A PREDOMINÂNCIA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E AS PERSPECTIVAS DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA[**]

THE PREDOMINANCE OF CONSTITUCIONAL CONCENTRATE CONTROL AND PERSPECTIVES OF A BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT

BRUNO ZILBERMAN VAINER[*]

Recebido para publicação em agosto de 2006.

RESUMO: Este trabalho versa a respeito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, desmonstrando a crescente importância que está espécie de controle de constitucionalidade vem ganhando no Brasil, principalmente após a Constituição de 1988 e as emendas constitucionais 03/93 e 45/04. Para tanto, realiza-se um breve escorço histórico acerca do tema, por ser o pressuposto inicial para que se demonstre como ocorreu a escalada de concentração do controle de constitucionalidade. Outrossim, realiza-se a análise do Supremo Tribunal Federal e sua existência como um tribunal híbrido, por vezes agindo como um tribunal federal, por vezes agindo como uma corte constitucional. Este trabalho é concluído com a apresentação de uma proposta de criação de uma Corte Constitucional brasileira, nos moldes das cortes européias, bem a proposta de criação da ação popular direta de inconstitucionalidade, conferindo ao cidadão comum a possibilidade de ajuizar ação típica do controle concentrado.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Concentrado de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Corte constitucional.

ABSTRACT: This work is intended to study the brazilian concentrate constitutionality control, by showing the growing importance that this kind of constitutional control has gained in Brazil, especially after the 1988 Constitution and the constitutional amendments 03/93 and 45/04. So, this work presents a brief historical foreshortening on the subject, once It is the initial assumption to show how was the escalation of concentration of constitutional control in Brazil. Also, this work performs an analysis of the Supreme Court and its existence as a hybrid court, sometimes acting as a federal court, sometimes acting as a constitutional court. This work is completed with the presenting a proposal for the creation of a brazilian Constitutional Court, following the examples of European courts, as well as proposes the creation of a action of popular constitutional control, alowing to the citizens the opportunity to file a claim typical of concentrated control.

KEY-WORDS: Constitutionality concentrate control. Brazilian Federal Supreme Court. Constitutional Court.

Introdução

O objetivo do presente trabalho consiste em dissertar acerca do controle de constitucionalidade no Brasil, com o intuito de demonstrar a escalada de concentração, ou a predominância do controle concentrado sobre o difuso, desde a introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição de 1824 até os dias atuais, notadamente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Para tanto, realizar-se-á um breve escorço histórico acerca do tema, apresentando-se os principais acontecimentos que levaram os Estados a fiscalizar as leis em face de suas Constituições, principalmente a doutrina de Hans Kelsen na Áustria do fim do Séc. XIX e início

[**] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 09 de agosto de 2006 no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

[*] Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

do Séc. XX, uma vez que se constitui no marco inicial do controle concentrado de constitucionalidade.

Após a análise da historicidade do tema, tanto no direito estrangeiro quanto no ordenamento pátrio, o presente trabalho tratará acerca do controle da constitucionalidade em si, destacando seus principais aspectos, seja quanto ao momento do controle (preventivo ou repressivo), seja quanto à via utilizada (via difusa ou concentrada), adentrando-se, igualmente, nos modelos de controle existentes no Brasil, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, bem como a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

De fato, a análise do controle de constitucionalidade e, principalmente, de sua historicidade, sobretudo no Brasil, é pressuposto inicial para que se demonstre como se observou a escalada de concentração do controle, sobretudo após a Emenda Constitucional nº 03 e, principalmente, a Emenda Constitucional nº 45.

Ainda, dar-se-á especial atenção ao papel do Supremo Tribunal Federal, cuja atribuição constitucional é a de guardar e proteger a Constituição Federal (artigo 101, CF), no controle concentrado de constitucionalidade, sendo necessário, para tanto, a análise do papel dos tribunais constitucionais em diversos países onde predomina o controle concentrado.

Por derradeiro, apresenta-se proposta de criação de uma Corte Constitucional brasileira, bem como da criação da ação popular direta de inconstitucionalidade, conferindo ao cidadão comum a possibilidade de ajuizar ação típica do controle concentrado.

1. Histórico acerca do controle de constitucionalidade

1.1. O surgimento das Constituições e sua conceituação

De início, importa esclarecer que o objetivo do presente tópico não é analisar aprofundadamente os aspectos históricos acerca do controle da constitucionalidade, mas apresentar os fatores que levaram os Estados atuais a exercerem tal controle.

Nesse sentido, o ponto de partida do estudo acerca do controle da constitucionalidade reside na análise de que só é possível referido controle nos ordenamentos jurídicos caracterizados pela existência de uma Constituição.[1]

Para que se possa tratar com mais pertinência sobre o tema, faz-se necessário primeiro traçar um breve escorço histórico acerca do surgimento das Constituições, na transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea.

De fato, o movimento codificador surgido com os ideais iluministas e as necessidades de se garantir direitos aos cidadãos, sobretudo na época que marcou o fim do absolutismo, acarretou conseqüências visíveis nos dias atuais.[2]

Referidos movimentos geraram uma transformação no poder político, na medida em que foram surgindo os códigos de conduta e, principalmente, as Constituições, impondo não somente obrigações aos cidadãos, mas também limites aos detentores do poder.[3]

Assim, verifica-se que as constituições surgiram como uma tentativa de garantir certos direitos aos indivíduos, tidos como fundamentais, bem como de limitar a atuação do Estado, como foi o caso da Magna Carta que, já em 1215, limitou a atuação do rei João Sem Terra à aprovação do Parlamento Inglês, visando frear seu poder absoluto.[4]

---

1 Não se está, contudo, deixando de lado o fato de, embora na Idade Antiga não tiverem existido verdadeiras constituições no formato em que a conhecemos, houve outros instrumentos que positivavam a estrutura dos Estados e os valores das sociedades, como os nómoi, na Grécia. Ainda, verdade que na época medieval as leis naturais (jus naturale) eram tidas como a norma superior, acima do direito positivo (jus positum) sendo qualquer ato contrário ao direito natural considerado um ato nulo. Outrossim, o direito natural ocupou espaço de destaque para a escola jusnaturalista dos Sécs. XVII e XVIII, que, embora racionalista, considerava a existência de alguns direitos "intangíveis", constituindo-se em limites para o legislador.

Na França antes da revolução as Cortes Superiores de Justiça por diversas vezes afirmavam a existência de leis fundamentais (*lois fondamentales du royaume),* impassíveis de mudança pelo rei.

Finalmente, é nítido o movimento de positivação desses direitos naturais em constituições rígidas, iniciado com o advento da Constituição norte-americana de 1787.

2 "A transformação radical da regulação do poder político, dando-lhe a feição que tem hoje e ensejando a construção da ciência do direito público, ocorrerá na Idade Contemporânea, sendo as Revoluções Americana e Francesa (e as Constituições delas resultantes) seus marcos históricos mais notáveis. O que há de significativo neste novo período é que os sujeitos incumbidos de exercer o poder político deixarão de apenas impor normas aos outros, passando a dever obediência – no momento em que atuam – a certas normas jurídicas cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em conseqüência, o controle do poder pelos seus destinatários." – Sundfeld, Carlos Ari, Fundamentos de direito público, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, p. 36.

3 A Magna Carta inglesa, datada de 1215, é o documento mais antigo que demonstra o intuito de se limitar os poderes do soberano. Assim versa seu parágrafo 39: *"Nenhum homem livre poderá ser detido ou mantido preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele, nem o faremos vir, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra."* – Trecho da Magna Carta retirado do livro *Fundamentos... Op. Cit. p.35.*

4 Tratando das garantias dos direitos fundamentais aos indivíduos, Norberto Bobbio bem aponta que "(...) Por outro lado, quando se fala de Estado de Direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à

E tais limites referem-se geralmente ao respeito que os governantes deveriam possuir para com os direitos dos cidadãos, direitos estes tidos então como fundamentais.

Destarte, caracteriza-se o termo Constituição como o conjunto de leis que cria o Estado e onde se encontram os pilares normativos, os princípios sobre os quais se apóia determinada sociedade.[5]

De fato, e a doutrina é assente em afirmar, a Constituição é o conjunto máximo de leis de um país. Karl Marx define a Constituição como a superestrutura que define as regras da infra-estrutura da sociedade.

Assim, verifica-se que a Constituição, advinda do poder soberano do povo (nos Estados Democráticos), deve trazer em seu bojo o que há de mais precioso para o homem. Com isso, também é papel da Magna Carta positivar os direitos fundamentais do homem positivar os direitos fundamentais do homem, tanto na sua esfera individual como perante a coletividade.

Em outras palavras, é na Constituição que estão retratados os anseios de uma determinada sociedade, o seu modo de produção, as formas de proteção das relações sociais, o papel do Estado e os limites de atuação deste, entre outras características fundamentais.

Como bem apontou José Afonso da Silva, o termo Constituição é:

> Algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.[6]

---

definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, o Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente e, portanto, em linha de princípio "invioláveis" (esse adjetivo se encontra no art. 2º da Constituição Italiana)" – Liberalismo e democracia, 2ª ed. São Paulo, Brasiliense, 1988.

5 Celso Ribeiro Bastos, tratando do aspecto material da Constituição, bem afirma que "Podemos dizer que a Constituição material é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc., que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser. Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. Ela é do universo do ser, e não do dever ser, do qual o direito faz parte. Ela se desvenda através de ciências próprias, tais como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir como se dá com o direito" – Curso de direito constitucional, p. 43.

6 Curso de direito constitucional positivo, p. 41.

Tome-se como exemplo o preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988, onde se afirma que o Brasil é um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos. Estes são, indubitavelmente, os objetivos da sociedade brasileira, os anseios da nação.

1.2. Nasce o Estado de direito

De fato, a necessidade de limitar a atuação do Estado surgiu devido aos correntes abusos cometidos por estes aos indivíduos, sobretudo no período do absolutismo.

Com efeito, as leis surgiram com o intuito de não somente garantir direitos e deveres como também para tutelar os aspectos essenciais da vida dos indivíduos. Verifica-se nesse período que o Estado Liberal possuía uma atuação meramente garantidora.

Assim, as primeiras Constituições surgiram com o objetivo de frear a atuação do Estado na vida dos indivíduos, o que leva à conclusão que o surgimento das Constituições ocasionou a submissão do Estado à lei.

E a referida submissão do Estado à lei ocasionou um novo tipo de Estado, que se submete ao direito, que se subordina às normas que regulam a sua atuação.

A esta espécie de Estado dá-se o nome de Estado de direito, consistindo na forma de Estado da quase totalidade dos Estados democráticos do mundo ocidental atualmente, incluindo-se aí o Estado brasileiro.

De fato, nos chamados Estados de Direito, é a Constituição que valida a existência do próprio Estado, ela é o fundamento de validade de todas as outras normas, ditas infraconstitucionais.

Em outras palavras, é dizer que as normas infraconstitucionais devem ser necessariamente criadas de acordo com a Constituição vigente, sob pena de nulidade.

Hans Kelsen, em emblemática obra intitulada *Teoria Pura do Direito*, assim conceituou o Estado de Direito:

> Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasmo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. "Estado de Direito" neste sentido específico é uma ordem jurídica

> relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, as normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo – os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão do pensamento, são garantidas.[7]

Dessa forma, é possível afirmar que não só os atos do poder público devem obedecer estritamente aos ditames legais, mas a própria existência do Estado é conferida por meio de um conjunto de leis superiores hierarquicamente, a Constituição Federal.

Nesse sentido, preceitua Roque Antônio Carrazza:

> Nos países onde existe o chamado Estado de Direito, a lei – norma geral, abstrata e igual para todos os que se encontram em situação jurídica equivalente – provém do Legislativo, cujos membros são eleitos pelo povo. Por exprimir, como vimos, a vontade geral, possui um primado sobre os atos normativos emanados dos demais Poderes. Deveras, a administração pública, que a realiza nos casos concretos, apóia-se exclusivamente na lei. O judiciário, de seu turno, é o garantidor máximo da legalidade.
> O Estado de Direito limita os poderes públicos, isto é, concretiza-se numa proibição de agir em desfavor das pessoas. Por isso, nele, para a melhor defesa dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, a Constituição vincula não só o administrador e o juiz, mas o próprio legislador. De fato, tais direitos são protegidos também diante da lei, que deve se ajustar aos preceitos constitucionais. A garantia disso está no controle da constitucionalidade, que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é levado a efeito pelo Poder Judiciário.[8]

Assim, se a Constituição Federal é o instrumento normativo que valida, que confere existência não somente ao Estado, mas a todo o ordenamento jurídico, verifica-se ser característica principal do Estado de direito não somente a existência de uma Constituição, mas, principalmente, a supremacia da mesma, do qual passamos a tratar.[9]

---

7 p. 346.

8 Curso de direito constitucional tributário, 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

9 Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva: "Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal". Op. Cit., p. 48.

1.3. Elementos mínimos necessários para o surgimento do mecanismo de controle de constitucionalidade: rigidez, supremacia e a existência de um órgão com estatura constitucional

1.3.1. Rigidez

Um dos elementos de proteção à Constituição consiste em se tornar o processo para a sua modificação mais difícil do que o procedimento para a modificação das leis infraconstitucionais. É o que se denomina de rigidez constitucional.

É dizer que a Constituição, por sua importância no ordenamento jurídico, necessita de um procedimento mais rigoroso para a sua modificação, com quorum mais elevado de aprovação das emendas à Carta Política.

Como bem preceituou Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

> Cientes da necessidade de uma harmonia normativa em um sistema jurídico, é preciso que, além de termos admitido a diferença existente entre uma lei constitucional e uma lei ordinária, admitamos que, quando essa diferença não mais existir, quando ambas estiverem em posição de igualdade no sistema, não poderemos mais falar em adequação das normas ordinárias às constitucionais, pois foi anulada a superioridade destas em relação àquelas.
>
> Faz-se mister esclarecer que isto só é possível acontecer efetivamente em um sistema onde o critério de diferenciação entre as normas constitucionais e ordinárias já não seja o material – que considera como elemento discriminatório apenas a matéria tratada pela norma -, mas sim o formal, que considera o regime jurídico das mesmas, pois, se o tratamento jurídico for igual para duas categorias normativas, estamos frente a duas normas de igual valor, independentemente da matéria a ser tratada.[10]

E a Constituição Federal de 1988 é rígida, uma vez que o procedimento para a aprovação de Emenda Constitucional é mais rigoroso do que o procedimento para a elaboração de leis ordinárias.

De fato, o projeto de emenda à Constituição deve passar pelas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, necessitando do quorum de três quintos da maioria para a sua promulgação, enquanto que o procedimento para a promulgação das leis requer somente aprovação pela maioria simples em um só turno de votação.

[10] Efeitos da declaração de inconstitucionalidade, p.46.

1.3.2. Supremacia

Por sua vez, a supremacia da Constituição sobre as outras normas faz-se necessária, uma que vez que, para que se possa caracterizar tal norma como sendo constitucional, ela deve necessariamente ser superior às demais normas do ordenamento.

Em outras palavras, é necessário primeiramente fazer a distinção entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais, para, depois, analisar-se a obediência que as últimas devem com relação às primeiras.

Essa distinção é de fundamental importância quando se verifica que o controle de constitucionalidade é nada mais do que a verificação da adequação das normas infraconstitucionais à Constituição Federal, verificação essa que somente poderá ser efetuada caso exista certa hierarquia entre as normas jurídicas.

Oportuno apontar as palavras do saudoso Celso Ribeiro Bastos, onde aponta:

O que não padece dúvida é a absoluta necessidade de coexistirem como realidades autônomas as normas controladas e o padrão em função do qual elas vão ser aferidas, isto é, as leis ordinárias e as leis constitucionais. Isso porque, se em algum momento elas deixarem de existir com características próprias que as apartem entre si, desaparecida estará a possibilidade de qualquer controle ou exame da constitucionalidade das leis. Niveladas juridicamente, não há mais que falar em verificação da adequação de umas às outras, processo que implica a existência de superioridade de umas em relação às outras, relação essa extinta pela ocorrida nivelação.[11]

Assim, para o mecanismo de controle de constitucionalidade é de vital importância que haja uma hierarquia nas normas jurídicas, onde umas consistem nos fundamentos de validade das outras, na medida em que o sistema não pode admitir contradições internas.

E, mesmo no caso dessas contradições existirem, o que comumente ocorre, revela-se imprescindível que um corpo de leis, por exprimirem os valores básicos e fundamentais da sociedade, se sobreponha, aniquilando aquilo que com ele é contrário.

É nesse ponto que surge a necessidade de se analisar os comandos normativos infraconstitucionais, no intuito de verificar se estes estão ou não em consonância com a Constituição.

[11] Curso de direito constitucional, p. 390/391.

Assim, verifica-se a supremacia da Constituição Federal brasileira a partir do momento em que é necessário verificar a compatibilização das normas infraconstitucionais com a Constituição Federal.

Contudo, e de acordo com o que será analisado, o controle de constitucionalidade tanto pode ocorrer por meio do Poder Judiciário (instituto criado pelo direito norte-americano), como pelo Poder Legislativo (com origem no direito inglês).[12]

E, quando se trata de controle de constitucionalidade, necessário distinguir entre o controle judicial da constitucionalidade e o controle político, na medida em que o primeiro é exercido pelo Poder Judiciário, enquanto o segundo geralmente é exercido pelo Poder Legislativo, que atualmente consiste na principal diferença entre o controle praticado pelos americanos daquele praticado pelos europeus, do que passamos a tratar neste momento.

1.3.3. Existência de um ou mais órgãos com estatura constitucional que realize o controle de constitucionalidade

Além da rigidez e supremacia da Constituição, é de suma importância verificar a existência de um tribunal capaz de efetuar o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

Assim, é requisito básico que o próprio Texto Maior atribua a um ou mais órgãos a capacidade de exercer a análise da constitucionalidade das leis. Referido órgão pode ou não ser um Tribunal, ou um membro do Poder Judiciário, nos moldes, por exemplo, do direito brasileiro e norte – americano.

---

12 Interessante o raciocínio desenvolvido por Mauro Cappelletti, explanando acerca da diferença entre o controle exercido nos Estados Unidos, daquele exercido pela Inglaterra. Assim, ele expõe que *"Pois bem, eu creio que a pesquisa sobre este ponto seja, verdadeiramente, uma das mais fascinantes com que um estudioso possa defrontar. É, além disso, uma pesquisa que, se não me engano, pode dar lugar à primeira vista estupefacientes e, com certeza, paradoxais: uma pesquisa, em suma, que possa de fato trazer à luz aquilo que foi chamado a "astúcia da história", que atinge a seus fins, com freqüência, através dos caminhos mais contraditórios e imprevistos. Com efeito, veremos com um dos fatores que diretamente favoreceram o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano da judicial review e, portanto, daquilo que foi chamado a supremacia do poder judiciário, ou, também, o governo dos juízes, tenha sido exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a "supremacia do Parlamento" na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada "supremacia dos juízes" nos Estados Unidos da América!" – O controle de constitucionalidade no direito comparado.* Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

Pode também consistir em uma Corte Constitucional, situando-se a mesma como um quarto poder, e, portanto, fora do Poder Judiciário, nos moldes das Cortes constitucionais européias.

