiro de 1969, quando este recurso foi elevado à categoria constitucional, conforme o art. 93, 4º a, determinando que o Tribunal Constitucional Federal decide "sobre processos constitucionais que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo Poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos arts. 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104".

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha alude assim a um processo constitucional e a um recurso constitucional, num pensamento que sobretudo provém de HANS KELSEN.

Ver a respeito: HANS KELSEN, "La Garantie Juridictionnelle de la Constitution — La Justice Constitutionnelle", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, 1928, p. 227; MAURO CAPPELLETTI, *Il Controllo Giudiziario Di Costituzionalità Delle Leggi Nel Diritto Comparato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1973, 4ª ed., pp. 1/2; JOSÉ LUIZ CASCAJO CASTRO, "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad", *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, nº 199, jan/fev., 1975; HECTOR FIX-ZAMUDIO, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

A inconstitucionalidade dos partidos políticos é também julgada pelo TCF.

Qual a composição do Tribunal Constitucional Federal? A própria Constituição Federal a prevê no art. 94:

"O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juizes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal são eleitos a metade pelo Parlamento Federal e a outra metade pelo Conselho Federal (**Senado**) (a observação é nossa). Eles não podem pertencer nem ao Parlamento Federal (**Câmara dos Deputados**) (a observação é nossa), nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos órgãos análogos de um Estado-Membro."

Uma lei federal regula a organização e processo do Tribunal Constitucional Federal e determina quando as suas decisões têm força de lei (*Ein Bundesgesetz regelt seine Verfassung und das Verfahren und bestimmt, in welchen Faellen seine Entscheidungen Gasetzkraft haben*).

IV

O Poder Judiciário alemão instituiu um **Supremo Tribunal Federal** (**Oberstes Bundesgericht**) além do Supremo Tribunal Constitucional. São dois grandes órgãos que têm a designação de supremo (**Oberstes**).

O sistema alemão prevê a dualidade de justiça, a justiça é federal e estadual. A regra geral é de que a justiça de 1º grau é estadual, sendo a Justiça Federal constituída de Tribunais que têm a incumbência de

cognição de recursos das decisões dos tribunais estaduais, visando à uniformização de jurisprudência. Das decisões dos Juizes de 1º grau é cabível o recurso de apelação para o tribunal de 2º Grau (matéria de fato e de direito). As decisões dos tribunais de apelação podem ser objeto de recurso para os tribunais de revisão, que apenas podem exclusivamente apreciar matéria de direito.

Além do Tribunal Constitucional Federal, conhecido em outros países com o nome de Corte Constitucional, como na Itália, Portugal e Espanha, deve ser lembrado o **Supremo Tribunal Federal**.

Preceituava o texto originário da CF de 1949 (art. 95, 1):

“Art. 95. Para garantia da unidade do direito federal, é instituído um Supremo Tribunal Federal (**Zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts wird ein Oberstes Bundesgericht einrichtet**).”

O inciso 2 do mesmo artigo determinava o seguinte:

“O Supremo Tribunal Federal estatui no caso em que as decisões apresentam uma importância de princípio para a unidade de jurisprudência dos tribunais federais superiores (**Das Oberste Bundesgericht entscheidet in Faellen, deren Entscheidung fuer die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der oberen Bundesgericht von grundsuetlichen Bedeutung ist**).”

O texto consolidado vigente, no art. 95 (Supremos Tribunais da Federação — Senado conjunto), prevê o seguinte:

“Art. 95, 1 — Para os setores de jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência, a Federação instituirá como tribunais superiores o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social.”

No direito alemão eles têm as seguintes denominações: Supremo Tribunal Federal (**Bundesgerichtshof**), que GEBHARD MUELLE chama de Corte de Cassação Federal; Tribunal Federal Administrativo (**Bundesverwaltungsgericht**); Tribunal Federal de Finanças ou Tribunal Fiscal Federal (**Bundesfinanzhof**); Tribunal Federal do Trabalho (**Bundesarbeitsgericht**) e o Tribunal Federal Social ou Corte Social Federal (**Bundessozialgericht**).

Para preservar a unidade da jurisprudência deve ser constituído um Senado conjunto dos referidos tribunais.

Foram também instituídos tribunais federais para os assuntos relativos à proteção da propriedade industrial (art. 96,1) bem como tribunais federais, tribunais penais para as Forças Armadas (art. 96,2), para os quais o supremo tribunal é o Supremo Tribunal Federal.

Há destarte vários ramos autônomos principais de tribunais federais superiores, encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal: 1) Supremo Tribunal Federal, competente para a jurisdição ordinária; 2) Tribunal Federal Administrativo, competente para a justiça administrativa, que tem por objeto julgar as demandas de direito público (demandas das pessoas contra os órgãos públicos, ações de funcionários públicos e suas entidades empregadoras); 3) Tribunal Federal de Finanças, competente para a justiça fiscal, julgando as controvérsias entre o contribuinte e o fisco; 4) Tribunal Federal do Trabalho, competente para a justiça do trabalho, julgando os litígios entre empregadores e empregados, incluindo as questões da co-gestão nas empresas; 5) Tribunal Federal Social, competente para a justiça social, decidindo as causas concernentes ao seguro social, seguro desemprego, direito previdenciário, amparo às vítimas de guerra.

O órgão **Informação**, nº 24, editado pelo Departamento de Imprensa do Governo da República Federal da Alemanha, Bonn. 2/1979, colige considerações sobre o sistema judiciário alemão, com um organograma do Poder Judiciário Alemão. Devem ser consultadas a respeito, ainda, as seguintes obras: FRIEDRICH GIESE, **Grundgesetz fuer die Bundesrepublik, Deutschland, Kommentar**, Frankfurt a. M. 1955, 4ª ed., p. 160 3.; **Kommentar zum Bonner Grundgesetz**, aos arts. 95 e seguintes; RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA, **Direito Constitucional Comparado**, Belo Horizonte, Liv. Del Rez Ltda. 1985; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, **Processo Constitucional**, Rio, Forense, 1984.

V

Embora se atribua geralmente à Alemanha de Bonn a idéia de criação de uma Corte Constitucional, contudo tal pensamento é originário especialmente da Constituição da Alemanha de 1919 e das especulações de HANS KELSEN, principal autor da Constituição Federal da República da Áustria, de 1º de outubro de 1920, revisada em 7 de dezembro de 1929 e recolocada em vigor pela Lei Constitucional nº 4, de 1º de maio de 1945.

A Constituição da Áustria prevê no art. 92 uma **Corte Suprema (Oberstes Gerichtshof)** sediada em Viena, que julga em última instância em matéria cível e penal.

Prevê ainda uma **Alta Corte Constitucional**, o nome é Corte (**Hof**) e não Tribunal (**Gericht**), ao lado de uma Alta Corte Administrativa.