No dizer de Clèmerson Merlin Clève:

> O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade. Mas a fiscalização somente ocorrerá se a própria Constituição atribuir, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para exercitá-la. Esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional, como política; também pode, no primeiro caso, integrar a estrutura do Judiciário, como residir fora dela. Importante é que promova a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, censurando aqueles violadores de preceitos ou princípios constitucionais.[13]

A necessidade de um Tribunal constitucional é, junto com a rigidez e a supremacia da Constituição, um forte elemento de proteção à Carta Política, instrumento essencial para a efetivação do controle de constitucionalidade em determinado ordenamento jurídico.

Assim, se a Constituição, como documento que reflete não somente a estrutura do Estado, como também os valores sociais desta, então ela deve ser protegida ao máximo, para que se torna cada vez mais difícil feri-la.

Ademais, a instituição de um Tribunal ou Corte constitucional só vem a acrescentar de forma definitiva o mecanismo de proteção à Constituição Federal, principalmente por meio do controle concentrado que, se em um primeiro momento não atinge o indivíduo, busca sempre retirar do sistema aquela norma eivada com o vício da inconstitucionalidade.

Ainda mais se a decisão desse Tribunal ou Corte possuir efeitos vinculantes, obrigando, assim todos os órgãos do Poder Público a respeitarem a declaração de inconstitucionalidade, não mais aplicando o ato normativo inconstitucional, retirando-o de forma definitiva do sistema.

1.4. Influências externas no controle de constitucionalidade no Brasil

O modelo estadunidense de controle difuso de constitucionalidade

Não se pode negar que os Estados Unidos da América possuem papel importantíssimo na doutrina do controle de constitucionalidade, uma vez que foi lá, praticamente, que surgiu o controle difuso de constitucionalidade.

[13] A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 34.

Com efeito, o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América sempre foi realizado pelo Poder Judiciário por razões históricas, já que, na época das colônias inglesas, cabia aos Tribunais das colônias analisar a compatibilidade das normas locais com as leis emanadas do Parlamento inglês.

Conforme Clèmerson Merlin Clève:

> Os Estados Unidos incorporaram a doutrina, defendida por Sir Edward Coke, que atribuía aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis, negando, se fosse o caso, aplicação àquelas que ferissem a common law. O raciocínio foi transferido para o campo constitucional. No período colonial, os juízes muitas vezes negaram aplicação ao direito local não compatível com as Cartas que a metrópole outorgara a cada uma das colônias. A doutrina da supremacia da common law, repudiada na Inglaterra depois de 1688, mas incorporada à tradição jurídica americana e somada à prática judicial experimentada antes da independência, ofereceu o terreno apropriado para o desenvolvimento da judicial review.[14]

Em outras palavras, é dizer que, desde o início da história norte-americana, o Poder Judiciário possuiu a incumbência de verificar se as leis estavam ou não de acordo com os comandos normativos emanados da metrópole, numa clara distinção entre a função jurisdicional e a função política, englobando o Poder Executivo e Legislativo.[15]

Com esta distinção muito clara desde sempre, resta claro que desde a independência norte-americana em 1776, não demoraria muito tempo para que o Judiciário se pronunciasse acerca de incompatibilidade de uma norma, agora não com relação ás leis da metrópole, mas com relação à própria Constituição Americana de 1787, inaugurado pela emblemática decisão *marbury x madison* proferida pelo Juiz Marshall.[16]

---

14 Clève, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p.63/64.

15 Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, p. 57 – 63;

16 Emblemático o caso Marbury x Madison, que deu início ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América. O então Presidente John Adams (mandato de 1797 a 1801), do Partido Federalista, descontente por ter perdido a campanha para a reeleição presidencial de 1801 para Thomas Jefferson, promulgou uma lei, no fim de seu mandato, criando mais 16 cargos para juízes federais, e nomeou somente integrantes do Partido Federalista para estes cargos. Ademais, Adams ainda aprovou uma lei (*Organic Act of the District of Columbia)* criando 42 cargos de juízes de paz no Distrito de Columbia, nomeando todos no penúltimo dia do seu mandato, e conseguiu empossar quase todos os juízes. Contudo, assim que Thomas Jefferson assumiu a Presidência, negou-se a empossar os juízes faltantes, alegando que as nomeações eram nulas. Marbury, um dos juízes de paz nomeados para o Distrito de Columbia e que foi impedido de tomar posse por James Madison, Secretário de Estado de Jefferson, ajuizou ação perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a qual decidiu, pela primeira vez na história que "Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é nula e que os Tribunais, assim como outros departamentos. São limitados por aquele instrumento. A norma deve ser considerada nula." – Filho,

Assim, no direito americano, o controle de constitucionalidade pertence a todos os órgãos judiciários, de modo que qualquer juiz de primeira instância norte-americano pode declarar uma lei inconstitucional.

Louis Favoreu, em primorosa obra denominada *As Cortes Constitucionais*, afirma:

> No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.[17]

Contudo, é importante salientar que os juízes inferiores não costumam declarar a inconstitucionalidade, com bem lembra Alexandre de Moraes, ao afirmar que *"importante salientar que, apesar do controle difuso permitir a todos os juízes e tribunais a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei contrária à Constituição, somente nos casos excepcionalíssimos o juiz americano de primeiro grau exerce essa competência, que de resto acaba sendo reservada, na prática, para os tribunais superiores".*[18]

Sem pretender esgotar o tema, necessário revelar que o indivíduo, quando em um processo judicial questiona a constitucionalidade de uma norma, deverá informar previamente os motivos pelo qual requer a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, informar que a suposta inconstitucionalidade me questão afetou algum direito seu. É algo parecido com a demonstração da pertinência temática no controle concentrado brasileiro, como veremos em tópico futuro.

Por esse motivo é possível afirmar que o controle de constitucionalidade no direito norte – americano é sempre *a posteriori*.

Ainda, todo o sistema norte – americano funciona em obediência aos princípios do *stare decisis*, ou seja, na força vinculante que todas as decisões possuem no direito americano. Dessa forma, uma vez decidida a questão pela Suprema Corte, por exemplo, todos os órgãos judiciais deverão obrigatoriamente decidir da mesma forma.

Paulo Klatau, *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803), in* Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 02 jul/dez 2003, Método, São Paulo, 2003, p. 271.

17 P. 17.

18 Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais, *p. 101.*

No dizer de Walter Claudius Rothemburg:

> Nos ordenamentos jurídicos de filiação romano – germânica, as decisões proferidas em fiscalização incidental e concreta de constitucionalidade não vinculam, em princípio, senão em relação ao caso resolvido. Mas a matriz do sistema difuso, incidental e concreto do controle de constitucionalidade – os Estados Unidos – conhece a força vinculante conferida aos precedentes (stare decisis), sobretudo das cortes superiores, com o que se verifica na prática uma certa vinculação dos demais órgãos judiciários.[19]

Todavia, os Tribunais Superiores, tanto dos Estados como a Suprema Corte pode modificar o seu entendimento acerca de certa matéria, sendo suas novas decisões também vinculantes. Referida flexibilidade dos Tribunais permitiu aos Estados Unidos rever e atualizar a interpretação de sua Constituição que, como já se apontou, é datada de 1787.[20]

Com isso, embora o controle seja difuso, os efeitos das decisões são *erga omnes*, vinculando a todos os jurisdicionados.

Por derradeiro, faz-se mister apontar que a decisão possui efeitos imediatos, retroativos (*ex tunc)*, retroagindo ao momento de produção da norma infraconstitucional, que será retirada do sistema.[21]

Hans Kelsen e o controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade trazido à discussão por Hans Kelsen desenvolveu-se de forma tardia. Conforme pudemos observar, se o desenvolvimento do controle difuso nos Estados Unidos da América ocorreu nos primórdios do século XIX, na

---

19 Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão, p. 196.

20 Aponta René David a importância dessa flexibilidade no sistema americano, ao afirmar que "tudo o que de certo se pode dizer acerca da regra do *stare decisis* nos Estados Unidos é que ela comporta uma grande limitação: o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência. (...) A possibilidade que teve o Supremo Tribunal dos Estados Unidos de efetuar mudanças de jurisprudência revelou-se fundamental. Permitiu ao Supremo Tribunal adaptar a sua interpretação da Constituição dos Estados Unidos às correntes de pensamento e às necessidades econômicas do mundo moderno; assegurou, por isso mesmo, a estabilidade das instituições políticas americanas, permitindo aos Estados Unidos viver sob o domínio de uma Constituição que só pode ser modificada com extrema dificuldade". Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p.391/392.

21 A esse respeito, aponta André Ramos Tavares que "observa-se, ainda, que o sistema americano se caracteriza por um controle difuso de constitucionalidade das leis, já que pode ser efetuado por qualquer integrante do Judiciário, muito embora a decisão final sobre a inconstitucionalidade das leis seja atribuição da Suprema Côrte, que tem a capacidade de estender sua decisão num caso concreto a outros semelhantes. Em considerando uma lei inconstitucional é como se nunca tivesse existido, pois não pode existir lei inconstitucional, já que a Constituição é a fonte fundamentadora de todas as normas. Ademais, os juízes e tribunais só podem se manifestar em situações concretas, ou seja, *a posteriori*, pois é necessário que uma lesão a direito surja, tenha ela ou não repercussão constitucional". O controle de constitucionalidade das leis no Brasil, p 46/47.

Europa somente no Século XX se discutiu com maior rigor a necessidade de se desenvolver um mecanismo de controle de constitucionalidade eficiente.

Igualmente, a experiência das duas grandes guerras, e, principalmente, após o desenvolvimento do modelo nazi-fascista demonstrou a necessidade premente de se desenvolver de fato uma democracia, onde a Constituição, situada no topo do ordenamento, garantisse de fato as condições mínimas de sobrevivência e, sobretudo, de dignidade da pessoa humana.

Esta dramática experiência européia no século XX levou os países deste continente a valorizarem muito não só a supremacia e rigidez constitucionais, como também a existência de um Tribunal – ou uma Corte, que tratasse especificamente de assuntos constitucionais.

No dizer de Louis Favoreu:

> Em primeiro lugar, as terríveis lições das experiências nazista e fascista que são a causa imediata da criação das Cortes Constitucionais na Alemanha e na Itália e do restabelecimento da Corte Austríaca. Foi também a vontade de fundar uma verdadeira democracia, após os períodos de ditadura, que sem dúvida explica a criação dos Tribunais espanhol e português. Nos diversos casos, se escolhemos o modelo kelseniano em vez do modelo estadunidense é porque, acima das controvérsias doutrinárias do período que precedeu a guerra, não temos mais confiança dos juízes ordinários. Além disso, não temos mais medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de se defender-se dele também.[22]

Verifica-se, portanto, que muitas foram as razões para que a Europa preterisse o controle difuso de constitucionalidade e formasse seus próprios Tribunais, sua própria jurisdição constitucional.

Isso associado ao desenvolvimento da doutrina de Hans Kelsen, um dos maiores defensores do Tribunal Constitucional, que discutiu amplamente o assunto, e chegou à conclusão que somente o Poder Judiciário poderia ser o competente para guardar a Constituição. Vejamos trechos de sua histórica obra, denominada *Quem deve ser o guardião da Constituição?*

O fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo -, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser

[22] As Cortes Constitucionais, p.23,

controlados. (...) Lembre-se que nenhum outro princípio técnico – jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.

(...)

Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista do exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconheceram ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disto ele não seja um tribunal, que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que a função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária. Isto significaria deduzir justamente de um conceito qualquer, por exemplo, o de jurisdição, elementos para a conformação da organização estatal.[23]

Com este estudo o mestre de Viena defende a criação de um Tribunal Constitucional, pertencente ao Poder Judiciário, cujas decisões possuiriam cunho jurídico e político. A partir deste raciocínio, no sentido de que caberia a um só órgão a chamada interpretação autêntica da Constituição, moldou – se o sistema concentrado de controle da constitucionalidade, que influenciou os países europeus e americanos (muitos destes últimos, como o Brasil, sofreram influências tanto do controle difuso como do controle concentrado).

Assim, é característica principal do controle concentrado de constitucionalidade a existência de um órgão, pertencentes ou não ao Poder Judiciário (daí a diferenciação entre Tribunal Constitucional e Corte Constitucional).

Igualmente, pelo controle concentrado busca-se eliminar do sistema aquelas leis que possuam alguma incompatibilidade com a Constituição Federal. É instrumento de proteção à Constituição, como forma de garantir a harmonia do ordenamento jurídico.

Por este motivo o controle de constitucionalidade não está ligado ao direito subjetivo de um indivíduo, ou de partes dentro de um processo. Pelo contrário, dentro do sistema adotado no Brasil, é controle abstrato, que se dá sobre lei em tese, não se podendo afirmar que as ações de controle concentrado consubstanciam verdadeiros litígios, por não possuírem interesses opostos nem, via de regra, partes processuais.[24]

---

23 P. 240 e 252.

24 Afirma Gustavo Binembojm que "costuma-se afirmar, sem que isso provoque qualquer polêmica, que a fiscalização abstrata da constitucionalidade se perfaz através de um processo objetivo. É que, ao contrário dos processos intersubjetivos, em que as partes contendem em torno de direitos ou interesses em conflito, o

O controle centrado de constitucionalidade no Brasil se dá por meio de ações específicas, às quais nos referimos mais adiante em tópico sobre o assunto e é direto, pois é ajuizado diretamente no Tribunal constitucional competente (no exemplo brasileiro – o STF).

Por sua vez, as decisões em sede de controle concentrado possuem efeitos *erga omnes*, ou seja, atingindo a todos os jurisdicionados, por meio da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou comando normativo e vinculante, efeitos estes dispostos claramente na Constituição Federal de 1988, no artigo 102 §2º da Constituição Federal, incluído por meio da Emenda Constitucional nº 45, da qual trataremos posteriormente em tópico específico.

1.5. Evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro

No que concerne ao direito brasileiro, verifica-se, desde o início, a predominância do controle judicial da constitucionalidade e, mais precisamente, do controle concentrado, tendo como órgão central o Supremo Tribunal Federal, o que será tratado mais adiante.

Para tanto, necessário realizar um escorço histórico, de modo a alcançar o atual estágio do desenvolvimento do controle de Constitucionalidade no Brasil.

1.5.1. Constituição Imperial de 1824

Por influência francesa, no período imperial o controle da constitucionalidade de leis estava a cargo do Poder Legislativo, revelando que, naquela época, predominava a idéia de que, se era o Parlamento que detinha o poder legiferante, somente ele poderia modificar seus atos, bem como cabia ao mesmo a guarda da Constituição.

Assim versou o artigo 15 da Constituição imperial (texto original):

> Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral
> VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.
> IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.” (sic)

processo de controle de abstrato de constitucionalidade não envolve pessoas ou interesses concretos, cingindo-se à aferição, em tese, da compatibilidade de uma norma determinada com outra que lhe está hierarquicamente superior. Diz-se, assim, que tal processo é objetivo no sentido que não envolve situações jurídicas de caráter individual, destinando-se não à solução de litígios intersubjetivos, mas à guarda da Constituição”, A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Pela leitura do trecho retromencionado, é possível afirmar que a "assembléia geral", correspondente ao Congresso Nacional de hoje, é quem cuidava de qualquer assunto relacionado às leis.

Assim, somente quem poderia modificar o pensamento do legislador era ele mesmo, como decorrência lógica da independência dos poderes, desenvolvida então cento e poucos anos atrás por Montesquieu, que norteou, também, o controle de constitucionalidade na França.

Tal conceito revela-se bem diferente do que ocorre atualmente, onde, uma vez publicada a lei, somente o Poder Judiciário pode suspender sua aplicação.

Ademais, verifica-se que o Poder Moderador, que conferia poderes absolutos ao Imperador, tinha a incumbência de zelar pela independência e harmonia entre os poderes. [25]

Desta forma, qualquer interferência de um poder em outro seria considerado um abuso, motivo pelo qual não havia nenhuma margem para que o controle de constitucionalidade das leis fosse realizado pelo Poder Judiciário.

Por derradeiro, é de suma importância lembrar que, por disposição constitucional, qualquer indivíduo poderia apresentar queixas ou petições ao Poder público, avisando de eventual infração à Constituição, *in verbis.*

Art. 179, XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores. (sic)

Constituía-se direito do cidadão, ao verificar alguma infração à Constituição, avisar aos Poderes Públicos, mais precisamente ao Legislativo e Executivo, para que providências fossem tomadas.

Infelizmente, tal direito foi retirado do cidadão quando da promulgação da Carta Magna de 1891, e até hoje é objeto de grande discussão, uma vez que, atualmente, o cidadão não

[25] Assim versou o artigo 98 da Constituição de 1824 (texto original): "O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos." – Site www.stf.gov.br Acesso em 25/03/2006.

possui nenhum meio de participar do controle concentrado de constitucionalidade, do que se tratará mais adiante.

1.5.2. Constituição de 1891 – início da República

Com a proclamação da República em 1889, o entendimento de que somente o Poder Legislativo poderia controlar a constitucionalidade das leis sofreu uma importante modificação.

Referida mudança ocorreu por influência do constitucionalismo americano, marcado principalmente pelo controle difuso de constitucionalidade, iniciado no emblemático caso Marbury x Madison, do qual já se tratou.

Assim, antes mesmo da Constituição de 1891 (a primeira da República), o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, estabelecia, em seu artigo 3º, que *"na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação"*.

Referido dispositivo revela uma importante mudança, por dois motivos: 1 – o controle de constitucionalidade passou a estar à disposição de qualquer cidadão (controle difuso, via de exceção) e 2 – caberia ao Poder Judiciário, pela primeira vez, a análise da constitucionalidade.

Com isso, cabe ao indivíduo – e somente por iniciativa do mesmo, questionar judicialmente a constitucionalidade de determinado dispositivo legal, consagrando assim o controle de constitucionalidade por via de exceção, ou controle difuso, no qual qualquer indivíduo poderá argüir a constitucionalidade de uma lei.

Referido dispositivo foi incorporado pela Constituição Federal de 1891, que também criou o Supremo Tribunal Federal.[26], que constituía a instância final nos casos em que se questionasse a validade de um tratado ou de uma lei em face da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal Compete:
> (...)
> § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
> a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

[26] Até então a Constituição do Império somente previa o Supremo Tribunal de Justiça, com sede na Capital do Império, que, como visto, não possuía nenhum papel no controle da constitucionalidade.

> b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.
> (...)
> Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:
> a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal.

Assim, verifica-se que a primeira Carta Política da República tratou do controle de constitucionalidade tanto no âmbito federal (art. 59, *b*), como também no âmbito Estadual, ao prever que os tribunais dos Estados podem decidir contra a validade ou aplicação de tratados e leis federais em face da Constituição Federal.

Tal controle exercido pela magistratura estadual foi ratificado pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, a qual deixou claro que o controle de constitucionalidade no Brasil seria exercido pelo Poder Judiciário, onde, de acordo com o art. 13, § 10, *"Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição"*.

Nota-se, então, que a Lei nº 221 veio consolidar não somente o controle judicial da constitucionalidade no Brasil, mas também o controle difuso, realizado não apenas por um órgão, mas por todo o Poder Judiciário.

1.5.3. Constituição de 1934

A Constituição de 1934, ao mesmo tempo em que manteve as disposições contidas na Constituição de 1891, trouxe importantes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro com relação ao controle de constitucionalidade.

Primeiramente, verifica-se que esta Carta Política acrescentou a regra que a declaração de inconstitucionalidade seria realizada pela maioria da totalidade dos membros do Tribunal, estando a mesma presente até os dias atuais (art. 97, CF).[27]

Assim, de certa forma, tornava-se mais dificultosa a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, um início de um controle pautado na segurança e continuidade

[27] Constituição Federal de 1934, art. 179: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público".

das decisões judiciárias, tema este tão debatido atualmente, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45 e a introdução da chamada súmula vinculante.[28]

Contudo, a maior inovação em sede de controle de constitucionalidade foi a introdução da chamada intervenção federal mediante a análise pelo STF da constitucionalidade das leis que decreta a intervenção, no caso de a mesma fundar-se em descumprimento aos princípios constitucionais.

Assim dispunha a Constituição Federal de 1934:

> Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:
> V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;
> § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

Partindo-se da análise do dispositivo constitucional mencionado, é possível afirmar que a lei que decretava a intervenção federal (lei essa derivada do Senado – art. 41, §3º, CF 34) se sujeitaria à análise – e declaração - de sua constitucionalidade pelo STF, para ser válida.

De fato, toda a inovação se deu tendo em vista que, pela primeira vez, a Constituição Federal designou que um Tribunal específico cuidaria de uma questão essencialmente constitucional, como é o caso da intervenção respaldada pelo art. 12, V, da Constituição de 1934, relevando o que ocorreria no futuro – o controle concentrado em um tribunal.[29]

Além disso, inovou a Constituição de 1934 ao prever:

> Compete ao Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário", bem como "quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato". (Arts. 91, IV e 96, CF).

[28] Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar a Constituição Federal de 1934, apontam que "A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, b e c, as disposições contidas na Constituição de 1981, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179). – Comentários à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

[29] Aliás, cumpre aqui ressaltar que foi apresentado perante a Assembléia Constituinte de 1934 um projeto de lei que criaria a Corte Constitucional, de inspiração no modelo austríaco desenvolvido por Hans Kelsen.

Ou seja, a Carta Magna de 34 consolidou a posição do Poder Judiciário como guardião da Constituição e ainda distribuiu a competência ao Senado para, acatando a decisão do Judiciário, suspender a execução no todo ou em parte de dispositivo declarado inconstitucional.

1.5.4. Constituição de 1937

Se, por um lado, a Constituição de 1934 trouxe diversos avanços em termos de controle de constitucionalidade no Brasil, principalmente na esfera do controle concentrado, a Carta Política de 1937 desempenhou verdadeiro retrocesso, talvez por ter sido elaborada e outorgada em período ditatorial (Estado Novo de Getúlio Vargas).

Como em todo período ditatorial, a importância do poder executivo foi elevada a tal ponto de o Presidente da República poder confirmar a validade de uma lei já declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.[30]

Assim, o dispositivo constitucional colocava o Presidente da República acima do Poder Judiciário. Obviamente, havia a condição de o mesmo submeter a lei declarada inconstitucional novamente ao Poder Legislativo para aprovação.

Conclui-se que, em assuntos constitucionais, os Poderes Legislativo e Executivo eram mais "fortes" que o Poder Judiciário, na medida em que podiam "derrubar" a inconstitucionalidade decretada pelo Poder Judiciário, o que soa muito estranho, tendo em vista que até então o controle de constitucionalidade no Brasil era eminentemente judicial, herança, como já se viu, norte-americana.

Ainda, dispunha a Constituição de 1937 também retirou da apreciação do Poder Judiciário importantes questões, como, por exemplo, as questões exclusivamente políticas (art. 94), bem como a apreciação dos atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Deste modo, verifica-se que a Constituição de 1937 foi criada com o claro intuito de conferir a forma de legalidade à ditadura do Estado Novo, revelando verdadeiro retrocesso tanto no controle de constitucionalidade como no direito constitucional brasileiro.

---

30 O artigo 96, parágrafo único, da Constituição Federal de 1937, versava que "No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal".

1.5.5. Constituição de 1946

Passado o momento de ditadura na qual se fundamentou a Constituição de 1937, verifica-se que a Carta Política promulgada em 18 de setembro de 1946 restaurou boa parte do modelo de controle judicial de controle de constitucionalidade existente quando da Constituição de 1934.

Assim, é possível notar o retorno da exigência da maioria absoluta dos votos nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, bem como a atribuição ao Senado Federal para suspender a execução declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, referido Texto Maior regulou a apreciação do recurso extraordinário, sendo este muito próximo dos dias atuais, disciplinando que aos recursos extraordinários, caberia apreciar as situações *"a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada, e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato"* (Art. 101, II, *a, b* e *c, CF 1946).*

Verifica-se, outrossim, que a Constituição de 1946 restaurou a ação direta de inconstitucionalidade, cuja titularidade continuava a ser do Procurador – Geral da República (agora chefe do Ministério Público Federal (art. 126), trazendo, contudo, algumas inovações).

De fato, acrescentou-se a esta ação alguns requisitos, dentre os quais importa mencionar para os fins do presente trabalho a violação de certos princípios, como, por exemplo, a forma republicana representativa, a independência e harmonia entre os poderes, a autonomia municipal e as garantias do Poder Judiciário, por exemplo, (Art. 7º, VII, *a, b, e* e *g*).

Esses princípios figuravam como deveres constitucionalmente impostos aos entes federativos, no intuito de preservar a legalidade e, porque não afirmar, a constitucionalidade do Estado Brasileiro, revelando uma gradativa elevação na importância dos preceitos constitucionais.

Novamente coube a um só órgão – o Supremo Tribunal Federal, apreciar a questão constitucional e declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato argüido, bem como a posterior decretação da intervenção federal, mantendo, assim, o esboço do controle concentrado iniciado na Constituição de 1934.

Nesse sentido, é pertinente anotar as brilhantes palavras de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

> Desde o início, firmou-se no Supremo Tribunal Federal a orientação de que se cuidava de uma controvérsia de índole constitucional. O Poder Judiciário não se limitava a opinar. A sua decisão se configurava "um aresto, um acórdão", que punha fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade.
> (...)
> O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de "árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade". Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia de inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada (...).[31]

Note-se que até então a declaração de inconstitucionalidade dizia respeito tão somente à intervenção federal, como uma forma de preservar os preceitos constitucionais, autorizando-se, pois, a intervenção da União em um Estado.

A importância das questões constitucionais, bem como a preocupação com a forma de proteger essas questões tiveram tal desenvolvimento que em um determinado momento a análise da constitucionalidade concernente apenas à intervenção federal tornou-se apenas um das formas – e mesmo assim em caso de exceção (intervenção)– de se proteger a Lei Maior do Estado.

Era preciso mais, era necessário criar instrumentos capazes de analisar a constitucionalidade das leis, não somente federais, mas, também as estaduais, em face da Constituição Federal, de modo a garantir que o máximo número de atos normativos estivessem em consonância com a Carta Política.

Com efeito, o controle de constitucionalidade terá uma significativa mudança com o advento da Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, que instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais.

Na Exposição de Motivos da referida emenda, era razão para a instituição do controle abstrato de constitucionalidade a "sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos".[32]

De fato, a Emenda Constitucional nº 16 propunha dois novos modos de controle de constitucionalidade, sendo elas a representação de inconstitucionalidade de lei federal em

[31] Op. Cit., p. 37.

[32] Op. Cit., p. 40.

tese, de iniciativa exclusiva do Procurador – Geral da República, e a prejudicial de inconstitucionalidade em processos já em curso perante outro juízo, sendo esta de titularidade tanto do Procurador – Geral da República como do próprio Supremo Tribunal Federal.

Mais do que ajuizar ação direta de inconstitucionalidade em casos de intervenção federal, pode agora o Procurador – Geral da República ajuizar ação perante o Supremo Tribunal Federal, questionando sobre a inconstitucionalidade de lei em tese. Com essa medida, as leis federais tornavam-se vulneráveis à declaração de inconstitucionalidade.

Ainda, se no âmbito federal surgiu a representação acerca da lei federal em tese, é certo que a referida Emenda nº 16 consagrou a regras que outorgava ao legislador a faculdade de dispor acerca da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município com relação à Constituição Estadual.

Não se deve olvidar, outrossim, que o controle difuso, aquele que pode ser argüido perante os juízes de primeira instância, continuaram existindo durante todo o período, como uma forma de proteger os indivíduos e garantir os direitos expressos na Constituição.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 16 inovou ao positivar o controle da lei em tese. Deu-se, portanto, o início do controle abstrato de constitucionalidade no país, o controle em tese, sobre leis e demais atos normativos, com a apreciação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem cabia a última palavra em sede de controle de constitucionalidade, protegendo, dessa forma, não somente a Constituição em face de atos dos Estados, como também em face do próprio Poder Legislativo, que a partir deste momento poderia ter alguma lei emanada de si declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso.[33]

1.5.6. Constituição de 1967

Por sua vez, a Constituição de 1967 manteve todas as inovações trazidas pela Emenda nº 16 supracitada, bem como o sistema de controle difuso vigente nas Constituições pretéritas.

[33] Celso Ribeiro Bastos, com a clareza que lhe era peculiar, assim dispôs acerca deste período: "Já agora, qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconviventes, torna-se então possível. A proteção dos direitos individuais já era, e continua sendo, assegurada pela via de defesa. Uma ação cujo único objeto é a perquirição do ajustamento da lei às disposições constitucionais repousa sobre fundamentos outros daqueles justificadores do controle constitucional pela via de exceção. Na verdade, é a preocupação da defesa do sistema jurídico, do direito objetivo, enfim, que se concentra na base de tal instituto". – curso de direito constitucional positivo, p. 401.

De fato, a nova Carta Política somente modificou sutilmente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade baseada na intervenção federal, que agora também objetivava assegurar não somente a observância dos princípios sensíveis, mas a execução de lei federal.

Igualmente, transferiu do Senado Federal para o Presidente da República o poder de suspender ato ou lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando essa suspensão for suficiente para restabelecer a normalidade no Estado.

Novamente reitera-se nesse momento o que já foi apontado com relação à Constituição de 1934, uma vez que em períodos ditatoriais há uma grande tendência de fortalecer o Poder Executivo, motivo pelo qual a suspensão do ato ou lei declarado inconstitucional passou para as mãos do Presidente da República.

Ainda, não é despiciendo notar que o papel do Supremo Tribunal Federal permaneceu assaz importante durante o período militar, talvez porque a escolha de seus Ministros pertence ao Presidente da República, que, portanto, não deixava de ter o controle sobre a situação.

Ademais, foi durante o período ditatorial que começaram – e efervesceram – as discussões acerca da titularidade unicamente do Procurador – Geral da República para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, principalmente após o Decreto – Lei do Governo Federal que instituiu a censura prévia de livros, revistas e jornais no país.

De fato, referido decretou originou tamanha indignação que o partido político da oposição, o MDB, solicitou ao então Procurador – Geral da República que instaurasse o controle de constitucionalidade.

Contudo, após a resposta do Procurador – Geral, que disse não estar obrigado por lei à instauração do controle abstrato, surgiu grande celeuma acerca do assunto, com opiniões de importantes juristas defendendo os dois lados da questão.[34]

De fato, a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, não deixou claro em seu texto se o Procurador – Geral da República estava ou não obrigado a instaurar o controle de constitucionalidade, ao afirma tão somente que a representação de

[34] Ressaltam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes que "Enquanto importantes vozes na doutrina reconheceram o direito de o Procurador – Geral submeter ou não a questão ao Supremo Tribunal Federal, consoante a sua própria avaliação e discricionariedade, uma vez que somente ele dispunha da competência constitucional para propor essa ação, sustentavam outros a opinião de que estaria obrigado a oferecer a argüição ao Supremo Tribunal Federal se houvesse pelo menos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei". Op. Cit. p. 52.

inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, seria "encaminhada" pelo Procurador – Geral da República.

Ora, obviamente que a intenção do legislador ao elaborar a Emenda nº 16 não foi a de obrigar ou não o Procurador – Geral a instaurar o controle, mas, principalmente a de desenvolver um instrumento que permitisse o questionamento acerca da constitucionalidade de uma lei (ou no mínimo da controvérsia constitucional em questão) desde sua criação. Essa revela ser a verdadeira intenção do controle de constitucionalidade abstrato de normas.

Outra controvérsia decorrente desta analisada é saber se, quando o Procurador – Geral da República, ao verificar que determinada lei é constitucional, se mesmo assim ele estaria obrigado a instaurar o controle abstrato.

Em outras palavras, é saber se o que importa para a instauração do controle é a controvérsia constitucional ou a opinião do Procurador – Geral da República sobre o tema, vez que ele era o único legitimado para instaurar o controle abstrato.

A resposta a esta questão surgiu com a discreta alteração na Constituição de 1967, alterando o artigo 115, I, *l*, afirmando que o Procurador – Geral da República instauraria representação, tendo em vista a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Ou seja, prevaleceu a opinião de que, se o Procurador – Geral da República chegasse à conclusão pela inconstitucionalidade determinada lei, ele estaria obrigado a instaurar a representação, o que conferia ao mesmo o poder discricionário de determinar previamente se, na sua concepção, determinada lei era ou não constitucional, para só então instaurar a representação.

Contudo, para amainar a situação, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal datado de 1970 afirmava que o Procurador – Geral da República, *"quando provocado por terceiros ou por autoridade, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário".* (Art. 174, §1º, RI STF).

Tal discussão acerca do monopólio da iniciativa do controle abstrato pelo Procurador – Geral da República permaneceu durante todo o período ditatorial, e a insatisfação com este instituto consistiu no principal fundamento da grande alteração ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Verifica-se, por meio da análise da história do constitucionalismo brasileiro, que vem ocorrendo uma escalada de concentração no controle de constitucionalidade, partindo-se de um início no qual o controle era totalmente difuso, até se chegar ao atual texto constitucional, marcado profundamente pelo predomínio do controle concentrado sobre o difuso, do qual se passa a tratar.

1.5.7. Constituição Federal de 1988

Já foi analisado que, desde o início do constitucionalismo no Brasil com a Constituição Federal de 1824, esteve presente o controle difuso de constitucionalidade, instituto herdado do direito americano que influenciou as primeiras constituições brasileiras.

Outrossim, verificou-se que, paulatinamente, e não obstante a co – existência do controle difuso até os dias atuais, houve uma necessidade crescente, seja pelo acúmulo de ações na via difusa envolvendo questões constitucionais, seja pela necessidade cada vez maior de se proteger a Constituição tanto de atos contrários a ela (e daí a criação primeiramente da ação interventiva), como da criação de leis que contrariassem seus preceitos, ocasionando o desenvolvimento no Brasil do controle abstrato de constitucionalidade.

Referida forma de controle, desde o início, foi realizado por um só órgão, a quem coube a interpretação – primeira e última – da Constituição. De fato, o Supremo Tribunal Federal, se não versava tão somente a respeito de questões constitucionais, foi desde o início o órgão incumbido de guardar a Constituição.

De outro lado, a grande discussão acerca do monopólio da ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador – Geral da República revelou a necessidade de se alterar o rol dos legitimados para o ajuizamento da ação, como uma forma de tornar o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade mais acessível a outros setores, de modo que a discussão atingisse a um número maior de pessoas, chegando-se inclusive a discutir a respeito de uma ação popular de inconstitucionalidade, aberta a qualquer cidadão.[35]

[35] Nesse sentido, afirmam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes que "Com isso satisfez o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade.

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente" – Controle concentrado de constitucionalidade... p. 62.

Como conseqüência desta necessidade de abertura, a Constituição de 1988 reforçou amplamente o controle concentrado de constitucionalidade no país, introduzindo no ordenamento jurídico pátrio a inconstitucionalidade por omissão e alargando a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo o ajuizamento desta pelo Presidente da República, Mesas do Senado Federal, Câmara dos Deputados e Assembléias Legislativas dos Estados, Governador de Estado, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Desta forma, verifica-se que a Carta Magna de 1988, ao trazer um rol extenso de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, abriu a discussão dos assuntos constitucionais a diversos setores da sociedade.

Com efeito, a partir da Constituição de 1988, tornou-se nítido não somente o desenvolvimento do controle abstrato de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, como também se reduziu a importância do controle difuso, na medida em que, ampliando o rol de legitimados, ocasionou a possibilidade da via direta a diversos setores da sociedade, que não mais necessitariam da via difusa para se expressar.

Assim, se o controle difuso de constitucionalidade era a forma até então predominante de questionamento e fiscalização das normas infraconstitucionais, a Constituição de 1988 alterou de forma quase radical esse predomínio, facilitando o acesso ao controle concentrado, mudando a história do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, ao firmar um sistema que, mesmo misto, apresenta visivelmente o predomínio do controle concentrado.

2. A análise do controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro

Após discorrer acerca da historicidade do controle de constitucionalidade no Brasil, é chegado o momento de analisar as espécies de controle existentes no direito pátrio.

Contudo, necessário consignar que, para o fim pretendido para o presente trabalho, serão tratados somente alguns critérios de classificação do controle.

2.1. Quanto ao momento do controle

2.1.1. Controle preventivo

No que se refere ao momento em ocorrer a verificação da constitucionalidade de atos normativos, é oportuno lembrar que no Brasil tal controle pode ocorrer ou antes da promulgação da lei (controle preventivo) ou após a sua promulgação (controle repressivo).

De fato, verifica-se que, decorrendo do princípio da tripartição dos poderes, tanto o legislativo, quanto o executivo, como o judiciário, atuam nos mecanismos de controle de constitucionalidade.

A diferença principal entre o controle preventivo e o repressivo reside no momento da declaração de inconstitucionalidade: o controle preventivo é aquele exercido sobre projetos de lei em trâmite pelas comissões de Constituição, Justiça e Redação (da Câmara Federal) e Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (do Senado Federal), e Comissões Temáticas, e pelo Presidente da República, por meio do veto jurídico do Chefe do Poder Executivo.[36]

Isso porque, nos moldes do processo legislativo brasileiro, o projeto de lei é apreciado pelos Poderes Judiciário e Executivo, até ser promulgado e se tornar lei.