A referida Constituição da Áustria tem somente 150 artigos; o seu Título VI, **Garantias da Constituição e da Administração**, especifica nos arts. 137-148 as atribuições e composição da mencionada Alta Corte Constitucional.

É interessante assinalar o modelo austríaco da inconstitucionalidade prevista no art. 139, incisos 2 e 3, segundo o qual a decisão da Alta Corte Constitucional pronunciando a nulidade de leis e regulamentos obriga a autoridade competente a publicar imediatamente esta anulação entrando em vigor no dia de sua publicação.

Essas idéias fundamentais, de jurisdição constitucional conferida a uma Alta Corte Constitucional, devem-se ao pensamento de HANS KELSEN sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica (*Stufenbau der Rechtsordnung*), exposto na sua *Teoria Geral do Estado* e outras obras, bem como no texto da Constituição da Áustria de 1920. Mais tarde ele apreciou o sistema nas obras *A Constituição da Áustria* (no *JhroeffenR der Gegenwart*, 1930) e no livro *Direito Constitucional Austríaco* (*Des-terreisches Staatsrechts*, Tuebingen, 1925).

A Alta Corte Constitucional teve o seu nome mudado para Corte de Justiça Constitucional pela Revisão Constitucional de 1929.

VI

No sistema jurídico norte-americano encontra-se o modelo convencional de controle jurisdicional da inconstitucionalidade. A Constituição de 17 de setembro de 1787, no artigo III, Seção I, previu expressamente uma Suprema Corte e tribunais inferiores que fossem estabelecidos por determinações do Congresso.

Como a Constituição é a lei fundamental e básica, desde o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, com a sabedoria de Marshall, ajuizou-se que nada pode vigorar contra a lei constitucional.

O sistema judiciário norte-americano é dualista, como no Brasil e na Alemanha: justiça federal e justiça estadual.

O órgão mais elevado no sistema judiciário nacional é a **Suprema Corte**, com nove juízes (**Justices**) vitalícios.

O sistema federal é formado pela Suprema Corte, as Cortes de Apelação e as Cortes Distritais.

Logo abaixo da Suprema Corte se encontram as Cortes de Apelação, em onze circuitos, uma **Court of Claims** e uma **Court of Customs and Patents**.

Cada circuito abrange três ou mais Estados.

Ainda vinculadas às Cortes de Apelação devem ser mencionadas as Cortes Distritais (89 Distritos), as Cortes Distritais da zona do Canal de Guam, das Ilhas Virgens, a **US Tax Court** e diversas agências administrativas quase judiciais.

As Cortes podem ser classificadas em quatro grupos: 1) **superiores**; 2) de **apelação**; 3) de **primeiro grau**; 4) **municipais**, compreendendo a justiça da paz.

Uma apreciação genérica de todas essas cortes no sistema judiciário norte-americano pode ser feita com a leitura do **Dicionário de Direito de Black (Black's Law Dictionary)**, 5ª ed., St. Paul Minn. West Publishing Co., 1979.

VII

A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que entrou em vigor a 1ª de janeiro de 1948, inspirou-se no modelo austríaco e kelseniano, antes mesmo da Constituição da República Federal da Alemanha de 1949.

Ela tem 139 artigos, com o Título VI — **Das Garantias Constitucionais**, como na Áustria de 1920, criando uma **Corte Constitucional**, disciplinada nos arts. 134 a 137 da lei básica, além de uma **Corte de Cassação** (art. 111).

É de ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade se aplica **erga omnes**, como pretende KELSEN, nos termos do art. 136 da Constituição da Itália:

“Quando a Corte declara a ilegitimidade de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão.”

Não é admitida nenhuma impugnação contra as decisões da Corte Constitucional.

A Constituição da Itália determina:

A Corte Constitucional julga:

- as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos, com força de lei, do Estado e das Regiões;
- os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e daqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões;
- as causas movidas contra o Presidente da República e os Ministros, segundo a Constituição.

A Corte Constitucional é composta por quinze juizes assim nomeados: um terço pelo Presidente da República; um terço pelo Parlamento em sessão comum; e um terço pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas.

Os juizes da Corte Constitucional são escolhidos entre os magistrados, mesmo aqueles aposentados, das jurisdições superiores ordinária e administrativa, entre os professores universitários de disciplinas jurídicas e entre os advogados com mais de vinte anos de exercício.

A Corte elege o Presidente entre os seus integrantes.

Os juizes são nomeados para um mandato de nove anos, renovando-se parcialmente segundo as normas fixadas pela lei, não sendo imediatamente reelegíveis.

A função de juiz da Corte é incompatível com aquela de membro do Parlamento, de membro de um Conselho Regional, com o exercício da profissão de advogado, e com qualquer outro cargo e função indicados pela lei.

Nos julgamentos de acusação contra o Presidente da República e contra os Ministros, intervêm, além dos juizes ordinários da Corte, dezesseis membros sorteados, no início de cada legislatura, pelo Parlamento em sessão comum, entre cidadãos possuidores dos requisitos para a elegibilidade a senador.

Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão.

A decisão da Corte é publicada e comunicada às Câmaras e aos Conselhos Regionais interessados, a fim de que, se se julgar necessário, tomem providências nas formas constitucionais.

Uma lei constitucional estabelece as condições, as formas, os prazos de apresentação dos julgamentos de legitimidade constitucional e as garantias de independência dos juizes da Corte.

Mediante lei ordinária, são estabelecidas as demais normas ordinárias para a constituição e o funcionamento da Corte.

Contra as decisões da Corte Constitucional não é admitida nenhuma impugnação.

VIII

A Constituição da República Portuguesa, segundo o texto da Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro de 1982, 1ª revisão constitucional da Constituição de 25-4-1976, tem a Parte IV, Título I — **Garantia da Constituição**, instituindo um **Tribunal Constitucional** (arts. 278, 279, 280, 282, 283, 284, 285), além do Supremo Tribunal de Justiça (arts. 212 e 214). A matéria é regulada executivamente na longa Constituição de Portugal, que tem 300 artigos.

A Constituição da República Portuguesa admite a inconstitucionalidade por ação e por omissão (respectivamente arts. 277 e 283).

É também oportuno lembrar a influência kelseniana do art. 282, inciso I:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.”

O efeito é **erga omnes**. A repristinação, do italiano **ripristinare**, significa recolocar no estado anterior. Lei repristinatória é uma lei que revoga uma lei revogadora.

A Constituição da República Portuguesa, na Parte IV, Capítulos I e II do Título I — **Garantia da Constituição**, prescreve:

“São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

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, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

Os Ministros da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhes tenham sido enviados para assinatura.

A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de cinco dias, a contar da data da recepção do diploma.

O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte dias, o qual, no caso de apreciação preventiva de constitucionalidade, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

No caso previsto acima, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes.

Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Ministro da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembléia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes.

Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;

b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, o recurso previsto na alínea a acima mencionada é obrigatório para o Ministério Público.

Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;

b) que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

c) que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo, com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a e b.

Os recursos previstos nas alíneas b e c mencionadas acima só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.

Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

a) a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembléia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República, de um décimo dos Deputados à Assembléia da República ou, com fundamento em violação dos direitos das regiões autónomas, das respectivas assembléias regionais ou dos presidentes dos governos regionais;

b) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea a ou do Ministro da República para a respectiva região autónoma;

c) a ilegalidade de qualquer norma constante de diploma emanado dos órgãos de soberania, com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea a, bem como do presidente da assembléia regional, do presidente do governo regional ou de um décimo dos Deputados à assembléia regional da respectiva região autónoma.

O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última

Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

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 ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto no art. 282, 1 e 2.

A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

O Tribunal Constitucional é composto por treze juizes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes.

Três dos juizes designados pela Assembleia da República e os três juizes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre juizes dos restantes tribunais, e os demais dentre juristas.

Os juizes do Tribunal Constitucional são designados por seis anos.

O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juizes.

A lei pode prever o funcionamento do Tribunal Constitucional por seções não especializadas para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade."

IX

A mais nova das Constituições europeias que prevêem um **Tribunal Constitucional** é a Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, com 169 artigos, mais as disposições finais, transitórias, revogatórias e disposição final.

Ela prevê um Supremo Tribunal (art. 123) com jurisdição em toda a Espanha, como órgão jurisdicional superior a todas as ordens, salvo o disposto nas garantias constitucionais.

O Título IX, art. 161, prevê o **recurso de inconstitucionalidade** contra as leis e disposições normativas com força de lei. Ainda aqui se revela a influência kelseniana:

"A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quanto a esta, embora a sentença ou as sentenças por ela efetivadas não percam o valor de coisa julgada."

Preceitua a referida Constituição:

“O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idêntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial.

Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão.

Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três em três anos.

A condição de membro do Tribunal Constitucional é incompatível com qualquer mandato representativo, com cargos políticos e administrativos, com o desempenho de funções diretivas em partidos políticos ou em sindicatos e com qualquer emprego ao seu serviço, com o exercício de funções judiciais e do Ministério Público e com qualquer atividade profissional e mercantil.

Os membros do Tribunal Constitucional terão as incompatibilidades próprias dos membros do Poder Judicial.

Os membros do Tribunal Constitucional serão independentes e inamovíveis no exercício do seu mandato.

O Presidente do Tribunal Constitucional será nomeado dentre os seus membros pelo Rei, sob proposta do Tribunal em pleno, e por um período de três anos.

O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e compete-lhe conhecer:

a) do recurso de inconstitucionalidade contra as leis e disposições normativas com força de lei. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quanto a esta, embora a sentença ou sentenças por ela afetadas não percam o valor de caso julgado;

b) do recurso de amparo, por violação dos direitos e liberdades referidos no nº 2 do art. 53 desta Constituição, nos casos e na forma a estabelecer pela lei;

c) dos conflitos de competência entre o Estado e as comunidades autónomas ou de estas entre si;

d) das demais matérias que lhe atribuem a Constituição ou as leis orgânicas.

O Governo poderá impugnar perante o Tribunal Constitucional as disposições e resoluções aprovadas pelos órgãos das comunidades autônomas. A impugnação determinará a suspensão da disposição ou resolução recorrida, mas o Tribunal terá de ratificar ou levantar a suspensão em prazo não superior a cinco meses.

Têm legitimidade:

a) para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, cinquenta Deputados, cinquenta Senadores, os órgãos colegiais executivos das comunidades autônomas e, se for o caso, as assembléias das comunidades autônomas;

b) para interpor o recurso de amparo qualquer pessoa física ou jurídica que invoque um interesse legítimo, bem como o Defensor do Povo e o Ministério Público.

A lei orgânica determinará as pessoas e os órgãos com legitimidade nos outros casos.

Quando, em algum processo, um órgão judicial considerar que uma norma com categoria de lei, aplicável ao caso e de cuja validade depende a decisão, pode ser contrária à Constituição, suscitará a questão perante o Tribunal Constitucional nas condições, na forma e com os efeitos a estabelecer por lei, os quais, em nenhum caso, serão suspensivos.

As sentenças do Tribunal Constitucional são publicadas no **Boletim Oficial del Estado** com os respectivos votos particulares, se os houver. As sentenças têm o valor de caso julgado a partir do dia seguinte ao da sua publicação e não admitem recurso. As sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito revestem-se de plena eficácia geral.

Salvo quando na decisão se dispuser diferentemente, subsistirá a vigência da lei na parte não afetada pela inconstitucionalidade.

Uma lei orgânica regulará o funcionamento do Tribunal Constitucional, o estatuto dos seus membros, o processo e as condições de propositura das ações."

X

A Constituição da França de 1958 prevê um órgão misto de controle da constitucionalidade, o chamado Conselho Constitucional (arts. 56 a 63).

O Conselho Constitucional se compõe de nove membros, cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por terços a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Além dos nove membros acima mencionados, os ex-Presidentes da República serão, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional.

O Presidente será nomeado pelo Presidente da República. Terá voto decisivo em caso de empate.

As funções de membro do Conselho Constitucional serão incompatíveis com as de Ministro ou de membro do Parlamento. As demais incompatibilidades serão determinadas pela lei orgânica.

O Conselho Constitucional velará pela regularidade da eleição do Presidente da República.

Examinará as reclamações e proclamará os resultados do escrutínio.

O Conselho Constitucional preceituará, em caso de contestação, sobre a regularidade da eleição dos Deputados e dos Senadores.

O Conselho Constitucional velará pela regularidade das operações de **referendum** e proclamará seus resultados.

As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das Câmaras do Parlamento, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronunciará sobre a conformidade destes com a Constituição.

(Lei Constitucional nº 74-904, de 29 de outubro de 1974.)

Para os mesmos fins, as leis poderão ser deferidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta Deputados ou sessenta Senadores.

Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho Constitucional deverá se pronunciar dentro do prazo de um mês. Todavia, se o Governo solicitar urgência, esse prazo será de oito dias.

Nesses mesmos casos, a consulta ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação.

Uma disposição declarada inconstitucional não poderá ser promulgada nem aplicada.

As decisões do Conselho Constitucional serão irrecorríveis. Deverão ser reconhecidas pelos poderes públicos e por todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Uma lei orgânica determinará os regulamentos de organização e funcionamento do Conselho Constitucional, o procedimento a ser observado para tanto e, em particular, os prazos abertos para submissão de contestações.