Com efeito, rege o artigo 65 da Constituição Federal que "o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar". Este é em suma o processo legislativo ordinário para a elaboração de leis no direito brasileiro.

De fato, em cada uma das Casas do Congresso, há uma comissão específica que analisa a constitucionalidade dos projetos de lei. Na Câmara dos Deputados há a denominada Comissão de Constituição, Justiça e Redação, cujo regimento interno da Câmara dispõe, em seu artigo 32, III, a, entre outras atribuições, que cabe à Comissão de Constituição, Justiça e Redação analisar *"os aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões".*[37]

---

36 O controle de constitucionalidade realizado pelo legislativo e pelo executivo é também classificado, erroneamente a nosso ver, de controle político. De fato, também o poder legislativo, por meio de suas comissões de Constituição e Justiça, ou de Constituição, Justiça e Cidadania, analisam a juridicidade dos projetos de leis, e mais ainda, a sua constitucionalidade, de modo a evitar que uma lei inconstitucional adentre no ordenamento pátrio.

37 Disponível em <http://www2.camara.gov.br/comissoes/ccjc/conheca> Acesso em 17/05/2006.

Destarte, pode a referida comissão rejeitar o projeto de lei por razões de inconstitucionalidade, devendo o mesmo ser arquivado, ou, em caso de emenda (no caso de a Câmara dos Deputados ser a Casa Revisora), retornar à Casa iniciadora para votação da emenda.

Da mesma forma, no Senado Federal há uma comissão específica que analisa a constitucionalidade dos projetos de leis. É a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a quem compete, de acordo com o artigo 101, I, do Regimento Interno do Senado Federal, *"opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário".*[38]

Verifica-se que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal atua como órgão de consulta do Senado e do Presidente da República, dando a palavra em termos de constitucionalidade de determinado projeto de lei.

Por derradeiro, uma vez aprovado pelas comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o projeto de lei irá ao Presidente da República para veto ou sanção presidencial.[39]

O veto presidencial manifesta a discordância do Presidente da República com o projeto de lei apresentado pelo Poder Legislativo, seja por motivo de inconstitucionalidade, seja pelo por entender que referido ato normativo é contrário ao interesse público.[40]

---

38 Ainda dispõe o regimento interno do Senado Federal que cabe à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em seu artigo 101, V e parágrafos primeiro e segundo, conforme segue:

"V – opinar sobre assuntos de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente, de ofício, ou por deliberação do Plenário, ou por outra Comissão. Parágrafo Primeiro: Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade ou injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do artigo 254. Parágrafo Segundo: Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício – Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVolI.pdf> Acesso em 17/05/2006.

39 Conforme preceitua Alexandre de Moraes, "Apresentado projeto de lei ao Congresso Nacional, haverá ampla discussão e votação sobre a matéria nas duas Casas, delimitando-se o objeto a ser aprovado ou mesmo rejeitado pelo Poder Legislativo. Além da atividade legislativa, na chamada deliberação parlamentar, caso o projeto de lei seja aprovado pelas duas Casas Legislativas, haverá participação do chefe do Poder Executivo, por meio do exercício do veto ou da sanção (deliberação executiva. (...) Ressalte-se que a análise da constitucionalidade do projeto de lei será realizada tanto na Câmara dos Deputados, por meio de sua Comissão, Justiça e de Redação, quanto no Senado Federal, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, cabendo-lhes, precipuamente, a análise dos aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais ou de técnica legislativa dos projetos, emendas ou substitutivos, bem como admissibilidade de proposta de emenda à Constituição Federal – Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, p. 1175.

O veto presidencial por inconstitucionalidade, modelo de controle de constitucionalidade em sua forma preventiva, deve ser realizado pelo Presidente da República (competência privativa do chefe do Poder Executivo, de acordo com o artigo 84, V, da Constituição Federal), de forma motivada (art. 66,§1º, CF), uma vez que o Poder Legislativo apreciará os motivos do veto presidencial, podendo rejeitá-lo, por votação da maioria absoluta de seus membros.[41]

Assim, verifica-se que, em se tratando de controle de constitucionalidade preventivo, não há interferência do Poder Judiciário, cabendo ao Legislativo e ao Executivo o referido controle sobre projetos de lei. Uma vez promulgada a lei, caberá somente ao Poder Judiciário a análise de sua inconstitucionalidade, conforme se tratado a seguir.

2.1.2. Controle repressivo

Por sua vez, o controle repressivo de constitucionalidade é aquele que ocorre após a promulgação da lei ou dos demais atos normativos, e é realizado pelo Poder Judiciário, pela via difusa ou concentrada.

Assim, uma vez sancionada a lei pelo Presidente da República e publicada no Diário Oficial, somente o Poder Judiciário possui a capacidade de declarar a sua inconstitucionalidade, retirando-a do ordenamento jurídico.

2.2. Quanto à competência do órgão julgador

2.2.1. Controle difuso

Presente desde a primeira Constituição republicana do Brasil, com influências trazidas por Ruy Barbosa dos Estados Unidos e estando presente até a presente Carta Política, o controle difuso também pode ser denominado como controle por via de exceção ou defesa, ou

---

40 Boa parte da doutrina nacional classifica o veto por razão de inconstitucionalidade como veto jurídico e o veto por motivo de o ato normativo ser contrário ao interesse público de veto político. Não entendemos que esta seja a melhor classificação para as espécies de veto presidencial, uma vez que nestas duas espécies o Presidente da República deverá fundamentar juridicamente o seu veto.

41 Tratando acerca da motivação do veto presidencial, destaca Alexandre de Moraes que "o veto há de ser sempre motivado, a fim de que se conheçam as razões que conduziram À discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público, ou, até, se por ambos os motivos. Esta exigência decorre da necessidade do Poder Legislativo, produtor último da lei, de examinar as razões que levaram o Presidente da República ao veto, analisando-as para convencer-se de sua mantença ou de seu afastamento, com a conseqüente derrubada do veto. Além disso, o veto é formal, pois deverá ser feito por escrito, juntamente com suas razões". Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 1184.

controle concreto, e se caracteriza pela permissão a qualquer juiz ou Tribunal de analisar a constitucionalidade de determinado ato normativo.

Em outras palavras, é a possibilidade de qualquer magistrado analisar a constitucionalidade de um ato normativo, quando esta análise for imprescindível para o deslinde de uma demanda judicial.

Como bem preceitua André Ramos Tavares:

> Pelo sistema difuso, o controle é atribuído aos diversos órgãos do Poder Judiciário, pelo que cada magistrado pode deixar de aplicar, ao caso concreto que lhe for submetido, uma determinada norma jurídica, quando a repute viciada de inconstitucionalidade. Nestes sistemas, o Tribunal Constitucional, tem como função de decidir a respeito da inconstitucionalidade enquanto última instância. Segundo o modelo de controle difuso, o Tribunal Constitucional, como órgão superior do sistema judiciário, decide sobre a constitucionalidade das normas jurídicas em última instância. O controle, pois, é exercido por todo o sistema judiciário, representando essa Corte, nesse contesto, uma fase a mais, ao lado das outras, mas como o último patamar de averiguação da constitucionalidade.[42]

Assim, se determinado indivíduo ajuíza ação em face de outrem e na petição inicial requer, incidentalmente, a análise da constitucionalidade de determinado ato normativo, o juiz não só pode como também está obrigado a apreciar a questão, cuja decisão terá efeito somente entre as partes demandantes.[43]

É dizer que, pela via difusa, qualquer das partes em um processo judicial pode argüir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, e o juiz apreciará a questão e decidirá a questão incidentalmente, no caso concreto e, com efeito, *"inter partes",* acerca da inconstitucionalidade.[44]

Importante ressaltar que o controle difuso da constitucionalidade, embora venha perdendo terreno em face da escalada de concentração nos moldes do controle brasileiro,

---

42 Tribunal e jurisdição constitucional, p.12/13.

43 Acerca do controle difuso, assevera o saudoso professor Celso Ribeiro Bastos que "é certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão os juízes e tribunais, a que couber o julgamento do feito, pronunciar-se sobre a alegada inconstitucionalidade. Entretanto, essa pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Curso de direito constitucional, p.396.

44 Nesse sentido, vide judiciosa ementa proferida pelo Supremo Tribunal Federal: "Recurso extraordinário e controle incidente de constitucionalidade das leis. Na instância extraordinária, e de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade da lei aplicável ao caso (STF – 1ª T. – Rextr. Nº 117.805/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 27 ago. 1993, p. 17.022) – in MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p.1360.

possui a importante função de fazer o controle chegar ao indivíduo. E, pelo menos enquanto o indivíduo não tiver acesso ao controle concentrado, o controle difuso continuará a ter essa importantíssima função, no sentido de permitir ao indivíduo a garantia de ter para si retirada a eficácia da norma inconstitucional.

2.2.2. Controle Concentrado

Já o controle concentrado não pretender apreciar a constitucionalidade de uma lei para o caso concreto, mas possui o escopo de retirar de todo o sistema aquela lei ou ato normativo contrário à Constituição Federal, daí essa espécie de controle denominar-se, também, controle abstrato.

Assim, pelo controle concentrado não se objetiva somente declarar o direito das partes dentro do processo, mas eliminar de todo o ordenamento aqueles comandos normativos contrários à Carta Maior. Não há um direito subjetivo específico pendente de julgamento no controle concentrado, mas analisa-se a constitucionalidade de determinado ato normativo para se decidir se tal ato é inconstitucional ou não e, caso seja declarada sua inconstitucionalidade, como o mesmo será retirado do sistema.

Desta forma, pode-se afirmar que o controle concentrado é uma forma genérica de proteção à Constituição, atingindo a todos os indivíduos submetidos ao ordenamento jurídico, visando à proteção da Constituição Federal e à harmonia do sistema.[45]

Com efeito, pela via concentrada (e tal nomenclatura foi adotada tendo em vista que somente um órgão pode decidir a questão), somente um Tribunal analisará a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, decidindo com efeitos *"erga omnes"*, ou seja, vinculando a todos, acarretando na retirada daquela lei ou ato normativo do ordenamento jurídico pátrio.[46]

---

45 Celso Ribeiro Bastos aponta as diferenças entre o controle difuso e o concentrado, ao apontar que "(...) embora tanto a via de ação como a de defesa sejam processos de controle da constitucionalidade, nesse ponto apresentam um denominador comum que os unifica em vista de um mesmo objetivo, não há negar, entretanto, que apresentam particularidades que os distanciam, quer segundo a finalidade de controlar a constitucionalidade apenas pela subtração dos interessados, em cada caso particular, aos mandamentos injurídicos de um ato inconstitucional, quer segundo a preocupação de restabelecer a harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção da lei produzida em desrespeito à Constituição". Curso de direito constitucional, p.397.

46 Acerca da nomenclatura "concentrada", afirma Sérgio Sérvulo da Cunha: "A primeira e fundamental distinção a ser feita, quanto ao controle concentrado, é a de que ele não se confunde com o abstrato. A concentração do controle diz respeito a uma bipartição funcional dos juízes e do exercício da jurisdição, de modo que, acima dos magistrados de competência mutilada, situa-se determinado órgão com o monopólio da jurisdição

No exemplo brasileiro, coube ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de exercer o controle concentrado de constitucionalidade das leis e demais atos normativos em face da Constituição Federal, atuando, também (e não exclusivamente, como será tratado a seguir), como o guardião da Constituição, conforme o artigo 102, I, *a*, da Carta Magna.

Há, no controle concentrado de constitucionalidade, seis ações específicas capazes de provocar o Supremo Tribunal Federal a decidir se determinado ato normativo é ou não inconstitucional. São elas a ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Nos moldes do controle concentrado brasileiro, não são todos os indivíduos que possuem a capacidade postulatória para o ajuizamento das ações típicas desse controle. Somente algumas pessoas possuem legitimidade constitucional para o ajuizamento das referidas ações, de acordo com o artigo 102, I a IX da Constituição Federal, sendo elas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador – Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, sendo os legitimados do Distrito Federal incluídos por meio da Emenda Constitucional nº 45/04.

Importante salientar que as decisões em sede de controle concentrado possuem efeitos *erga omnes*, e, após a Emenda Constitucional nº 45, efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública, de acordo com o artigo 102, §2º, da Constituição Federal.

Há, outrossim, quem afirme que o controle concentrado, por sua decisão se opor a todos os indivíduos, pacifique os entendimentos e traga, assim, maior segurança jurídica ao sistema em relação ao controle difuso.[47]

---

constitucional. Pode haver órgão – como acontece com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, monopolizando o controle, julga questões abstratas e questões concretas de inconstitucionalidade." - O efeito vinculante e os poderes do juiz, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 198.

47 Tratando acerca do controle abstrato de normas no direito brasileiro, sobretudo após a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, assevera Gilmar Ferreira Mendes que *"ele possibilitava a aferição direta da constitucionalidade de leis, que, pela via incidental, jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente por não se mostrarem aptas, em princípio, a ser submetida, como questão preliminar, numa controvérsia concreta. O controle abstrato de normas desempenhava, também, uma função corretiva, na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do Supremo Tribunal Federal, permitia superar a situação*

Uma vez analisados os principais aspectos do controle concentrado, é chegado o momento de dissertar acerca de suas ações específicas, do que se passa a tratar.

2.3. Breve análise dos modelos de controle de constitucionalidade no direito brasileiro

De início, importa consignar que o fulcro do presente trabalho reside na demonstração da escalada de concentração no controle de constitucionalidade no direito brasileiro, bem como a análise do Supremo Tribunal Federal quando comparados às Cortes constitucionais européias.

Por este motivo, para uma boa análise do controle concentrado, revela-se necessário discorrer acerca de cada uma das ações desta espécie de controle, demonstrando suas principais características.

Todavia, como não é o objeto principal do presente estudo, pretende-se abordar o tema sem aprofundar demasiadamente a discussão acerca dos mesmos, sendo esta abordagem puramente ilustrativa para o bom desenvolvimento do presente trabalho, sempre no intuito de alcançar o seu objetivo principal.

2.3.1. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

Primeira ação do modelo de controle concentrado de constitucionalidade adotado no país com a Constituição de 1934, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva possui dois escopos, sendo um a declaração de inconstitucionalidade de determinado ato que tenho ofendido os chamados princípios constitucionais sensíveis (consubstanciados no artigo 34, VII, da Constituição Federal), bem como a possibilidade de intervenção federal no Estado – Membro (ou Distrito Federal), de onde emanou o ato inconstitucional.[48]

Em outras palavras, é dizer que nos casos de intervenção devido a um ato inconstitucional emanado de um ente federativo que não a União, primeiramente concede-se

de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contrariedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes ou Tribunais sobre a mesma matéria". Jurisdição constitucional, p.77.

48 De acordo com o artigo 34, VII, da Constituição, são princípios constitucionais sensíveis a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

ao STF a apreciação do ato para, caso julgue inconstitucional, autorizar a intervenção federal para sanar a inconstitucionalidade ocorrida.[49]

Assim, a decretação da intervenção depende da análise da inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal e é complementada pelo Poder Executivo, que dá cumprimento à intervenção.

Importante ressaltar que, ao contrário dos outros modelos de controle concentrado, a legitimidade para a propositura desta ação é somente do Procurador – Geral da República, pelos motivos históricos já referidos quando da análise da historicidade do controle no Brasil.

Insta consignar que esta espécie de ação direta possui como objeto não somente atos normativos, mas também qualquer ato que coloque em risco os princípios constitucionais sensíveis.

Este é o motivo pelo qual, mesmo após o advento da ação direta genérica, a ação interventiva permaneceu no sistema, uma vez que aquela só atinge atos normativos federais e estaduais, enquanto esta atinge qualquer ato, normativo ou não.

2.3.2. Ação direta de inconstitucionalidade genérica

Por tratar de controle concentrado de constitucionalidade, verifica-se que o objeto da ação direta genérica é retirar do sistema as leis ou atos normativos contrários à Constituição, como forma de assegurar a harmonia do sistema constitucional como um todo, evitando que atos normativos contrários à Constituição perdurem dentro do sistema.

Assim, é objeto da ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o artigo 102, I, da Constituição Federal, a análise da constitucionalidade de leis e atos normativos federais ou estaduais.

Ao utilizar a expressão “atos normativos”, o constituinte não pretendeu que a ação ficasse restrita somente à análise da constitucionalidade de leis, mas de todos os atos normativos contidos no artigo 59 da Constituição Federal.

[49] André Ramos Tavares, em primorosa obra denominada Tribunal e jurisdição constitucional, ao tratar especificamente da ação direta interventiva, afirma que “procedente a ação, a conseqüência não será a nulidade do ato (que pode ser um ato normativo, ou mesmo um ato concreto), mas a possibilidade de decretação da intervenção federal. Caberá então ao chefe do Poder Executivo, antes de decretar a intervenção, suspender o ato impugnado. Se tal medida se tornar suficiente para restabelecer em sua integridade o princípio federativo, não deverá ser decretada a intervenção”, p. 144.

Contudo, é pacífico na mais autorizada doutrina, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que outros comandos normativos além daqueles elencados no artigo 59 da Constituição Federal são passíveis de controle abstrato por meio da ação direta, tais como as emendas à Constituição Federal, as resoluções administrativas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais do Trabalho, etc.[50]

Importante ressaltar somente que o ato deve possuir conteúdo normativo, estando fora do controle de constitucionalidade os atos de efeitos concretos.

Já no que se refere às partes, conforme já reiterado, podem propor a ação direta genérica todos os legitimados constantes do artigo 102, I, *a,* da Constituição Federal, com a ressalva de que alguns desses co-legitimados devem demonstrar a relação de pertinência temática entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da ação.

É dizer que alguns dos co-legitimados devem demonstrar fundamentadamente o seu interesse de agir, o seu interesse em obter a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

Destarte, exige-se a pertinência temática da Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governado de Estado ou do Distrito Federal, das Confederações Sindicais ou entidades de âmbito nacional. Estes são os legitimados especiais. A estes denomina-se legitimados ativos especiais.

Aos legitimados que não necessitam demonstrar a pertinência temática denominam-se legitimados ativos universais e de fato não necessitam demonstrar pertinência temática tendo em vista suas atribuições institucionais.[51]

Por derradeiro, e necessário ressaltar que a jurisprudência é pacífica no sentido de os atos de efeitos concretos não serem passíveis de controle por meio da ação direta genérica. Como já se ressaltou, os atos de efeitos concretos, bem como de atos normativos municipais em face da Constituição Federal e atos normativos anteriores à Constituição Federal, uma vez

---

50 Cf. MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 2377l e CLÈVE, Clèmerson Merlin, A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p.184 e ss. e MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição Constitucional, p. 176 a 180.