XI

Dois eminentes juristas brasileiros trouxeram contribuições valiosas para a criação de uma Corte Constitucional. Um deles é CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, na sua conferência intitulada "O Poder Judiciário na Constituição: uma Proposta de Reforma", pronunciada em 25-5-1985 em Porto Alegre (publicada na *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense, Ano III, 1985, nº 5, pp. 100-131). O outro é o Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua substancial contribuição intitulada *Uma Proposta de Constituição*, apresentada em 1986 como subsídio à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, popularmente conhecida com o nome Comissão AFONSO ARINOS.

O Ministro CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, do Tribunal Federal de Recursos e também professor da UnB, propõe uma estruturação de uma certa forma semelhante ao sistema alemão, mas com uma pequena diferença. Não sugere uma Corte Constitucional nos moldes da Lei Fundamental de Bonn, mas o Supremo Tribunal Federal seria uma Corte mais constitucional do que de direito comum.

Escreve ele (op. cit., p. 128):

"Ele teria, em verdade, mais tempo para dedicar-se ao Direito Constitucional. Teria, então, tal como ocorre com a Suprema Corte americana, um papel político relevante, porque, livre dos processos de pouca importância, teria tempo para a sua grande e primeira missão, que é a de ajustar a Constituição formal à Constituição real."

Em suma, ao Supremo Tribunal Federal "competiria julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Superiores de Direito Público (TFR), de Direito Privado (TSCiv.) e de Direito Penal (TSCrim.), quando a decisão recorrida: a) contrariasse a Constituição; b) denegasse **habeas corpus**; c) estivesse em manifesta divergência com a súmula do Supremo Tribunal Federal; d) no caso de a questão federal ter sido considerada relevante pelo Supremo Tribunal Federal".

Assim sendo, na proposta em tela, a competência originária do Supremo Tribunal seria mantida em linha de princípio, não se descartando, porém, a possibilidade de algumas delas passarem para os Tribunais Superiores que sugere. "O Supremo Tribunal, é fácil perceber, não sofreria diminuição. Ao contrário, ele sairia engrandecido" (op. cit., p. 129): "porque cuidava ele, no campo do direito comum,

das grandes questões, das questões federais por ele consideradas relevantes. E poderia o Supremo Tribunal Federal assumir, por inteiro, o papel de Corte Constitucional, que esta é a sua exata e verdadeira posição”.

O recurso cabível para o Supremo Tribunal Federal seria ainda o recurso extraordinário.

Já o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, professor da Universidade Estadual de São Paulo, é exposto em **Uma Proposta de Constituição**, texto articulado com 201 artigos, mais as Disposições Finais e Transitórias. No Subtítulo IV, **Defesa da Constituição**, Capítulo I, **Jurisdição Constitucional**, nos arts. 189 a 192, trata da Corte Constitucional, denominada **Tribunal de Garantias Constitucionais**.

Admite a plena jurisdição constitucional desse TGC, estatui a sua competência, composição, processo de escolha, bem como admite a constitucionalidade por ação e omissão, o recurso de inconstitucionalidade e a apreciação preventiva de inconstitucionalidade.

XII

O controle da constitucionalidade realiza uma verificação **vertical** que necessariamente existe entre a norma constitucional como uma supernorma e as regras que lhe são subordinadas, em face da estrutura escalonada da ordem jurídica.

No sistema jurídico brasileiro há dois tipos de controle jurisdicional:

- a) o controle por via de exceção;
- b) o controle por via de ação.

O controle por via de exceção vincula-se ao modelo convencional, enquanto o controle por via de ação sofre a influência do modelo austríaco e de inspiração kelseniana. O primeiro se realiza por um **método difuso** e o segundo por um **método concentrado**.

XIII

O controle por via de exceção tem as seguintes notas características:

- a) qualquer pessoa, que disponha de legítimo interesse econômico ou moral, pode suscitar a questão prejudicial da constitucionalidade;
- b) qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive o Juiz singular, pode apreciá-la;
- c) a discussão sobre o tema não é o objeto principal da lide, mas se faz incidentalmente (cf. JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, **Constituição Federal Anotada**, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 344-345).

O controle incidental ou por via de exceção é exercido em função de casos concretos, representa o modelo convencional e existe no Brasil com a 1.^a República.

A declaração de inconstitucionalidade pode ser proferida pelos Tribunais, *mas neste caso somente o Plenário tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, e não os órgãos fracionários dos Tribunais, como as Câmaras, Turmas ou Seções.*

“A competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade é do Tribunal Pleno e não da Câmara” (RT, 508:217; RF 193:131; RTJ, 96:1188, 95:859).

Tal regra de competência é obrigatória, mesmo quando a inconstitucionalidade já foi anteriormente declarada: “em face do preceituado no art. 116 da Emenda Constitucional nº 1/69, é necessário que a Câmara Julgadora submeta a questão de inconstitucionalidade ao Plenário do Tribunal de Justiça, ainda quando o STF já haja declarado inconstitucionais outras leis de conteúdo semelhante. Inaplicabilidade do princípio da economia processual” (RTJ, 99:273; RDA, 145:140).

O juiz singular também pode proferir a declaração de inconstitucionalidade, conforme decisão do STF (RT, 554:253).

XIV

O controle por **via de ação** ou **controle principal** se baseia no método concentrado e tem as seguintes notas características:

a) a **titularidade** do poder de agir ou a legitimação ativa pertence exclusivamente ao Procurador-Geral da República, no plano federal, e ao Procurador-Geral da Justiça, no plano estadual;

b) a competência para o julgamento é do STF ou do TJ, conforme o caso;

c) a discussão sobre a constitucionalidade da norma é feita em caráter *principal e abstratamente* (cf. JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit., p. 343).

O controle por **via de ação no plano federal** efetua-se de duas maneiras:

a) **ação direta genérica;**

b) **ação direta interventiva**, nos casos de intervenção federal.

Em ambas, a PGR tem titularidade. O STF é o órgão competente para julgar ambas as ações. A **ação direta genérica** fundamenta-se no

art. 119, I, e, da Constituição Federal, visa como finalidade de ordem jurídica a proclamação judicial da inconstitucionalidade material ou formal da norma e tem por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual impugnados em face da Constituição Federal. O PGR pode requerer ao STF a **suspensão liminar** da norma impugnada até decisão final do STF (CF, art. 119, I, p). Já a **ação direta interventiva** fundamenta-se no art. 11, § 1º, c, da CF, possuindo **dupla** finalidade, uma de ordem jurídica, que é a proclamação judicial da inconstitucionalidade material ou formal da norma, e outra de ordem política, que é a decretação de intervenção federal no Estado. O PGR pode requerer ao STF a **suspensão liminar** da execução da norma impugnada, até decisão final da Corte (cf. JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit., p. 344).

O PGR não é obrigado compulsoriamente a ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, podendo determinar o arquivamento de qualquer representação que lhe for dirigida. É o que tem decidido a jurisprudência (RTJ, 98:3, 48:156, 59:333, 100:1013, 100:954, 100:1). Do mesmo modo se orienta a doutrina, como se vê de JOSÉ LUIZ DE A. MELLO, Ação Direta e Inconstitucionalidade, in: **Enciclopédia Saraiva do Direito** (São Paulo, 1977, v. 3, pp. 116-135). Contrariamente opina JOSAPHAT MARINHO, **Inconstitucionalidade de lei**, Representação ao Supremo Tribunal Federal (RDP, 12:150). Assim, o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República é **facultativo**.

De acordo com o Regimento Interno do STF, a comunicação ao Senado para os efeitos do art. 42, VII, da CF, isto é, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, torna-se desnecessária quando se trata de controle por via de ação (Reg. Int., art. 175 e seu parágrafo único). A comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 112, VII, da CF é contudo necessária quando a inconstitucionalidade é declarada por via de exceção, incidentalmente (Reg. Int., art. 178).

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle por via de ação ou controle principal são os seguintes:

- a) a eficácia da decisão do STF é obrigatória e genérica;
- b) a decisão do STF faz coisa julgada, formal e material vinculada a aplicadores estatais da lei ou ato normativo;
- c) a decisão do STF retroage em seus efeitos até o nascimento da norma impugnada (RTJ, 89:367, 87:758, 82:791; JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit., p. 344).

A jurisprudência decidiu também o problema da lei anterior incompatível com a Constituição da seguinte maneira:

“Se a lei dada como inconstitucional é anterior à Constituição, não cabe a arguição de inconstitucionalidade, mas a simples verificação sobre se ela foi, ou não, revogada pela mesma Constituição” (RF, 221:167; RT, 93:980; 95:993; 99:544).

A jurisprudência também assim se orienta no que concerne às relações entre a ação direta de inconstitucionalidade e a revogação superveniente da lei: “Não prejudica o andamento da ação direta de inconstitucionalidade a revogação superveniente da lei impugnada, que produz efeitos jurídicos...” (RDA, 140:41, 141:131; RTJ, 54:710, 55:662, 87:758, 89:367, 100:467). Entende nesses julgados que a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade tem efeitos retroativos. Contudo, o PGR torna-se carecedor da ação direta de inconstitucionalidade, quando a lei é previamente revogada antes do ajuizamento da ação direta (RTJ, 107:928).

O controle por via de ação ou controle principal também se realiza na esfera dos Estados-Membros mediante a ação direta interventiva. A titularidade da ação cabe ao Procurador-Geral da Justiça, como Chefe do Ministério Público local, sendo o Tribunal de Justiça o órgão competente para o processo e julgamento desta ação. A ação direta interventiva fundamenta-se no art. 15, § 3º, d, da CF, possuindo uma dupla finalidade, qual seja a declaração judicial da inconstitucionalidade formal e material da norma impugnada, e política, que é a decretação da intervenção do Estado no Município, tendo afinal como objeto lei ou ato normativo municipal, que tenham sido impugnados em face dos princípios mencionados na Constituição Estadual. Contudo o STF foi contrário a tese defendida por diversos juristas, de que o Estado-Membro pode promover **ação direta genérica** na defesa e preservação de sua autonomia, e com fundamento na autonomia federativa. A orientação foi firmada porque ao STF não pareceu adequado o controle jurisdicional em abstrato por ser excepcional e só nos casos expressamente previstos na CF (RTJ, 97:110, 95:445; RDA, 145:142; 145:152; 145:156 e Súmula 614 do STF). Contrariamente: GALENO LACERDA, “Parecer” (RPGESP, 16:315); MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Parecer” (RPGESP, 16:375); JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal” (RPGESP, 11:423); CELSO BASTOS, “O controle jurisdicional das leis e atos normativos municipais” (RPGESP, 10:635); ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Ação direta de inconstitucionalidade, razões” (RPGESP, 10:573); DALMO DE ABREU DALLARI, “Lei municipal inconstitucional” (RPGESP, 11:65). A discussão do tema foi amplamente ventilada sob vários aspectos

tos pelo constitucionalista JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 345).

XV

E de reconhecer-se ademais a ineficácia derogatória das leis inconstitucionais. Verdade seja que a revogação de uma lei provoca a cassação de sua vigência. Mas a lei inconstitucional, sendo ineficaz, reveste-se de completa inaplicabilidade.

Escreve JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 349):

"A lei eivada de inconstitucionalidade, por isso mesmo, não possui eficácia derogatória de leis anteriores. Nota-se que a decisão judicial, mesmo a emanada do STF, ao declarar inconstitucional uma lei, não lhe opera a revogação... Decreta-lhe, porém, a ineficácia, que se projeta e atinge todos os possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar" (cf. Rp. 1.077, RJ, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 101:503; igualmente WALTHER THEODÓSIO, "Da Declaração da Inconstitucionalidade da Lei", *Justitia*, 118:97-125; *Constituição da República Portuguesa*, art. 282, nº 1.)

XVI

O Judiciário imperial não conhecia o processo de revisão constitucional das leis. A primeira manifestação sobre inconstitucionalidade das leis foi levantada por TEIXEIRA DE FREITAS, que a mostrou comparando a Lei nº 1.096, de 10-9-1860, com a Constituição do Império, de 1824.

A estupenda novidade da declaração de inconstitucionalidade nasce com a Constituição de 1891 (art. 59, § 1º, a e b), que de certo pareceu revolucionária aos provetos juizes do Império, permitindo ao Poder Judiciário esta missão de anular no caso concreto e trazido a seu julgamento tanto os atos do Legislativo como os do Executivo.

A matéria da declaração da inconstitucionalidade, atribuída ao STF (CF de 1891, art. 59, § 1º, a e b), foi consagrada novamente com detalhe na Lei nº 221, de 20-11-1894, que completou a organização da Justiça Federal, já começada pelo Decreto nº 848, de 11-10-1890.

Preceitua tal Decreto nº 221/1890 dos primórdios da República:

"Art. 38 — Ao Procurador-Geral da República, além das mais atribuições que lhe confere o Decreto nº 848, compete:

.....

§ 3º — Representar aos poderes públicos o que entender a bem da fiel observância da Constituição, leis e tratados.”

Tal documento vem consagrar entre nós o princípio da legalidade e constitucionalidade, mostra JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO (cit., p. 120).

Conforme ALFREDO BUZARD na sempre consultada obra **Da Ação Direta de Declaração de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** (São Paulo, Saraiva, 1978, p. 19), “esta faculdade já existia na Constituição provisória de 22-6-1890, art. 58, § 1º, b, e no Decreto nº 848, art. 9º, parágrafo único, a e b”.

Em toda essa caminhada de defesa do princípio de constitucionalidade RUI BARBOSA ocupa um lugar de honra, considerado o Marshall brasileiro por CASTRO NUNES (**Teoria e Prática do Poder Judiciário**, Rio de Janeiro, 1943).