51 Gustavo Binembojm bem conceituou o termo pertinência temática ao afirmar que "entende-se por pertinência temática a exigência de correlação entre as prerrogativas ou fins institucionais do órgão ou entidade legitimado para a propositura da ação direta com aquele ato normativo por meio dela questionado. A idéia de pertinência temática surgiu como solução para o excesso de ações diretas de inconstitucionalidade propostas por confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Da mesma forma, tal requisito vem sendo exigido dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e Mesas de Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa Distrital". A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

que o fato de a Constituição Federal tê-los recepcionados já demonstram por si só a sua constitucionalidade. Mesmo motivo pelo qual não se aprecia, outrossim, a constitucionalidade das normas originárias.

2.3.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Presente somente nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, a inconstitucionalidade por omissão ocorre toda vez que uma norma constitucional deixar de ser exercido por ausência de lei que a regulamente.[52]

Assim, pode-se afirmar que é a conduta negativa, a omissão do Poder Público que causa a inconstitucionalidade, na medida em que o mesmo descumpriu a Constituição que o obrigava a elaborar a norma e aquele assim não o fez.

É o contraste entre o ato do Poder Constituinte, que elaborou um comando de ordem à autoridade pública, sendo que a mesma não obedeceu, omitindo-se, agindo negativamente, e com isso causando a inconstitucionalidade.

Assim, diferentemente da ação direta genérica, onde o questionamento acerca da inconstitucionalidade se dá sobre uma lei e, portanto, sobre um ato normativo realizado pelo Poder Público, na ação direta por omissão se analisa a constitucionalidade de uma omissão legislativa, a ausência de lei que regulamente uma determinada norma constitucional.

Ademais, verifica-se que somente as normas constitucionais de eficácia limitada estão submetidas ao controle de constitucionalidade por omissão, uma vez que tais normas necessitam de comando infraconstitucional para que seus efeitos surtam, irradiem para todo o ordenamento jurídico.[53]

---

52 Afirmam Claudia Toledo e Luiz Moreira, em introdução ao livro As Cortes Constitucionais, de Luis Favoreu, que "não menciona o autor especificamente o sistema brasileiro, que tem o Supremo Tribunal Federal como a corte responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, vigorando no Brasil também o controle difuso, por via de exceção. Somente em Portugal e no Brasil há, dentre os ordenamentos jurídicos citados, ação de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional", p. 10. Nesse sentido, vide MORAES, Alexandre de., Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 1449.

53 Nesse sentido, se expressa de forma primorosa Clèmerson Merlin Clève ao afirmar que "se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, concretização, aplicação). O como elaborar isso, juridicamente, é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição um condensado de normatividade integral. Não se pode correr o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca aos interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam a emancipação. (...) O fazer da Constituição uma Fundamental Law integral pressupõe a construção, pela dogmática constitucional, de categorias suficientes para dar conta não apenas da violação da Constituição por ato normativo, como também do seu

No dizer de José Afonso da Silva:

> A inconstitucionalidade por omissão verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nela previstos se efetivem na prática. A Constituição de 1988 foi abeberar o instituto do artigo 283 da Constituição portuguesa. Prevê autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação direta visando à declaração da omissão. Foi tímida, no entanto, nas conseqüências de seu reconhecimento. Apenas dispôs, no §2º do art. 103, que, "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". A mera ciência ao Poder Legislativo – poder competente tratando-se de omissão de lei – pode ser ineficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsioná-lo a atender ao julgado.[54]

De acordo com o trecho retromencionado, verifica-se que a conseqüência da declaração de inconstitucionalidade por omissão difere de acordo com o poder que se omitiu.

Assim, se a omissão partiu de um órgão administrativo, o Supremo Tribunal Federal notificará o órgão competente, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de ser responsabilizado, ao passo que, para o Poder Legislativo, será dada ciência para a adoção das providências necessárias.

Com efeito, não pode o Supremo Tribunal Federal compelir o Poder Legislativo a elaborar a lei em falta, nem tampouco decidir acerca do assunto, no sentido de legislar, sob pena interferência na separação do poderes preconizada no artigo 2º da Carta Política, restando-lhe, apenas, um comando mandamental, sem obrigatoriedade propriamente dita.[55]

Ainda, como se trata de ação direta de inconstitucionalidade, e por ter o Poder Constituinte colocado a ação direta por omissão no mesmo artigo da ação direta genérica, e

---

descumprimento em virtude de ato omissivo. Cuidar-se-ia, então, de reconhecer como inconstitucionais quaisquer atos comissivos ou omissivos, desde que ofensivos à normativa constitucional". Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 312.

54 Aplicabilidade das normas constitucionais, p.166.

55 "A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente." (ADI-MC 1458 / DF - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator (a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 23/05/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34531 Vol.1842-01 PP-00128).

sem distinguir maiores comentários sobre o tema, verifica-se que os legitimados para esta ação são os mesmos da ação direta, elencados no artigo 103, I a IX da Constituição Federal.

Assim como na ação direta genérica, a omissão deve ser normativa, seja de cunho legislativo ou administrativo (como no caso de regulamentos ou instruções normativas), não cabendo à ação direta por omissão a declaração de inconstitucionalidade de ato de efeitos concretos, não normativos.

2.3.4. A criação da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 03/93

Ademais, uma inovação em matéria de controle concentrado de constitucionalidade deu-se por meio da Emenda Constitucional nº 03, de 17/03/1993, a qual criou a ação declaratória de constitucionalidade, medida esta muito criticada, uma vez que a mesma objetiva a declaração de constitucionalidade de lei no caso de controvérsia judicial acerca do referido comando normativo[56].

De fato, a rigidez constitucional e a supremacia da mesma levam a crer que as normas infraconstitucionais só podem permanecer no sistema se forem conforme a Constituição.

Assim, existe uma presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, não necessitando de uma ação específica que objetive justamente a declaração de constitucionalidade de determinado comando normativo, transformando essa ação em verdadeira consulta ao Supremo Tribunal Federal, o que se sabe não possível no ordenamento jurídico brasileiro.[57]

---

[56] Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior resumem as críticas da doutrina acerca do tema, ao afirmarem que "A nova fórmula de controle direto foi objeto de diversas críticas pelos doutrinadores. Argumentavam, em resumo que: a) não havia necessidade de declarar a constitucionalidade, já que havia presunção de que os atos normativos eram inconstitucionais; b) não havia contraditório, já que o Advogado – Geral da União não era citado para defender o ato; c) o efeito vinculante para o Poder Judiciário causaria prejuízo à atividade jurisdicional e quebraria o princípio da independência do Poder Judiciário. Os argumentos foram rechaçados pelo Supremo Tribunal Federal, que já conheceu da ação, enunciando sua legitimidade." – Curso de direito constitucional, 7ª edição, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 48.

[57] Para Osório Silva Barbosa Sobrinho, "sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto*, pois a existência, em grandes proporções, de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter a ação declaratória de constitucionalidade em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal." Comentários à Lei n. 9.868/99, p. 43.

Contudo, tal argumento fica prejudicado a partir do momento em que o pressuposto para o ajuizamento da referida ação é a demonstração, na petição inicial da existência de controvérsia judicial relevante sobre a matéria.

Ressalte-se o vocábulo "relevante", que significa que deve haver um grande número de decisões judiciais contrárias quanto à constitucionalidade de determinado comando normativo, de modo que a decisão na ação declaratória de constitucionalidade, por seus efeitos vinculantes prescritos no artigo 28 da Lei 9.868/99 (conforme será tratado em tópico futuro) venha pacifica o entendimento dos Tribunais e juízes de primeira instância.

Assim, perfeitamente possível a ação declaratória de constitucionalidade que, assim como é escopo do próprio controle concentrado de constitucionalidade, visa pacificar o entendimento acerca de determinada matéria, evitando, futuramente, decisões contrárias acerca da mesma.

2.3.5. A argüição de descumprimento de preceito fundamental

Ainda no tocante às modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 03/93, é importante ressaltar a criação da argüição de descumprimento de preceito fundamental, instituto também de controle concentrado de constitucionalidade, cujos legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, regulada pela Lei nº 9.882/99 e cujo objetivo é o de reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, sendo cabível, outrossim, nos casos em que houver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

De início cabe ressaltar que são três as espécies desta ação, quais sejam: i) a preventiva, para evitar lesão a preceito fundamental; ii) a repressiva, para reparar a lesão ocasionada; e iii) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Às duas primeiras hipóteses, o Supremo Tribunal Federal classificou como ADPF autônoma e, no terceiro caso, de ação incidental, por se tratar especificamente de controvérsia constitucional. [58]

[58] Nesse sentido, vale a pena colocar trechos de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca do assunto: "1. A Constituição Federal de 5.10.1988, no parágrafo único do art. 102, estabeleceu: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Esse texto foi reproduzido como § 1o do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993. 2. A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional,

Diante da redação da lei, surgem duas questões: o que é preceito fundamental? E o que é controvérsia constitucional relevante?

Pois bem, a lei deixou ao encargo do próprio Supremo Tribunal Federal definição de preceito fundamental, uma vez que a Lei nº 9.882/99 não disciplina a matéria.[59]

Poder-se-ia arriscar uma conceituação de preceitos fundamentais como sendo as cláusulas pétreas da Constituição Federal, elencadas no artigo 60, §4º da Constituição Federal, principalmente no tocante aos direitos e garantias individuais.

Contudo, há que se destacar, e de acordo com o artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, que esta ação possui caráter subsidiário em relação a qualquer outro meio cabível.

Ainda, com relação à segunda questão, resta claro que, mais do que saber o que constituiria uma controvérsia constitucional relevante, o legislador quis aqui conceder ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de analisar lei ou ato normativo municipal e os atos normativos pretéritos à Constituição Federal.

---

dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. No art. 1o estatuiu: "Art. 1o - A argüição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público." Trata-se, nesse caso, de Argüição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. 3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1o da Lei nº 9.882/99, "in verbis": "Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição." 4. Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no "caput" do art. 1o da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. 5. O caso presente não é de Argüição Incidental, correspondente a um incidente de constitucionalidade, pois não se alega na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas, pois todas elas foram no mesmo sentido, deferindo medidas liminares em Reclamações, para os efeitos nelas mencionados. 6. Cogita-se, isto sim, de Argüição autônoma prevista no "caput" do art. 1o da Lei. 7. Dispõe, contudo, o § 1o do art. 4o do diploma em questão: "§ 1o - Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". 8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. 9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 10. Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 108, VII, "i", da Constituição do Estado, bem como do art. 21, VI, "j", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. (ADPF-QO3 / CE – Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 18/05/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 27-02-2004, p. 20)

59 STF - EMENTA: "Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal". (ADPF-QO 1 / RJ. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 03/02/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 07-11-2003 PP-00082)

Muitos autores alegam que a Lei 9.886/99 seria inconstitucional, pois conferiu ao Supremo Tribunal Federal competências que ele não possuía, como as que se destacou.

Assim, não poderia uma lei infraconstitucional conferir competências dispostas primeiramente na Constituição Federal, sendo o meio correto para tanto a elaboração de uma Emenda Constitucional.[60]

E, como nos demais meios de controle concentrado da constitucionalidade, os efeitos das decisões proferidas em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental possuem efeitos vinculantes conforme o disposto no artigo 10º, § 3º, da Lei nº 9.882/99, embora na Constituição de 1988 não contenha norma dispondo acerca de tal efeito.

3. A escalada de concentração no controle de constitucionalidade no direito brasileiro

Como se pôde observar a partir tanto da análise da historicidade das Constituições brasileiras, como das Emendas Constitucionais a partir de 1988, é nítida a evolução do controle concentrado, no sentido de ganhar cada vez mais importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Como já se ressaltou a importância da Constituição Federal de 1988 para o desenvolvimento do controle concentrado, uma vez que alargou o rol de legitimados, permitindo a titularidade desta espécie de controle a novos personagens e não somente ao Procurador – Geral da República, nos moldes até então existentes, revela-se necessário neste momento dissertar acerca da importância das Emendas Constitucionais nº 03 e nº 45, tendo em vista que as mesmas continuaram a tarefa do Poder Constituinte originário de 1988, no sentido de promover a escalada de concentração no controle de constitucionalidade no Brasil, o que se passa a analisar.

3.1. A Emenda Constitucional nº 03/93 e a Lei º 9.868/99

Referida Emenda Constitucional, além de criar a ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, como já visto, incluiu o então parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal, afirmando que *"as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações*

[60] Nesse sentido, MOARES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 2496 e ss.; DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto, e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, *Curso de direito constitucional,* p. 50 a 53.

declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."[61]

Tal efeito vinculante permitiria a qualquer indivíduo ingressar com reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, caso algum órgão do Poder Judiciário ou Executivo atuasse em desconformidade com as decisões proferidas pelo Pretório Excelso.[62]

Em que pese a afirmação de muitos no sentido de que a Constituição Federal de 1988 não dispôs claramente acerca dos efeitos vinculantes da sentença declaratória de inconstitucionalidade, a questão foi devidamente esclarecida com o advento da lei nº 9.868/99, em seu artigo 28, parágrafo único. *In verbis.*

> "Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.
> Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

Referida celeuma foi provocada tendo em vista que, com o advento da citada ação declaratória de constitucionalidade, a própria Constituição Federal, em seu antigo artigo 103, § 2º, dispunha acerca dos efeitos vinculantes na declaração de constitucionalidade, ao passo que silenciava quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.[63]

---

61 Acerca do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de constitucionalidade, José Rogério Cruz e Tucci bem afirmou que *"observa-se, assim, que a primordial razão política inspiradora do Legislativo federal foi, sem dúvida, a de instituir um mecanismo destinado a subordinar o desfecho de demandas em curso perante juízos inferiores – monocráticos e colegiados – à decisão do Excelso Pretório pátrio" – Precedente judicial... Op. Cit., p.270.*

62 Nesse sentido é a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, in verbis: "ADC 8 MC/DF – Distrito Federal – Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade, Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 13/10/1999, Publicação: DJ 04/04/2003, pp. 0038, Ement. Vol. 02105 – 01, pp. 0001 - (...)O provimento cautelar deferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, além de produzir eficácia "erga omnes", reveste-se de efeito vinculante, relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Precedente. - A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão - precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente -, legitima o uso da reclamação, se e quando a integridade e a autoridade desse julgamento forem desrespeitadas (...)."

63 José Afonso da Silva bem diferencia os conceitos de eficácia contra todos e efeitos vinculantes, ao tratar a ação declaratória de constitucionalidade. Afirma o autor que *"A eficácia erga omnes significa que a declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei se estende a todos os feitos em andamento, paralisando-os com o desfazimento dos efeitos das decisões neles proferidas no primeiro caso ou com a confirmação desses efeitos no segundo caso. Mas quer dizer também que o ato, dali por diante, vale na medida mesma da declaração proferida na ação declaratória de constitucionalidade, ou seja, é constitucional sem possibilidade de qualquer outra declaração em contrário, ou inconstitucional, com o que se apaga de vez*

Não se pode negar que o citado artigo 28 da Lei. 9.868/99 estendeu a eficácia vinculante das decisões do Excelso Pretório, que pelo texto constitucional somente se daria nas decisões em sede de ação declaratória de constitucionalidade, às ações diretas de inconstitucionalidade.

Na época, muitos discordaram, afirmando que, se a Constituição Federal não previa os efeitos vinculantes para as decisões na ação direta de inconstitucionalidade, não poderia uma lei infraconstitucional regular a matéria, mas tão somente uma Emenda Constitucional.

Inconstitucionalidades à parte é óbvio que o intuito do legislador constitucional, ao dispor acerca dos efeitos vinculantes na ADECON, foi o de aumentar a eficácia e efetividade das decisões em sede de controle concentrado.

Este mal entendido só veio a ser desfeito por meio da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou texto ao parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal, o qual atualmente dispõe:

> Art. 102, §2º: as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Além de solucionar a celeuma existente, referida norma revela novamente o intuito do legislador constitucional, uma vez que, agora, todas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem efeitos vinculantes, proibindo os órgãos da administração pública e do Poder Judiciário, de atuarem ou proferirem decisões contrariamente à decisão do Pretório Excelso.

3.2. O alargamento das matérias passíveis de controle concentrado de constitucionalidade por meio da ADPF

Com a criação da argüição de descumprimento de preceito fundamental pela Emenda Constitucional nº 03/93, o legislador constitucional alargou ainda mais o campo do controle

sua eficácia no ordenamento jurídico. O efeito vinculante relativamente à função jurisdicional dos demais órgãos do Poder Judiciário, portanto, já decorreria da própria afirmativa da eficácia contra todos, mas, assim mesmo, o texto quis ser expresso para alcançar também os atos normativos desses órgãos que eventualmente tenham sido objeto de uma discussão em ação declaratória de constitucionalidade. (...) A novidade está na vinculação dos efeitos da decisão ao Poder Executivo. Para entender essa vinculação, um esclarecimento é necessário, qual seja o de que a decisão que profere a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo importa na supressão erga omnes da eficácia do ato normativo seu objeto." – Curso... Op. Cit., p. 62 – 63.

concentrado da constitucionalidade, uma vez que a mesma é o instrumento que confere a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal perante a Constituição Federal, inclusive os anteriores à Lei Maior, o que antes não existia.

Em outras palavras, com a criação da referida argüição, o legislador constitucional não somente alargou ainda mais o campo do controle concentrado da constitucionalidade, ao permiti-lo contra ato do poder público e lei municipal, e não somente contra lei em tese, diga-se, somente a federal e estadual (consistente nas únicas hipóteses de controle antes da criação da argüição), bem como possibilitou o controle de constitucionalidade de leis anteriores à Constituição Federal, o que causou grande polêmica na época.

Sem dúvida a argüição de descumprimento de preceito fundamental surgiu para suprir as lacunas deixadas pelas tradicionais ações constitucionais, como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória, criando, assim, uma nova ação dentro do controle concentrado, que deu ao Supremo a possibilidade de controle sobre todos os atos do Poder Público, mesmo os pretéritos à Carta Política, como já afirmado.

Outra inovação refere-se ao fato de esta ação poder questionar qualquer ato do Poder Público, mesmo aqueles não normativos, frente à Constituição Federal, o que leva ao raciocínio de que tal instrumento processual serve mais como um instrumento de defesa da Constituição do que para a defesa dos direitos fundamentais em si, dando sinais claros da predominância cada vez mais patente do controle concentrado sobre o controle difuso de constitucionalidade.[64]

Outrossim, ressaltou-se que a ampliação do controle concentrado por meio da criação da argüição deu-se ao fato de o Supremo Tribunal Federal poder apreciar qualquer ato do Poder Público, mesmo aqueles não normativos, frente à Constituição Federal.