O controle da constitucionalidade das leis ou atos em tese e por via da ação direta era praticamente desconhecido do direito pátrio, porém, até a CF de 1946, salvo no caso específico do art. 8º, parágrafo único, nos casos de intervenção federal pela violação de princípios constitucionais sensíveis à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF em representação de titularidade do Procurador-Geral da República.

A EC nº 16, de 1965, deu maior amplitude ao controle por via de ação, tal como se encontra na CF de 1967, com a redação dada pela EC nº 7, de 13-4-1977. Ela atribuiu ao STF a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa estadual ou federal, mediante **ação direta**, que só pode ser proposta pelo PGR. Esta ação independe de lesão ou direito individual, quando a vigência do ato inconstitucional conflita com a ordem jurídica, a ação tendo como finalidade a declaração da inconstitucionalidade.

O País, em matéria de constitucionalidade, inicialmente filiado ao modelo norte-americano com a 1ª República, começou desde 1946 a vincular-se ainda ao modelo austriaco com o advento da ação direta de inconstitucionalidade.

Desde então existem dois caminhos a seguir para a declaração de inconstitucionalidade:

1º) o **modelo convencional**, quando o problema surgido como incidente tem o seu desfecho na via judicial normal;

2º) a **ação direta de inconstitucionalidade**, que, como o próprio nome o indica, visa imediatamente o ponto constitucional, por intermédio do PGR atuando na condição de representante da sociedade.

Na ação direta de inconstitucionalidade somente o PGR pode ser o sujeito ativo da ação por via ou provocado. Contudo sempre como agente impulsionador e titular do procedimento. Para tal, as partes interessadas devem dar conhecimento das possíveis inconstitucionalidades ao PGR, e este, se assim o entender, submeterá o ato ou os atos ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo o PGR não é peça decorativa, pois não é simples encaminhador da representação, visto que o Chefe do Ministério Público Federal também opina e submete o ato ao STF.

O entendimento sobre a matéria é de que, se o PGR não submete a questão ao STF, ou entendê-la como constitucional, em face da omissão da lei, o assunto será arquivado. Nada impede entretanto que o mesmo PGR, embora não esteja convencido da inconstitucionalidade levantada pelos argüentes, ainda assim a apresente a exame do STF, dada a sua relevância, possibilitando o julgamento final (vide Representações n.ºs 96-753, com maiores detalhes nos **Arquivos da Assessoria Técnica Legislativa**, 1950, pp. 9 e 121).

XVII

Pode ocorrer a recusa do Poder Executivo de dar cumprimento a lei ou atos reputados e considerados como inconstitucionais.

RUI CARLOS DE BARROS MONTEIRO, no seu estudo intitulado "O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo", não reconhece ao Poder Executivo a faculdade de recusar aplicação às leis inconstitucionais (**RF**, 284:109-10). No mesmo sentido CLENÍCIO DA SILVA DUARTE (**RDP**, 2:150).

JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, citando ampla jurisprudência e doutrina, opina diferentemente nos seguintes termos (cit., p. 346):

"É lícito ao Poder Executivo recusar-se a cumprir leis e atos normativos que considere eivados de inconstitucionalidade, sem prejuízo de exame posterior pelo Judiciário."

Conforme esta orientação, pode ser mencionada farta jurisprudência: **RTJ**, 2:386, 3:760, 32:134, 33:336, 41:669, 96:496; **RT**, 374:153, 354:153, 338:130, 384:91, 381:300, **RDA**, 140:49, 56:295, 85:212).

Entre os doutrinadores opinam do mesmo modo pela possibilidade de recusa do Poder Executivo de dar tal cumprimento às referidas leis e atos considerados como inconstitucionais: CAIO TÁCITO, **RDA**, 59:344; JOSÉ FREDERICO MARQUES, **RDA**, 81:466; MANOEL

GONÇALVES FERREIRA FILHO. **RPESP**. 12.564; THEMÍSTOCLES BRANDAO CAVALCANTI, **RDA**, 83:383.

O conceito de ato é muito amplo e compreensivo "... O legislador constituinte usou da palavra ato na sua acepção mais ampla. para abranger as normas de qualquer hierarquia que comprometam alguns dos princípios enunciados..." (STF, **RF**, 124:80).

XVIII

A inconstitucionalidade pode ser por ação e por omissão. Diversas Constituições já a admitem, como a Constituição da República Portuguesa de 1976. que prevê a inconstitucionalidade por ação no artigo 277, 2º. e a inconstitucionalidade por omissão no art. 283, 1. A Proposta de Constituição do prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA também cogita de ambas, no art. 189.

A inconstitucionalidade por ação decorre de um comportamento ativo do Poder Público, contrariando normas, princípios e formalidades previstos no texto constitucional ou na sua essência.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários e indispensáveis para tornar aplicáveis as normas constitucionais. Não cumpre o dever imposto pela Constituição, com inobservância do dever constitucional de agir e fazer. Esta *inércia no plano constitucional* mostra "a inatividade consciente na aplicação da Constituição", como assinala ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, em "A Inércia no Plano Constitucional" (**RPESP**, 19:90). "Desse *non facere* resulta a inconstitucionalidade por omissão", resume JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 347).

XIX

A Lei federal nº 4.337/64 e o Regimento Interno do STF são omissos quanto ao litisconsórcio e assistência na ação direta de inconstitucionalidade.

Contudo o STF aplicou subsidiariamente o Código de Processo Civil, admitindo tanto o litisconsórcio como a intervenção assistencial de terceiros nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, como foi a sua primeira interpretação a respeito da matéria. Este entendimento está firmado na seguinte orientação: Rp 861 (**RTJ**, 63:592-601); Rp 891 (**RTJ**, 68:283-312); Rp 890 (**RTJ**, 69:265-37); Rp 933 (**RTJ**, 76:354-92); Rp 931 (**RTJ**, 79:743-51); Rp 946 (**RTJ**, 82:44-51); Rp 961 (**RTJ**, 82:660-9); Rp 953 (**RTJ**, 84:5-39); Rp 900 (**RTJ**, 85:380-96); Rp 958 (**RTJ**, 86:59-64); Rp 963 (**RTJ**, 87:5-13).

Mas JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO observa em minuciosa análise que o STF está reformulando a sua orientação jurisprudencial já em sentido contrário quanto ao tema **litisconsórcio e assistência** nas ações diretas de inconstitucionalidade (cit., p. 349). Hoje o STF já decide que "na representação, por inconstitucionalidade ou para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual, não se admite a assistência" (RDA, 155:155, 157:266).

XX

O recurso extraordinário é o instrumento necessário para levar o STF à apreciação da inconstitucionalidade. Ele foi instituído pelo Governo Provisório da República pelo Decreto nº 848, de 11-10-1890, com inspiração norte-americana. Mais tarde foi admitido na Constituição Federal de 1891, porém o nome recurso extraordinário surgiu pela primeira vez no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 26-2-1891, art. 19. A denominação a nível constitucional data da CF de 1934.

Não cabe recurso extraordinário das decisões proferidas por juiz singular (Súmula 527), mas só de decisões proferidas por Tribunais Federais ou locais.

O recurso extraordinário tem as suas hipóteses de admissão estabelecidas na CF, nele só se discutindo **questões de direito federal**, não sendo admitidas questões de fato (Súmula 279), bem como as questões de direito local, estadual ou municipal (Súmula 280). Ele também só é cabível quando não mais couber na justiça de origem qualquer outro recurso ordinário da decisão proferida (Súmula 281).

Os prazos de interposição do recurso extraordinário são os seguintes: a) quinze dias em matéria cível (CPC, art. 542); b) dez dias em matéria criminal (Lei Federal nº 3.396/58, art. 2º; RTJ, 95:676, 74:613; 78:958, 96:923); c) dez dias em matéria penal militar (DL nº 1.002/69, art. 571); d) quinze dias em matéria trabalhista (CPC, art. 542); e) três dias em matéria eleitoral (Lei federal nº 6.055/74, art. 12).

As decisões do TSE e TST são irrecorríveis, exceto mediante recurso extraordinário em caso de contrariarem a Constituição Federal (arts. 139 a 143).

O recurso extraordinário só tem efeito devolutivo e não suspensivo. Excepcionalmente o STF autoriza suspensividade ao recurso extraordinário interposto mediante **medida cautelar inominada**, mas tal medida só pode ser autorizada pelo próprio STF (Regimento Interno do STF, arts. 304, 21, IV, e 8º, I, RTJ, 112:957, 110:458).

O recurso extraordinário tem suas raízes no *writ of error* norte-americano, instituído pelo **Judiciary Act**, de 24-9-1789, quando se organizou a justiça da União. Na Argentina cabe mencionar a *apelación extraordinaria ante la Corte Suprema* (CPC, art. 2.561).

A Constituição da Espanha de 1978 (art. 161) prevê o **recurso de inconstitucionalidade** contra as leis e disposições normativas com força de lei. A Constituição da República Portuguesa de 1976 admite a apreciação preventiva da constitucionalidade (art. 278).

XXI

É importante agora salientar a questão de relevância, pois a CF vigente de 1967 autoriza o STF a indicar em seu Regimento Interno as causas que, pela sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal, comportarão recurso extraordinário (CF, art. 119, III, § 1º).

O atual Regimento Interno do STF está em vigor desde 1º-12-1980 (publicado no **DJU** de 27-10-1980), já tendo sofrido emendas e alterações.

O Regimento Interno do STF, na observância do preceito constitucional da relevância, relacionou, no art. 325, as causas que não ensejavam nem comportavam recurso extraordinário, ressalvados e excepcionados os casos de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do STF ou relevância da questão federal.

Mais tarde o STF modificou tal norma regimental com a Emenda Regimental nº 2, publicada no **DJU** de 9-12-1985, que mereceu elucidativo estudo do Ministro do TFR, EVANDRO GUEIROS LEITE, no trabalho intitulado **O Recurso Extraordinário e a Emenda nº 2/85 do RISTF** (Brasília, Tribunal Federal de Recursos, 1986).

O art. 325 do RISTF agora enumera de modo exaustivo e não apenas com caráter exemplificativo as causas que, conforme a CF, art. 119, III, alíneas **a** e **b**, comportarão o recurso extraordinário. Enumera 10 casos, mas enseja abertura no item XI do art. 325, permitindo a interposição do RE "em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal" (ER nº 2/85).

A arguição de relevância da questão federal "... tem por efeito liberar o recurso extraordinário do entrave regimental" (RTJ, 100:775), mas só pode ser interposta tal relevância quando fundada no art. 119, III, **a** e **b**, da CF. Não se trata na hipótese do novo recurso, devendo ser deduzido na própria petição da interposição do recurso extraordinário. Tem processamento e seguimento obrigatório. O STF é o único órgão que o aprecia em seus pressupostos e mérito (RTJ 83:1).

O STF assim decidiu a matéria (RTJ, 109:459):

“... A arguição de relevância da questão federal não é novo recurso, a sua finalidade não é decidir *hic et nunc* o recurso extraordinário no seu merecimento; o julgamento da arguição de relevância não é ato de prestação jurisdicional. O acolhimento da arguição de relevância afasta o óbice regimental e abre a via do recurso extraordinário...”

XXII

A arguição de relevância surgiu principalmente para solucionar o congestionamento da pauta do STF. Este, desincumbindo-se de tal tarefa, reúne-se em sessões periódicas do Conselho, optando pela dispensa de motivação dos votos de seus Ministros (EVANDRO GUEIROS LEITE, *cit.*, pp. 34-35).

A própria conveniência da Corte Suprema e ainda a previsão regimental permitem a apreciação secreta, em Conselho, da arguição de relevância, mesmo que a publicidade dos atos processuais seja a regra genérica. É de lembrar contudo que a própria codificação processual permite exceções (CPC, arts. 44, I, 141, V, 155, 444, 815, 841).

O Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais sugere a publicação motivada de rejeição ou de acolhimento da arguição. Tem por finalidade a garantia do litigante de saber porque foi repellido, que não deve ser deixado a critério da discricão dos juízes. Neste sentido pensam DORESTE BAPTISTA, BARBOSA MOREIRA, PEDRO GORDILHO, JOSÉ GUILHERME VILELA (*Revista de Informação Legislativa*, nº 89, 1986, pp. 235-252).

Nos EUA, embora admitindo a dispensa de motivação, alguns julgados têm proferido decisões motivadas (cf. LEDA BOECHAT RODRIGUES, “A Corte Suprema dos EEUU. Sua Jurisdição e o atual Regimento Interno.” RF, 159).

XXIII

O que deve entender-se por **questão federal**? Como deve compreender-se o significado de **direito federal**?

Como se sabe, o objeto do recurso extraordinário é o de preservar a integridade e intangibilidade do ordenamento jurídico federal, guardando o texto e o espírito da Constituição. O STF ou a Corte Constitucional são verdadeiros **guardas** da Constituição (a expressão é de CARL SCHMITT, *Der Hueter der Verfassung*, ed. esp. Barcelona, 1931).

Compreende-se por direito federal: a) todos os atos de caráter constitucional ou legislativo emanados da União, excetuadas as leis votadas para o Distrito Federal, que têm caráter local; b) todos os

atos normativos emanados do Poder Executivo (decretos, regulamentos, resoluções, portarias); c) todos os tratados internacionais celebrados pelo Brasil e incorporados ao direito positivo interno; d) normas e preceitos regimentais das Casas Legislativas e Tribunais Federais; e) as leis estrangeiras aplicadas por força do direito internacional privado brasileiro se equiparam à legislação federal brasileira para o efeito de admissibilidade do recurso extraordinário (RTJ, 101:1149); JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit., pp. 367-368, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro* (São Paulo, RT, p. 173).