Assim, ao permitir o controle de constitucionalidade de qualquer ato do Poder Público frente à Constituição Federal, e ainda pela via concentrada cujas decisões possuem efeitos vinculantes (no caso da ADPF, o artigo 10º, § 3º, da Lei nº 9.882/99 deixou bem claro tal efeito, ao afirmar que "a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público", o legislador permitiu o controle, ressalte-se novamente,

[64] Prova clara desta predominância pode ser encontrada no projeto que originou a Lei nº 9.882/99, onde, no art. 2, II, constava como legitimado qualquer pessoa lesada ou ameaçada pelo Poder Público. Referido dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, mas o parágrafo primeiro deste artigo ainda deixa a possibilidade de qualquer indivíduo interessado solicitar a propositura da ação ao Procurador – Geral da República.

concentrado, de qualquer matéria que o Supremo Tribunal Federal considere relevante, sendo a argüição de fato um mecanismo de defesa da Constituição Federal.

Com efeito, o legislador tem dado sinais claros da predominância cada vez mais patente do controle concentrado sobre o controle difuso de constitucionalidade, conferindo cada vez mais poderes ao Supremo Tribunal Federal como última palavra em matéria de controle da constitucionalidade.

Embora possua caráter subsidiário, esta ação conferiu ao Supremo Tribunal Federal a capacidade de analisar a constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público, normativo ou não, presente na Constituição Federal de 1988 ou pretérito a ela, demonstrando claramente o intuito do legislador de transformar o Excelso Pretório no guardião de fato da Constituição Federal, transformando o mesmo em um pseudo Tribunal Constitucional, uma vez que ainda há competências recursais e originárias conferidas ao Supremo, conforme será tratado mais adiante.

3.3. A Emenda Constitucional nº 45/04

E o constituinte derivado continuou o caminho rumo ao predomínio do controle concentrado e constitucionalidade com a Emenda Constitucional nº 45, que alterou significativamente o texto constitucional, conforme se passa a tratar.

Referida Emenda tratou de alargar o rol de legitimados da ação declaratória de constitucionalidade, modificando o artigo 103, *caput*, da Constituição Federal, elencando para esta ação os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade.

Diante da análise realizada acerca do controle de constitucionalidade no Brasil, verifica-se claramente que, desde 1965, com a instituição da ação direta de inconstitucionalidade, o controle concentrado em um único órgão, o qual produz efeitos decisões com efeitos vinculantes, foi sendo introduzido paulatinamente no ordenamento jurídico pátrio, ganhando cada vez mais força.

Isso porque de fato a atribuição de efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal gera, pelo menos por parte do Poder Judiciário e da Administração Pública, a obrigação de respeito à decisão do Excelso Pretório.

Ademais, se cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal, e constituindo as suas decisões, senão a única palavra, a última em matéria constitucional, nada mais adequado do que conferir às suas decisões efeitos vinculantes.[65]

Contudo, embora o Poder Constituinte originário tenha demonstrado claramente em 1988 a sua intenção de tornar o Supremo Tribunal Federal numa Corte Constitucional, na medida em que criou o Superior Tribunal de Justiça e instituiu o recurso especial, a verdade é que não se pode falar numa Corte Constitucional, nos moldes existentes em alguns países da Europa, do que trataremos posteriormente em tópico específico.

3.4. Último passo: o alcance pelo povo ao controle concentrado de constitucionalidade – uma proposta de ação popular direta de inconstitucionalidade

Como já ressaltado quando da análise da Constituição de 1824, lá, em seu artigo 174, XXX, havia a previsão, ou melhor, a permissão, para qualquer indivíduo apresentar queixas ou petições ao Poder público, avisando de eventual infração à Constituição.

Portanto, embora fosse muito diferente do que hoje se vislumbra, não se pode afirmar que a legitimidade popular para o controle concentrado de constitucionalidade nunca existiu no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora retirado há muito tempo do sistema, verifica-se, diante de todo o exposto até o presente momento, que o legislador tem dado sinais claros da predominância cada vez mais patente do controle concentrado sobre o controle difuso de constitucionalidade, conferindo cada vez mais poderes ao Supremo Tribunal Federal como última palavra em matéria de controle da constitucionalidade.

Tal tendência possui dois aspectos de grande importância para o presente estudo: a) O Supremo Tribunal Federal tem se firmado cada vez mais como o guardião da Constituição; e b)

---

[65] É corrente os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal ressaltarem o seu papel precípuo de guarda da Constituição Federal: *"EMENTA: Embargos de declaração: inexistência da contradição entre a invocação, pelo acórdão embargado, do "princípio da efetividade máxima da Constituição" e a suspensão cautelar de emenda constitucional estadual, que aparentemente o contraria: a ação direta de inconstitucionalidade é o instrumento primordial do cumprimento pelo Supremo Tribunal de sua função precípua de guarda da Constituição da República contra quaisquer atos normativos que a afrontem, incluídas as normas constitucionais dos Estados-membros, que nela encontram a fonte e o limite de sua validade. (ADI 2526 – MC – ED/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julg. 10/10/2002, Publ. 14/11/2002, pp. 00014, Ement. Vol. 02091 – 01, pp.00161)*

Nesse sentido: Inq. 1915 – RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julg. 05/08/2004, Publ. 28/10/2004, pp. 00037. Ement. Vol. 02170 – 01, pp. 00078; RE 389.302, AgR – SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Jul. 18/10/2005, Publ. DJ 11/11/2005.

a tendência no sentido de aumentar o controle concentrado de constitucionalidade é tamanha que possivelmente no futuro qualquer cidadão poderá, ele mesmo, ter acesso direto ao controle concentrado de constitucionalidade, o que quase ocorreu.

De fato, isso quase ocorreu quando da promulgação da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, uma vez que o projeto desta lei permitia, em seu artigo 2º, II, que o cidadão comum ajuizasse a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sendo referido dispositivo vetado pelo Presidente da República.[66]

Mesmo vetado este inciso, a referida lei ainda deixou uma hipótese, mesmo que remota, à propositura da referida ação pelo cidadão, desde que mediante representação do Procurador – Geral da República (art. 2º, § 1º).

E, caso o Procurador – Geral da República indefira o pedido do indivíduo, o mesmo poderá oferecer representação ao Supremo Tribunal Federal, que julgará conforme seu Regimento Interno.[67]

Pretende-se afirmar com isso que o controle concentrado de constitucionalidade tem ganhado tanta importância e que não demorará muito e ele será de alcance de todos, revelando-se verdadeira a legitimidade do Tribunal Maior.

De fato, verifica-se que o conceito de legitimidade refere-se à aceitação popular. Assim, as normas constitucionais serão legítimas quando estiverem conforme o sentido de justiça, de acordo com os preceitos éticos de comportamento de uma determinada sociedade.[68]

---

66 Afirma Alexandre de Moraes que "o Presidente da República vetou o inciso II, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882, que permitia a propositura ampla da argüição de descumprimento de preceito fundamental, por qualquer prejudicado, nos termos do recurso de amparo previsto no ordenamento jurídico espanhol e argentino". Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 2498.

67 A necessidade de permitir ao cidadão comum o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade é tamanha que insta destacar trecho do relatório da comissão que elaborou o Projeto de Lei instituindo a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Nele, afirma a comissão que *"a defesa dos direitos individuais, aspecto essencial da argüição de descumprimento de preceito fundamental, é viabilizada pela ampla legitimação ativa estabelecida no anteprojeto (art. 2º). Sem dúvida, a par dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, permite-se a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, oferecer representação ao Procurador – Geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá quanto ao cabimento do seu ingresso em juízo. Justifica-se a atribuição conferida ao Procurador – Geral da República tendo em vista sua posição na ordem constitucional pátria, onde o órgão máximo do Ministério Público constitui verdadeiro advogado. É facultado ao indivíduo, face ao eventual indeferimento do pedido pelo Procurador – Geral da República, oferecer representação ao Supremo Tribunal Federal, que a julgará na forma estabelecida em seu Regimento Interno (art. 2º, §2º)".* CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro,* p. 451.

68 José Afonso da Silva sabiamente afirmou sobre a legitimidade que "(...) Nos Estados Democráticos, o Poder Constituinte pertence ao povo. Aliás, sempre pertence ao povo; e, se uma Constituição vem de outra fonte, é que ocorreu usurpação. Só o povo é legítimo para determinar, por si ou por seus representantes, o

Não é despiciendo afirmar que, se das normas infraconstitucionais cobra-se a sua adequação à Constituição Federal e dos demais comandos normativos cobra-se a sua legalidade, da Constituição, pelo patamar e importância que ocupa, é cobrada a sua legitimidade, que reside no fato de ser a Carta Política aceita pelo seu maior titular – o povo.

Destarte, e voltando ao papel do Supremo no atual modelo processual constitucional brasileiro, verifica-se a legitimidade do Pretório Excelso a partir do momento em que é o Supremo Tribunal Federal o órgão incumbido de atuar em defesa da Constituição.

Assim, nada mais conforme a um Estado Democrático que os indivíduos tenham acesso ao Tribunal Maior, quando um direito seu for mitigado tendo em vista alguma inconstitucionalidade.[69]

Ademais, se o artigo 5º da Constituição Federal consagra, em seu inciso XXXIV, que "São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder", porque então não poderia o indivíduo peticionar ao Pretório Excelso, ou mesmo ajuizar ação direta de inconstitucionalidade sempre que um direito seu for mitigado, ou correr qualquer espécie de risco, em decorrência de alguma inconstitucionalidade?[70]

Tal medida estaria em absoluta conformidade com o Estado democrático e com a teoria dos direitos fundamentais.

Obviamente, não se pode olvidar que tal medida, sem nenhuma restrição, afogaria por demais o Supremo Tribunal Federal que, por causa principalmente de sua competência recursal, encontra-se em situação assaz complicada.

---

estabelecimento de uma Constituição, ou para reformá-la, nos limites por ela mesma estatuídos". (Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 58).

69 Na opinião de Gustavo Binembojm, "cabe à Corte Constitucional facilitar a representação das minorias, sustando leis que exibam caráter discriminatório, e como tal, representem risco para a higidez do sistema representativo. Nestes caos, a maioria política não merece confiança, pois seus interesses podem colocar em xeque a própria democracia (...)". A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização, p.105.

70 Com a clareza que lhe é peculiar, dissertou André Ramos Tavares sobre o tema, afirmando que "existe ainda mais uma categoria que entra na legitimação do Tribunal Constitucional. É que em se assegurando o acesso do cidadão, por exemplo, em casos que envolvam direitos fundamentais, assegura-se maior democraticidade do instituto do controle da constitucionalidade e, por conseqüência, adquire o Tribunal uma maior legitimidade sob essa perspectiva, especialmente aos olhos do cidadão comum. Não que se pretenda transmudar as ações de controle da constitucionalidade em ações de caráter popular, o que certamente redundaria num desastre sem proporções para qualquer Tribunal Constitucional. Mas tem de haver a possibilidade de que os cidadãos sejam autorizados a defender ao menos seus interesses fundamentais constitucionalmente protegidos. Não se nega, contudo, que o sistema difuso de controle propicia, em boa parte, a solução para esse desiderato". Tribunal e jurisdição constitucional, p. 87/88.

Contudo, para que a legitimidade popular no controle concentrado de constitucionalidade tenha assento, necessário criar um dispositivo que permite primeiramente julgar a admissibilidade das ações, como ocorre, nos moldes atuais, com o recurso extraordinário.

De fato, a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 102 da Constituição Federal com a seguinte redação:

> Art. 102, § 3º: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Este dispositivo surgiu dado o afogamento de processo em que se encontra atualmente Poder Judiciário e, mais precisamente, o Supremo Tribunal Federal. Se tal dispositivo existe em sede de recurso extraordinário, porque não criar algo parecido para a ação popular direta de constitucionalidade?

Além desta argüição de relevância, também teria que demonstrar o indivíduo a pertinência temática, ou seja, o prejuízo obtido em decorrência de uma inconstitucionalidade.

Da mesma forma, poderia ajuizar ação declaratória de constitucionalidade, sempre que um juiz de primeira instância ou um tribunal tivesse declarado a inconstitucionalidade de uma lei e, assim, não havendo nenhuma decisão do Pretório Excelso acerca do tema, ajuizar ação, demonstrando a pertinência temática e requerendo a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo.

É chegado o momento do indivíduo comum participar do controle concentrado de constitucionalidade, constituindo no último capítulo da escalada de concentrarão que desde 1934 tem se desenvolvido no Brasil.

4. Supremo Tribunal Federal: uma Corte Constitucional?

4.1. O que difere o STF de uma Corte constitucional nos moldes europeus

4.1.1. Competência em razão da matéria e crítica ao Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário

Dentro do modelo europeu de controle concentrado de constitucionalidade, as Cortes Constitucionais, ou os Tribunais Constitucionais, constituem-se em intérpretes máximos da Constituição, e suas competências, embora não se resumam somente nesta tarefa, possuem no controle de constitucionalidade a sua principal função.

No direito brasileiro, por mais que o controle concentrado de constitucionalidade venha se desenvolvendo e se tornando o principal meio de se questionar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em face da Constituição Federal, é bem verdade que o nosso Tribunal Maior não possui somente a tarefa de interpretar a Constituição Federal.

É bem dizer que o Supremo Tribunal Federal possui atribuições outras que não o dizer último da Constituição, seja no controle difuso ou coletivo.

Assim, e de acordo com o artigo 102 da Constituição Federal, além de ser o órgão competente para as ações constitucionais, o Supremo Tribunal Federal possui outras competências originárias, como, por exemplo, o julgamento do Presidente da República, do Vice – Presidente, dos membros do Congresso Nacional, entre outros, conforme o artigo 102, *b*, *c* e *d* da Carta Política, bem como a validação de sentença estrangeira, a reclamação, ou até mesmo para as execuções de sentenças por ele proferidas e ações cujos membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados.

Ademais, além de competências "não constitucionais" originárias, por assim dizer, possui também o Supremo competências recursais, como o habeas corpus, mandado de segurança, o habeas data e os processos que contenham como matérias os crimes políticos, bem como o recurso extraordinário, sendo este último decorrente do controle difuso de constitucionalidade, conforma analisado anteriormente.

Verifica-se que, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal possui como competência originária a função de guardião da Constituição. Nesse ponto, o Tribunal Maior brasileiro realmente exerce a função de Corte Constitucional.

Contudo, não é somente essa a função do Supremo, e são justamente as suas outras atribuições que o distanciam das Cortes Constitucionais. De fato, não pode o Supremo Tribunal Federal ser a última instância do Poder Judiciário brasileiro, bem como não pode possuir competências originárias que o obrigue a interpretar casos que não obrigatoriamente possuem em seu bojo a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Para se tornar o Guardião efetivo da Constituição, o Supremo deveria possuir apenas competências relacionadas à Constituição Federal, ou melhor, relacionadas à interpretação das leis e demais atos (normativos ou não), em face da Constituição.[71]

Mais do que essas competências puramente constitucionais tornam o Supremo Tribunal Federal não em uma Corte Constitucional, mas justamente o que é atualmente: uma Corte Suprema.[72]

Corte Suprema por estar no topo do Poder Judiciário, por ser a última instância. Mas não uma Corte Constitucional, uma vez que suas competências em razão da matéria extrapolam – e muito – as verdadeiras atribuições de uma Corte Constitucional.[73]

Se a Constituição Federal atribui a um Tribunal específico a sua guarda, então a este tribunal, deveria competir unicamente a guarda da Carta Magna da sociedade.

Também não concordamos com o fato de o Supremo Tribunal Federal pertencer ao Poder Judiciário. Obviamente uma decisão de inconstitucionalidade que torne nula uma lei está atuando contra um ato do Poder Legislativo. Não que a função de julgar o caso concreto não seja a função típica do Poder Judiciário, mas julgar a lei, em tese, como faz o Supremo Tribunal Federal, não deveria ser tarefa de um órgão pertencente ao Poder Judiciário.

---

71 Na opinião de Alexandre de Moraes, "a transformação do STF exclusivamente em um Tribunal Constitucional deve acarretar uma concentração de sua competência nos assuntos relacionados à guarda da Constituição, competindo-lhe as tradicionais matérias do controle de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos; proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais; controle da Federação, garantia do regime democrático, do Estado de Direito e preservação da separação dos Poderes". Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

72 Não é essa, contudo, a opinião de Michel Temer, para quem "essa competência é privativa do STF, verdadeira Corte Constitucional, dado que o artigo 102, I, estabelece competir-lhe processar e julgar originariamente tais representações. Tanto em face da atividade dos órgãos do poder, geradora de atos normativos tidos por inconstitucionais, como também pela inatividade dos mesmos órgãos, geradora da inefetividade da norma constitucional. (...) O STF foi erigido à condição de guardião supremo da Constituição, seja na via de ação, seja na de exceção". Elementos de direito constitucional, p. 45 a 47. No mesmo sentido, NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, p. 29 e ss.

73 Acerca do assunto tratado, Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza bem afirmou que "sem embargo do aprimoramento já verificado, muito mais poderia ser feito para que o Supremo Tribunal Federal pudesse se transformar em verdadeira Corte Constitucional, para cuidar de sua "competência fundamental, substancial, essencial, precípua", que é a jurisdição constitucional, e, principalmente, o controle de constitucionalidade, na órbita federal". Direito constitucional comparado, p.355.

De fato, a função típica do Poder Judiciário é julgar, com base no caso concreto, sob pena de ferir a inércia desse Poder. Conclusão a que se chega é que o Poder Judiciário atua, salvo algumas exceções (como na jurisdição voluntária), para dirimir uma lide, agindo como pacificador social e guardião da lei, vez que julga conforme à lei.

E no controle concentrado de constitucionalidade não há lide, não há uma pretensão resistida. De fato, não se argúi a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo tendo como parte oposta o Poder Legislativo, que a elaborou, por exemplo.

O que se busca no controle concentrado de constitucionalidade, como já se afirmou em momento oportuno, é a pacificação do ordenamento jurídico, ou melhor, a retirada do sistema de alguma norma, ou de algum ato, que seja contrário à Constituição Federal, como obediência a todos os princípios decorrentes do Estado de direito.

Não se poderia então atribuir a um órgão do Poder Judiciário o julgamento da lei em tese, por mais que esse órgão tenha sido provocado.

De fato, a atribuição de nosso Tribunal Maior como membro do Poder Judiciário advém da influência norte-americana introduzida por Ruy Barbosa na Constituição republicana de 1891, conforme já analisado anteriormente.