XXIV

O Estado democrático é um Estado de garantias constitucionais. Democracia sem liberdade, liberdade sem garantias constitucionais, democracia não é e nem pode ser. A culminância do Estado democrático, nos governos livres pelo sufrágio universal e legitimados pelo voto e nos tribunais com juízes dignos do seu sacerdócio, ocorre quando os vencidos e desamparados são titulados pela justiça e pelos tribunais independentes.

Por isto a Constituição da França, de 1958, no seu art. 66, preceitua: "Ninguém pode ser arbitrariamente detido". E mais: "a autoridade judiciária, guarda da liberdade individual (*gardienne de la liberté individuelle*), assegura o respeito deste princípio nas condições previstas pela lei".

É realmente o Poder Judiciário forte e independente, voltado para a sua missão de guarda do direito e da justiça, que é capaz de garantir as liberdades públicas.

Daí o pensamento de uma **Corte Constitucional** exercendo a jurisdição constitucional em sua plenitude, que foi chamada de **Corte de Justiça Constitucional** pela Constituição da Áustria de 1920 (revisada em 1945).

XXV

O texto constitucional sobre a Alta Corte de Justiça deve ser articulado apropriadamente.

A inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão.

Os juízes não deverão aplicar leis ou atos normativos do Poder Público, cuja inconstitucionalidade reconheçam; nos tribunais, a inconstitucionalidade deverá ser declarada por maioria absoluta de votos dos seus membros.

O Supremo Tribunal Constitucional exercerá a jurisdição em todo o território nacional, sendo competente para processar e julgar a ação de inconstitucionalidade por ação ou omissão e o recurso de inconstitucionalidade das decisões dos tribunais, nos casos que a Constituição especificar.

A denominação desse recurso é feita diferentemente nas Constituições. A legislação alemã de 1949 permite o chamado **processo de recurso constitucional**. Na Argentina usa-se a **apelação extraordinária** ante a Suprema Corte. A Constituição da Espanha de 29-12-1978 alude ao recurso de inconstitucionalidade contra a lei e disposições normativas com força de lei (arts. 161, I, a). No Brasil atual existe o recurso extraordinário e nos EUA o **writ of error**.

O recurso extraordinário de inconstitucionalidade poderá no novo texto constitucional ser interposto das decisões de tribunais:

- 1) que contrariarem dispositivos ou princípios da Constituição;
- 2) que recusarem a aplicação de tratados, lei ou ato normativo federal com base na sua inconstitucionalidade;
- 3) que derem validade a lei ou atos do governo local contestados em face da Constituição ou de lei federal;
- 4) no **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for membro do próprio tribunal;
- 5) no mandado de segurança contra os atos do Presidente da República, da Mesa do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e de seus membros;
- 6) nos conflitos de jurisdição com fundamento em normas da CF entre autoridade administrativa e judiciária;
- 7) nos conflitos de competência constitucional entre a União e os Estados e Territórios ou entre uns e outros;
- 8) no controle da norma em abstrato.

Algumas Constituições atribuem à Corte Constitucional a competência para julgar o governo, como a Constituição da Áustria de 1920, revisada em 1929 (art. 142), que estatui sobre a responsabilidade constitucional do Presidente da República, membros do Governo Federal, governadores, vice-governadores e os membros dos governos provinciais.

Deve-se também admitir a apreciação preventiva da constitucionalidade. Esta ação é prevista na Constituição da República Portuguesa de 1976 (texto revisado pela Lei Constitucional nº 1, de 30-9-1982), no

seu art. 278. Assim sendo, a Corte Constitucional decidirá em caráter preventivo, quando solicitada, pela constitucionalidade de tratado ou convenção internacional antes da sua ratificação, projeto de lei antes de sua sanção, resolução ou decreto legislativo antes de sua promulgação e decretos executivos antes de sua publicação.

Mas quem pode propor a ação de inconstitucionalidade? A Constituição da Espanha (art. 162) preceitua que tem legitimidade para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, 50 Senadores, 50 Deputados, órgãos colegiados executivos de comunidades autônomas (inexistentes estes no Brasil), aos quais se poderia acrescentar no País o PGR e o Presidente da OAB, além de qualquer cidadão.

A decretação de inconstitucionalidade gera determinados efeitos. As decisões da Corte Constitucional adquirem a qualidade de coisa julgada, a partir da sua publicação, sendo irrecorríveis. Assim se orientam as seguintes Constituições: Áustria, de 1920 (art. 139, 2, e art. 139 da CF, revisada em 1929); Espanha, de 1978 (art. 164, 1 e 2); República Portuguesa, de 1976 (art. 283, 1). O art. 282 da Constituição da República Portuguesa tem o seguinte teor:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.” (Lei repristinatória é uma lei que revoga a lei revogadora.)

Afinal, qual a composição possível da Corte Constitucional?

A Constituição da Áustria (texto revisado de 1945, art. 147) determina que a Corte de Justiça Constitucional se compõe de um Presidente, um Vice-Presidente, de 12 outros membros e de 6 membros suplentes. O Presidente, o Vice-Presidente, 6 membros e 3 membros suplentes são nomeados pelo Presidente da República por proposta do Governo Federal, devendo ser escolhidos entre juizes, funcionários da administração e professores da Faculdade de Direito e de Ciência Política das universidades. Os demais 6 membros e os 3 suplentes restantes são nomeados pelo Presidente da República em listas triplíces pelo Conselho dos Estados-Membros e das Profissões.

A Constituição da Alemanha Ocidental de 1949 (art. 94) preceitua o seguinte:

“O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juizes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal

Constitucional Federal são eleitos metade pela Dieta Federal (corresponde à nossa Câmara dos Deputados, observação nossa) e metade pelo Conselho Federal (= Senado). Eles não podem pertencer nem à Dieta Federal, nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos órgãos análogos de um Estado-Membro."

Na República Portuguesa o Tribunal Constitucional é composto por 13 juizes, 10 designados pela Assembléia da República e 3 cooptados por estes, mas 3 dos juizes designados pela Assembléia da República e 3 juizes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre os juizes dos restantes tribunais e os demais dentre juristas.

Na Espanha os membros do Tribunal Constitucional, em número de 12, estão assim previstos no art. 159 da Constituição:

"O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idéntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial. Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão. Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três em três anos."

Por sua vez é interessante agora assinalar afinal a situação do Conselho Constitucional da França. A Constituição da França preceitua o seguinte (art. 56):

"O Conselho Constitucional se compõe de nove membros, cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por terços a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove membros acima mencionados, os ex-Presidentes da República serão, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional. O Presidente será nomeado pelo Presidente da República. Terá voto decisivo em caso de empate."