Contudo, nos Estados Unidos o único controle de constitucionalidade existente é o difuso, aquele existente sobre o caso concreto. E, em se tratando de casos concretos, obviamente cabe ao Poder Judiciário cuidar da questão, seja ela tratando de controle de constitucionalidade ou não, daí porque lá o controle da constitucionalidade sempre se deu pelo Poder Judiciário.[74]

Com a criação de uma Corte Constitucional, não pertencente a nenhum dos três poderes, poder-se-ia inclusive questionar – e analisar a constitucionalidade de uma sentença, ou fazer uma consulta prévia à Corte, para se analisar a constitucionalidade de algum ato normativo ainda em criação, sem haver a possibilidade de ferir nenhum dos três poderes,

[74] Compartilha do mesmo entendimento Nelson Nery Junior, afirmando que "como órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal só teria legitimidade para interpretar a Constituição em casos concretos que lhe chegassem pelas vias normais de competência originária e recursal, a exemplo do que ocorre no sistema norte-americano, do qual o brasileiro foi cópia fiel, como demonstra a organização do sistema de poder na CF republicana de 1891. Decidir, em abstrato, dizendo a última palavra sobre a constitucionalidade ou não de atos típicos dos outros dois poderes, Executivo e Legislativo, é irregularidade que salta aos olhos. Portanto, as ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade são institutos absolutamente irregulares dentro do ordenamento constitucional brasileiro. São importações incorretas do direito estrangeiro, que não servem, com correção, ao modelo constitucional brasileiro". Princípios do processo civil na Constituição Federal, p. 33.

garantindo aos mesmos a independência e harmonia, assim como preconizado no artigo segundo da Constituição Federal de 1988.

4.1.2. Composição do Tribunal e escolha dos Ministros

De fato, uma Corte constitucional deve ser apartidária, não deve possuir influência de qualquer Poder, ou, se possuir, que pelo menos seja de todos os três Poderes em conjunto, respeito a sua harmonia e sua independência.

Conforme será tratado quando da análise de algumas Corte Constitucionais européias, a composição de um Tribunal Constitucional deve possuir membros indicados pelos três Poderes, em igualdade numérica.

Não concordamos que uma Corte Constitucional deva possuir influências externas, mas também defender esse raciocínio figura-nos quase como uma utopia.

Isso porque todas as decisões, das mais importantes ao futuro de uma nação às de menor importância, todas elas possuem influências, seja política, cultural, filosófica, dependendo da formação da pessoa incumbida de decidir.

De fato, não há que se negar que, seja um Tribunal ou uma Corte Constitucional, as suas decisões possuirão repercussão direta no cotidiano do país, inicialmente, por serem decisões em primeira e última instância (no caso da Corte Constitucional) ou de última instância (no caso do Tribunal Constitucional).

Assim, verifica-se que a escolha dos membros da Corte Constitucional deve ser tomada com toda a cautela, e não pode de maneira nenhuma ser realizada por apenas um órgão, ou um Poder, sob pena de influenciar diretamente as decisões a serem tomadas pelos membros da Corte.

Desta forma, não pode o Supremo Tribunal Federal ser considerado uma Corte Constitucional, uma vez que, nos moldes atuais, e de acordo com o artigo 101, parágrafo único, seus membros são escolhidos tão somente pelo Presidente da República, com a sabatina do Senado Federal, pela maioria dos votos.

É certo que muitos defenderão a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que os mesmos somente tomarão posse se o Senado aprovar.

Contudo, em que pese tal argumento, a verdade é que não temos referência na história republicana do país de um Ministro ter sido nomeado pelo Presidente da República e sua nomeação ter sido vetada pelo Senado Federal, demonstrando novamente que quem nomeia é o Presidente da República – e tão somente ele, segundo as suas próprias convicções.

É dizer que a sabatina do Senado Federal, mesmo que por maioria absoluta dos seus membros, sempre constituiu um mero ato de chancela, ou homologação.

Diante dessa situação, indaga-se: se o Supremo Tribunal Federal é um órgão do Poder Judiciário, porque então o próprio Poder Judiciário não pode indicar nenhum Ministro para o Tribunal Maior?

Ademais, se o Supremo Tribunal Federal também possui, como já foi observado, as funções de uma Corte Constitucional, porque então o Poder Legislativo não pode nomear nenhum Ministro, como ocorre com todos os órgãos que exercem o controle concentrado de constitucionalidade na Europa?

Percebe-se desde logo que o sistema é falho, possuindo algumas incorreções, levando-nos a crer que, embora o estudo do acerca do controle de constitucionalidade no Brasil seja fascinante, uma vez que aqui foram acolhidos os dois sistemas (difuso e concentrado), modificações devem ser introduzidas, de forma a proporcionar maior eficácia e legitimidade ao sistema.

4.1.3. Mandato dos Ministros do STF

Outra crítica que se faz corresponde ao mandato dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o qual, nos moldes atuais, é vitalício.

É certo que por um lado, a garantia da vitaliciedade do mandato dos membros do Supremo Tribunal Federal almeja garantir maior segurança jurídica nas decisões uma vez que, a partir do momento em que um Ministro somente se aposentará compulsoriamente, vislumbra-se que seus posicionamentos não mudarão com o tempo.

Outrossim, há quem diga que não há nenhuma correlação política entre o Ministro e quem o indicou para o cargo, uma vez que, se não há mandato, e conseqüentemente, se não

há reeleição, então não teria o Membro do Supremo Tribunal Federal que agradar a nenhuma parte, julgando exclusivamente de acordo com a Constituição Federal.[75]

Contudo, em que pese tais argumentos, é certo que, em um país caracterizado pelo regime democrático e pelo presidencialismo, que possuem em comum a possibilidade de alternância de diferentes pessoas no poder, como então conceber um mandato vitalício aos membros do Supremo Tribunal Federal?

Obviamente muitos irão afirmar que não pode o Poder Judiciário ter o mesmo tratamento dos outros poderes, uma vez que os membros dos outros poderes são eleitos pelo povo por meio do sufrágio, enquanto os membros do Poder Judiciário são, em sua grande maioria, concursados, devendo-se respeitar todos os princípios inerentes ao exercício de cargo ou função pública.

De fato, por mais que o Brasil seja um país democrático, os membros do Poder Judiciário possuem funções específicas, técnicas, que não poderiam ser avaliados pelo povo, no sentido de se propor eleições para o cargo de juiz.

Nesse sentido, a legitimidade dos membros do Supremo Tribunal Federal encontra respaldo no fato de que a pessoa que os indica ao cargo é eleita pelo povo e possue, ao menos em tese, a confiança de um povo que o elegeu.

Contudo, não se pretende criticar a vitaliciedade dos membros do Poder Judiciário, mas tão somente a vitaliciedade dos membros do Supremo Tribunal Federal. Não se pode negar que há uma margem muito grande de discricionariedade conferida ao Presidente da República para nomear os Ministros do Pretório Excelso.

Isso porque os critérios objetivos para a escolha são somente dois: o objetivo (idade: maior de trinta e cinco anos e menor de 65 anos) e subjetivo (notável saber jurídico e reputação ilibada).

Desde já se indaga: como poderia um Presidente da República não graduado em direito e sem nenhuma formação jurídica ter condições de analisar o que seria um “notável saber jurídico”?

[75] Nesse sentido, Alexandre de Moraes bem aponta que “o fato de os magistrados serem vitalícios permite-lhes certa liberdade de preocupações cerca da aprovação pública e política, permitindo uma atuação mais técnica e imparcial”. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais, p.217.

Muito responderão que a assessoria jurídica do Palácio do Planalto faria a devida seleção, baseada em obras publicadas, renome, etc., etc. Mas então seria correto deixar a escolha de um Ministro da instância máxima do Poder Judiciário ao encargo de assessores do Presidente?

Resta claro que a indicação tão somente pelo Presidente da República torna o Ministro do Supremo praticamente um cargo em comissão, adicionando-se ainda o fato de que esse cargo é vitalício.

Ademais, o critério para a escolha do Ministro do STF é tão subjetivo que não se pode imaginar tal escolha como não sendo uma escolha política. Deve-se fixar limites, conceituar o que seria a expressão "notório saber jurídico" e, no mínimo, fiscalizar com mais acuidade a nomeação, sob pena de se possuir membros politicamente vinculados a quem os nomeou.

E, ao contrário dos que sustentam a vitaliciedade como forma de obter segurança jurídica nas decisões do Pretório Excelso, é sempre importante relembrar que a sociedade passa por diversas transformações com o tempo e que o direito precisar acompanhar essas modificações.

Destarte, assim como a Constituição deve acompanhar as alterações ocorridas no bojo da sociedade, isso também deve ocorrer quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual se defende que o tema da vitaliciedade deve ser revisto, como forma de se buscar a rotatividade do Tribunal.

4.2. Modelo de Cortes Constitucionais no direito comparado com relação à indicação dos seus membros, tempo de mandato e matérias de sua competência

Antes de partir para a análise de alguns modelos de Tribunais ou Cortes Constitucionais européias, insta consignar que não é objeto do presente trabalho analisar os pormenores dos procedimentos internos desses órgãos constitucionais, mas tão somente analisá-los comparativamente com o Supremo Tribunal Federal, para então se propor algumas medidas que, em nosso entender, seriam de grande utilidade para garantir não somente uma maior eficácia de suas decisões, mas também conferir às decisões do Supremo Tribunal Federal maior legitimidade.

Desta forma, e seguindo com a análise às críticas realizadas no capítulo anterior, é chegado momento de verificar como se dá o controle de constitucionalidade em alguns órgãos

que, ao longo do tempo, revelaram-se verdadeiros expoentes do estudo do controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, passemos à análise de alguns modelos de Tribunais ou Cortes Constitucionais européias, destacando as principais diferenças das mesmas para com o Supremo Tribunal Federal.

4.2.1. O Tribunal Constitucional Federal alemão

O Tribunal Constitucional alemão foi criado após os horrores cometidos pelos nazistas durante a Segunda Grande Guerra, que, diga-se, foi uma clara demonstração de que o Estado alemão não era capaz de proteger as garantias individuais, e mais amplamente, os direitos fundamentais dos indivíduos.[76]

Assim, criou-se o Tribunal Constitucional Alemão em 1951, que até a presente data possui a mesma composição, formados por dezesseis membros, divididos em duas Câmaras com oito membros cada.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, os membros do Tribunal Constitucional Alemão são indicados por membros do Poder Legislativo, sendo metade indicados pela Câmara dos Deputados e metade indicados pelo Senado Federal.

Ainda, verifica-se a imposição de que pelo menos seis dos dezesseis sejam Juízes Federais, ou seja, já pertencerem ao Poder Judiciário – nada mais apropriado, uma vez que o Tribunal Constitucional Federal Alemão faz parte do Poder Judiciário conforme preceitua o Título IX (“O Poder Judiciário”) da Constituição Alemã de 1949, embora seja certo que seus membros possuam profundas diferenças em relação aos membros da magistratura comum alemã.[77]

---

[76] Nesse sentido, afirma Alexandre de Moraes que “as nefastas experiências nazistas, em parte decorrentes da inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, e da inexistência de mecanismos impeditivos da criação de uma ditadura da maioria em um regime totalitário, demonstraram a necessidade da adoção do judicial review pela Lei Fundamental alemã de 1949”. Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais, p.153.

[77] Acrescenta Gilmar Ferreira Mendes que “Enquanto os juízes eleitos pelo Bundesrat (Conselho Federal), consoante o §7, da Lei do Bundesverfassungsgericht, são escolhidos mediante eleição direta, na qual os votos de cada Estado devem ser dados de forma unitária, prevê §6 (1), da referida lei, que, para os juízes escolhidos pelo Parlamento Federal, há que se fazer uma eleição indireta por colégio composto de doze parlamentares e formado segundo as regras da eleição proporcional. Os integrantes desse colégio são eleitos por uma legislatura e não podem ser destituídos. A exigência de que as decisões sejam tomadas por maioria qualificada de 2/3 (até 1956, ¾ dos seus membros) torna imperioso um consenso dos dois grandes partidos”. Jurisdição constitucional, p. 5.

O restante dos membros deve possuir os diplomas exigidos para o desenvolvimento da função, ou seja, devem ser advogados ou grandes personalidades acadêmicas, não necessitando, portanto, que a formação do Tribunal seja inteiramente de pessoas ligadas diretamente ao direito.

O mandato é de doze anos e o limite mínimo de idade é de quarenta anos, máximo de sessenta e oito anos completos. Destaca-se que o mandato dos membros do tribunal não é renovável, não podendo, portanto, os mesmos voltarem a assumir tal cargo (medida extremamente positiva, conforme os apontamentos contidos no item 4.1.3 do presente estudo).

Como o próprio nome afirma, consiste o Tribunal Maior alemão em um Tribunal Constitucional e Federal, condensados em uma única estrutura, possuindo, assim, competências em matérias eleitorais, de conflitos entre a União e os Estados, ou entre os Estados, vela pelo controle da qualidade e do sentido das normas, bem como apreciar o recurso constitucional, entre outras competências.

Dentro desta última competência, que é umas das principais – senão a principal – competência do Tribunal Constitucional Federal alemão, é imperioso destacar que, através do recurso constitucional, qualquer pessoa pode questionar a constitucionalidade de uma lei ou de uma sentença judicial que lhe tenha ferido algum direito fundamental. É, portanto, mecanismo de proteção individual.[78]

Trata-se, portanto, de controle concentrado de constitucionalidade aberto ao indivíduo, uma vez que a apreciação é feita somente pelo órgão encarregado constitucionalmente de apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos, cujos efeitos vinculam o órgão do qual emanou a ofensa ao direito fundamental reclamado.[79]

Contudo, revela-se necessário que, para que se possa interpor recurso constitucional, é necessário apontar que todas as outras vias existentes para contestar a lei ou o ato normativo

[78] Nota-se, desde já, uma grande semelhança do recurso constitucional alemão com o recurso de amparo espanhol e, porque não afirmar, com a argüição de descumprimento de preceito fundamental brasileira, não fosse o fato de que aqui tal ação não é passível de ser ajuizada por qualquer indivíduo, como já analisado.

[79] Novamente com a lucidez que lhe é peculiar, Alexandre de Moraes disserta que "Assim, a principal competência do Tribunal Constitucional Federal corresponde ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), previsto no art. 93, item 1.4.a da Lei Fundamental. No exercício dessa competência, o Tribunal Constitucional converte-se em um Tribunal Cidadão, já que o acesso é garantido a todos, gratuita e independentemente de advogados, desde que o poder público tenha prejudicado os direitos fundamentais do cidadão ou os denominados direitos assemelhados aos fundamentais, previstos no arts. 20, item 4; 33; 38; 101; 103 e 104" Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais, p.162.

tenham sido esgotadas. Em outras palavras, é dizer que o indivíduo deverá demonstrar que não pôde de outra maneira afastar a violação de um direito fundamental seu, sendo a maioria desses recursos interpostos em face de decisões judiciais.

Para a interposição do referido recurso constitucional, não é necessário a atuação de um advogado, o que vem prejudicando sobremaneira a obtenção de sentenças favoráveis pelo Tribunal Constitucional.[80]

Ademais, se porventura um juiz reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, deverá obrigatoriamente enviar à apreciação da Corte referida inconstitucionalidade, que, se a considerar a lei ou o ato impugnado inconstitucional, deverá anulá-lo, revelando-se o acentuado grau de concentração em que se encontra o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico alemão.

Por sua vez, o controle abstrato de constitucionalidade das leis na Alemanha pode ser preventivo ou repressivo.

Será preventivo quando apresentado pelos governadores dos Estados ou por um terço da Câmara dos Deputados, questionando a constitucionalidade da lei antes de sua publicação. Há, igualmente, mais duas hipóteses: i) quando há conflito entre órgãos constitucionais acerca da aprovação ou não de uma lei (caso do veto presidencial a uma lei), quando o Tribunal Constitucional primeiro apreciará a constitucionalidade da lei para após decidir se a mesma procede; e ii) quando a entrada em vigor de uma lei for postergada por despacho do Tribunal Constitucional, que primeiro apreciará a sua constitucionalidade.[81]

Já o controle repressivo, ou *a posteriori*, ocorrido após a entrada em vigor de uma lei, pode ser proposta pelo Governo Federal, Governo de um Estado ou por um terço dos membros da Câmara dos Deputados, na via de ação concentrada e, portanto, ajuizada diretamente no Tribunal Constitucional, e, pela via difusa, por meio de remessa dos Tribunais (estes mais raros) e por meio de recurso constitucional do qual já tratamos.

Contudo, insta consignar que, mesmo o controle pela via difusa será decidido somente pelo Tribunal Constitucional, uma vez que, quando se tratar de questão constitucional

---

80 Nesse sentido, aponta Oscar Vilhena Vieira que "este recurso, no entanto, tem tido êxito muito reduzido, apenas 1,3 em cada 100 casos chegam a bom resultado para o recorrente. Grande parte da responsabilidade por este fraco desempenho do recurso constitucional tem sido depositada no fato de não haver necessidade de advogado no patrocínio do recurso. Por esta razão, em muitos casos não estão presentes os fundamentos jurídicos à impetração". Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política, p.94.

81 FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais, p.67.

levantada em um processo, o juiz suspenderá a ação e levará a questão ao Tribunal Constitucional para que decida acerca da questão.[82]

Ou seja: nenhum juiz ou Tribunal inferior pode, segunda a Lei alemã, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, motivo pelo qual é possível afirmar que, embora haja um controle difuso mitigado, o sistema alemão é de controle concentrado de constitucionalidade.

4.2.2. O Conselho constitucional francês

O modelo francês de controle de constitucionalidade foi o escolhido para análise no presente estudo por possuir características únicas, dotadas de originalidade, que o distingue de outros sistemas de controle.

No dizer de Louis Favoreu:

> Esse sistema, que é um dos elementos mais originais e mais imponentes da sua organização política e constitucional, é também um dos mais preciados pela opinião pública, como revelou, uma sondagem feita por ocasião do vigésimo quinto aniversário da Constituição, em setembro de 1983.[83]

Via de regra, o Conselho constitucional francês é composto por nove membros. Utilizamos a expressão "via de regra", uma vez que, além dos membros normais do Conselho, há a possibilidade de compor o Conselho os ex – Presidentes da França, apesar de que desde 1962 só há membros nomeados.

A nomeação dos membros do Conselho constitucional francês se dá da seguinte forma: três pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado, três pelo Presidente da Assembléia Nacional (correspondente à Câmara dos Deputados).

Portanto, verifica-se desde já que a formação do Conselho Constitucional francês é composta por membros indicados pelos três Poderes, de maneira igualitária.

---

82 No dizer de Oscar Vilhena Vieira, "no que se refere ao controle concreto de normas, todo juiz tem competência para criar um incidente de inconstitucionalidade, submetendo o julgamento do caso concreto à decisão sobre a inconstitucionalidade da norma que deve governar o caso, independente de uma demanda neste sentido por qualquer uma das partes, o que, no entanto, pode ocorrer. Se houver nos tribunais ou juízos inferiores discussão a respeito da constitucionalidade de uma norma aplicável a um caso concreto, diferentemente do que ocorre no sistema de controle difuso da constitucionalidade, o juiz não poderá decidir sobre a constitucionalidade ou não daquela norma. O julgamento deverá ser suspenso, a questão constitucional – e apenas esta – deverá ser remetida ao Tribunal Constitucional que, decidindo-a, retornará o incidente ao tribunal ou juízo inferior, para que possa então, com base nessa decisão, julgar o caso". Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política, p. 93.

83 As Cortes constitucionais, p. 93.

Assim, o sistema revela-se diferente do que ocorre no Brasil, garantindo-se, na França, não somente uma maior legitimidade dos membros do Conselho, como também revelando uma organização com muito mais chances de ser apartidária, vez que não é somente uma pessoa que nomeia os seus membros, mas os três Poderes, em igualdade de proporção.

Ainda, importa destacar que o mandato é de nove anos, não renovável, e a renovação se dá de um terço dos membros do Conselho, de três em três anos.

Com isso, verifica-se que a composição do Conselho Constitucional francês está sempre mudando, configurando verdadeira alternância de poder no controle de constitucionalidade, o que leva o Conselho a uma atualização mais rápida das modificações ocorridas no seio da sociedade.

De fato, é bastante produtivo o sistema francês, uma vez que não há, como no Brasil, um engessamento do sistema, acarretando em um conservadorismo exagerado por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nomeados única e exclusivamente pelo Presidente da República, com mandato vitalício.

Necessário, contudo, apontar que o Presidente possui discreta vantagem na escolha dos membros, uma vez que ele escolhe quem será o Presidente do Conselho, que terá o seu voto predominante no caso de empate.

Sem pretender esgotar o tema, é de suma importância apontar que o Conselho Constitucional não é órgão pertencente a nenhum dos três poderes, constituindo um poder paralelo, o que traz grandes vantagens, na medida em que pode apreciar algum ato emanado de qualquer dos três poderes com imparcialidade.[84]

Também na França o Conselho Constitucional não possui somente a atribuição de controlar a constitucionalidade das leis, mas também possui outras competências, tais como o contencioso eleitoral, das relações entre os poderes públicos nacionais, o equilíbrio entre o

[84] Clémerson Mérlin Cléve aponta as razões históricas que levaram à criação do Conselho Constitucional como órgão fora do Poder Judiciário, ao afirmar que *"a França sempre experimentou uma concepção peculiar do princípio da separação dos poderes. Após a revolução de 1789, tratou-se, para os franceses, de praticar uma concepção radical do referido princípio. Daí não poderia o Judiciário interferir nos negócios do Executivo. Os abusos e ilegalidades da Administração seriam coibidos por um órgão extrajudiciário, o Conselho de Estado, assim como os abusos e ilegalidades do Judiciário seriam censurados pela Corte de Cassação. Não desenvolveu o modelo constitucional francês uma concepção menos rígida da separação dos poderes com a praticada pelos americanos, que admitiam interferências recíprocas entre os Poderes do Estado para o fim de assegurar a mecânica dos checks and balances. Não é de admirar, portanto, que mesmo adotando Constituições rígidas, o direito francês jamais tenha atribuído aos órgãos judiciários competência para o exercício da fiscalização da constitucionalidade. Tratar-se-ia, evidentemente, de nítida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação do Parlamento". A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro,* p. 59.

Estado e as coletividades internas, bem como o controle das normas internacionais na ordem jurídica interna (esta função extremamente importante, uma vez existente a União Européia).

Vale ressaltar que para os delitos cometidos pelo Presidente da República, por exemplo, a competência é da Alta Corte de Justiça, e não do Conselho Constitucional.

Já no que se refere especificamente ao controle de constitucionalidade, verifica-se que o mesmo é concentrado, visto que a titularidade do controle é do Conselho Constitucional, não cabendo ao Poder Judiciário tal competência, como ocorre no Brasil.

Outra característica francesa, o controle é prévio, ou seja, ocorre antes da promulgação das leis, sejam estas leis orgânicas, leis ordinárias, ou os regulamentos das assembléias e os tratados (estes antes de sua ratificação).

Os legitimados para provocar o controle de constitucionalidade são somente as autoridades políticas, como o Presidente da República, o Primeiro – Ministro, o Presidente da Câmara e o Presidente do Senado, e variam quanto ao objeto do controle. Por exemplo, se o controle possui como objeto uma lei orgânica, então cabe ao Primeiro – Ministro provocar o controle.

Necessário admitir que o sistema francês também é falho, porque, se por um lado teve o cuidado de formar uma Corte apartidária e atual, pelos motivos já explanados, por outro lado somente atribui legitimidade para argüir o controle aos órgãos políticos, embora a reforma de 1974 tenha colocado como legitimados também uma minoria parlamentar, deixando, com isso, o indivíduo fora do rol de legitimados para o controle.

Assim, cabe ao Conselho Constitucional importantes decisões, como a que deu caráter normativo ao preâmbulo da Constituição Francesa de 1958. [85]

Por derradeiro, necessário apontar que as decisões proferidas pelo Conselho Constitucional, de acordo com o artigo 62 da Constituição Francesa, impõem-se aos poderes

[85] Acerca desse assunto, revela Louis Favoreu que “as normas aplicáveis, são, em primeiro lugar, as que estão contidas na Constituição. Mas a Constituição contém principalmente disposições relativas à organização e funcionamento dos poderes públicos e poucas regras relativas aos direitos e liberdades fundamentais. Se o juiz constitucional ficasse adstrito a esse texto, o controle da constitucionalidade teria se desenvolvido pouco. Contudo, em quatro decisões, 1970 – 1973, o Conselho Constitucional realizou uma verdadeira revolução, reconhecendo força jurídica ao Preâmbulo da Constituição”. As Cortes Constitucionais, p. 97.

públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais, ou seja, possuem efeitos vinculantes.[86]

4.2.3. Corte constitucional austríaca

Por ser a mais antiga Corte Constitucional da Europa e, portanto, fonte de inspiração das demais Cortes, e por ter sido criada sob a influência direta do pensamento de Hans Kelsen e sua doutrina acerca do controle concentrado de constitucionalidade das leis, passa-se a analisar mais de maneira mais acurada a justiça constitucional na Áustria.

Composta por quatorze juízes, sendo um Presidente, um Vice – Presidente, doze juízes titulares e seis juízes suplentes, a nomeação se dá da seguinte forma: o presidente austríaco nomeia o Presidente do Conselho, seu Vice – Presidente, seis juízes titulares e três juízes suplentes; o Conselho Nacional nomeia três juízes titulares e dois juízes suplentes; e o Conselho Federal nomeia os outros três juízes titulares e um juiz suplente.

Verifica-se, portanto, que o Presidente da Áustria nomeia metade dos membros da Corte Constitucional, mais dois membros – o Presidente e o Vice – Presidente, possuindo, assim, a nomeação da maioria dos membros, o que nem de perto se assemelha à nomeação de todos os membros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República.[87]

O mandato dos juízes da Corte austríaca é vitalício e, assim como no Brasil, a idade máxima é de setenta anos, após os quais os juízes se aposentarão compulsoriamente.

Contudo, o critério para a escolha dos juízes na Áustria é mais objetivo que o critério brasileiro. Lá os juízes devem ter completado os estudos de direito e ter exercido ao menos por dez anos uma profissão para a qual o término desses estudos é exigido, ao passo que no Brasil, tirando o critério objetivo da idade, como visto, serão nomeados os membros que possuírem "notável saber jurídico e reputação ilibada", sem contudo especificar qualquer conceito acerca desses termos.

---

86 No dizer de Oswaldo Luiz Palu, "as decisões do Conselho Constitucional francês não estão sujeitas a recurso e se impõem aos poderes públicos (Parlamento, Presidente, Governo), como às administrações e aos juízes (art. 62 da Constituição da França). O Conselho não anula a lei (ainda não promulgada), mas a declara não conforme com a Constituição (n'est pas conforme a la Constitution) e, na prática, suas decisões são obedecidas, mas não se prevê mecanismo algum para que o Conselho Constitucional faça prevalecer sua decisão a um poder eventualmente recalcitrante." Controle de constitucionalidade, p. 111.

87 Novamente, com toda propriedade acerca do tema, Louis Favoreu afirma, acerca da composição da Corte Constitucional austríaca, que "podemos notar que o governo, ao indicar sozinho oito membros titulares, entre os quais o Presidente e o Vice – Presidente – a maioria do poder, pode orientar a composição da Corte no sentido que lhe for favorável. (...) Entretanto, devemos notar que, em virtude de um pacto tácito entre os dois principais partidos, estabelece-se geralmente um equilíbrio". As Cortes Constitucionais, p. 42/43.

Ainda, verifica-se que a Corte Constitucional austríaca possui outras atribuições além do controle de constitucionalidade, tais como a apreciação de questões eleitorais, resolução de conflitos, decidir acerca de questões federais, questões administrativas e a apreciação de matéria penal, especialmente em se tratando de delitos cometidos pelo Presidente e demais membros do Governo (assemelhando-se à mesma competência que possui o Supremo Tribunal Federal).[88]

Com relação ao controle de constitucionalidade, este pode ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo na Áustria é exercido sobre projetos de lei, regulamentos ou demais atos administrativos quando a pedido do Governo Federal ou do Governo de um Estado (art. 138, II, Constituição austríaca).

Já o controle repressivo se dá sobre leis ou atos normativos, e pode ser provocado mediante envio da Corte Administrativa, da Corte Suprema de Justiça, quando tivessem dúvidas acerca da constitucionalidade das leis que deveriam aplicar. Também são legitimados a propor o controle de constitucionalidade um terço dos membros do parlamento.[89]

Por isso é comum afirmar que há na Áustria um controle difuso mitigado, uma vez que os Tribunais podem provocar a apreciação, pela Corte Constitucional, do controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.[90]

---

88 Acerca deste assunto, Oscar Vilhena Vieira afirma que "ao Tribunal Constitucional austríaco atribui-se, além da competência para apreciar de maneira concentrada a constitucionalidade das leis, uma série de outras competências originárias, entre as quais a de resolver conflitos de competência entre o governo federal e os Estados, assim como assegurar os direitos fundamentais". Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política, p. 54.

89 Alexandre de Moraes afirma que "importante salientar que a previsão inicial do sistema austríaco da Constituição de 1º-10-1929, ao prever que o Tribunal Constitucional poderia exercer o controle concentrado de constitucionalidade, por provocação de um órgão político, acabava por excluir de forma absoluta os demais órgãos do Poder Judiciário de qualquer possibilidade de análise sobre a constitucionalidade ou não de uma lei (...). Posteriormente, o sistema austríaco aperfeiçoou-se, com a edição da Lei Constitucional de 7-12-1929, introduzindo em seu controle de constitucionalidade a denominada questão constitucional, depois ampliada pela Lei Constitucional de 1975, passando a permitir que, nos termos de seus art. 140, o Tribunal Administrativo, o Supremo Tribunal ou qualquer outro tribunal chamado a resolver um caso em segunda instância possam deixar de aplicar uma lei que entenda inconstitucional, remetendo a questão de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional". Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 2372.

90 Afirma Clémerson Merlin Cléve que "com a reforma constitucional de 1929, a par do controle abstrato das leis (via ação direta), passou o direito austríaco a admitir, igualmente, o controle concreto, provocado no curso de uma demanda judicial. Neste caso, atribui-se efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Todavia, o controle concreto (por via de exceção) pode ser suscitado, apenas, pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária incumbe, simplesmente, aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairem dúvidas quanto à sua compatibilidade com o texto da normativa constitucional". A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p.68-69.

Contudo, a grande inovação do sistema austríaco ocorreu em 1975, com a permissão para que os indivíduos questionassem a constitucionalidade de uma lei federal, desde que tivessem seus direitos violados por esta lei. Obviamente que este direito de ação é subsidiário, ou seja, somente permitido depois de esgotadas as vias (judiciais ou administrativas) possíveis.

Obviamente não são numerosos os casos em que a Corte aceitou questionamentos de constitucionalidade realizadas pelos indivíduos. Contudo, há permissão para o indivíduo comum questionar a constitucionalidade das leis, o que inexiste no Brasil.

Ainda, verifica-se a hipótese de a Corte Constitucional agir de ofício, a partir da verificação da constitucionalidade de uma lei, quando este servir de base para uma decisão da Corte e houver dúvidas acerca de sua constitucionalidade.

A eficácia das decisões da Corte é *ex nunc*, ou seja, não retroage, mantendo a eficácia de todos os atos atingidos pela lei inconstitucional antes da apreciação de sua constitucionalidade pela Corte Constitucional.

Conclusões acerca do tema e propostas

De início, importa ressaltar que a primeira conclusão a que se chega é que o sistema é falho, possuindo algumas incorreções, de forma que modificações devem ser introduzidas, com o intuito de proporcionar maior eficácia e legitimidade ao sistema.

Diante de toda a pesquisa realizada, bem como do raciocínio desenvolvido ao longo do presente estudo, algumas conclusões e proposições devem ser levadas em consideração, do que se passa a tratar.

A predominância do controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro

Através da análise da historicidade do controle de constitucionalidade no Brasil, foi possível observar o amplo desenvolvimento ocorrido em sede de controle concentrado, conferindo-se ao Supremo Tribunal Federal o papel, também, de guardião da Constituição.

De fato, por meio da análise comparativa entre a Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana do Brasil, e a Constituição de 1988, verifica-se que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade desenvolveu-se de tal modo que atualmente possui o papel principal no Brasil.

Assim, partiu-se de um controle totalmente difuso, quase inteiramente copiado dos Estados Unidos da América, para se chegar a um controle misto, onde as duas espécies de controle encontram-se reunidas.

Contudo, embora não se possa negar a existência do controle difuso de constitucionalidade, é nítida a predominância atual do modelo concentrado, que teve início com a criação da ação direta de inconstitucionalidade interventiva até os atuais modelos de controle de constitucionalidade.

Outra prova desse desenvolvimento é que a Constituição de 1988 alargou o rol de legitimados para o ajuizamento das ações típicas do controle concentrado, e as emendas elaboradas posteriormente só aumentaram ainda mais as matérias passíveis de controle pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da criação, principalmente, da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Ademais, a atribuição de efeitos vinculantes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade (seja ele difuso ou concentrado) só revelou de maneira mais clara a prevalência da decisão do Tribunal Maior, não podendo, assim, nenhum juiz de primeira ou segunda instâncias decidir de maneira diferente.

Chega-se, portanto, à inarredável conclusão de que o controle concentrado de constitucionalidade desenvolveu-se a tal ponto de se tornar o principal meio de se questionar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em face da Constituição Federal.

Toda essa transformação, ocorrida de forma paulatina, revelou o intuito do legislador constitucional de conferir mais e mais poderes ao Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, ou seja, como a primeira e última palavra em matéria de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal não pode ser considerado uma Corte constitucional

Contudo, a pesquisa realizada revelou que não pode o Supremo Tribunal Federal ser considerado uma Corte Constitucional, uma vez que o Pretório Excelso possui atribuições outras que não o dizer último da Constituição, seja no controle difuso ou coletivo.

De fato são as suas outras atribuições que o distanciam das Cortes Constitucionais, uma vez que o Tribunal Maior brasileiro não deveria ser a última instância do Poder Judiciário

brasileiro, nem possuir competências originárias que o obrigue a interpretar casos que não obrigatoriamente possuem em seu bojo matéria constitucional.

Para isso existe o Superior Tribunal de Justiça, uma espécie de Alta Corte de Justiça, para onde deveriam desembocar todas as ações questionando matérias que não o controle efetivo da constitucionalidade das leis e atos, normativos ou não.

Como já afirmado anteriormente, as competências fora do controle de constitucionalidade tornam o Supremo Tribunal Federal não em uma Corte Constitucional, mas justamente o que é atualmente: uma Corte Suprema.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal não pode ser considerado uma Corte Constitucional, uma vez que, nos moldes atuais, e de acordo com o artigo 101, parágrafo único, seus membros são escolhidos tão somente pelo Presidente da República, com a sabatina do Senado Federal, pela maioria dos votos (com a ressalva de que nunca o Senado rejeitou qualquer indicação feita pelo Presidente da República).

Isso porque, em nosso entender, é praticamente impossível não haver nenhuma correlação política entre o Ministro do STF e quem o indicou para o cargo.

Sem entrar na indagação que não possui atualmente resposta: se o Supremo Tribunal Federal é um órgão do Poder Judiciário, porque então o próprio Poder Judiciário não pode indicar nenhum Ministro para o Pretório Excelso?

Ademais, uma Corte Constitucional, com raras exceções, não confere aos seus membros um mandato vitalício, sob pena de engessar seus entendimentos acerca de determinada matéria.

Ainda, verifica-se que os critérios objetivos para a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal são somente dois: o objetivo (idade: maior de trinta e cinco anos e menor de 65 anos) e subjetivo (notável saber jurídico e reputação ilibada).

E o critério deve ser o mais objetivo possível, de modo a impedir que a escolha seja realizada de forma aleatória. De fato, há algum conceito legal de “notável saber jurídico” ou de “reputação ilibada”?

Uma Corte constitucional não pode pertencer ao Poder Judiciário

Outrossim, chega-se à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal não pode pertencer ao Poder Judiciário, nem nos moldes atuais, nem se for efetivamente transformado em uma Corte Constitucional.

E tal argumento possui alguns fundamentos, tais como: uma decisão de inconstitucionalidade que torne nula uma lei está atuando contra um ato do Poder Legislativo, constituindo verdadeira interferência de um Poder no outro, e ferindo frontalmente o princípio da tripartição dos Poderes preconizado no artigo 2º da Constituição de 1988;

A função de julgar a lei em tese, como faz o Supremo Tribunal Federal, não deveria ser tarefa de um órgão pertencente ao Poder Judiciário, uma vez que a função típica do Poder Judiciário é julgar com base no caso concreto, no intuito de dirimir uma lide, agindo como pacificador social e guardião da lei, sendo que no controle concentrado de constitucionalidade não há lide.

Proposta de Emenda Constitucional para tornar o STF uma Corte Constitucional

Assim, propõe-se, por meio de Emenda Constitucional, a criação de uma Corte Constitucional brasileira. Com ela, acredita-se que algumas das incorreções no sistema (citados durante todo o desenvolvimento do presente trabalho, bem como na conclusão) seriam superadas, de modo a garantir maior legitimidade à Justiça Constitucional no Brasil e maior respeito a alguns dispositivos da Constituição Federal, como por exemplo, a tripartição dos Poderes.

Destarte, seria a Corte um órgão autônomo, e, portanto, não pertencente a nenhum dos três poderes, cujos membros (em numero ímpar múltiplo de três) seriam nomeados em igual proporção pelos três poderes, de modo a evitar influências políticas em suas decisões, não possuindo o Presidente da Corte o voto diferenciado em caso de empate.

Também se propõe a atribuição de um mandato, não renovável, aos membros da Corte, com a renovação do quadro de tempos em tempos, como ocorre na França, por exemplo, medida essa que praticamente acabaria com qualquer ligação entre o membro da Corte e a pessoa que o indicou, uma vez que, mesmo que votasse sob influência de alguém, não teria a maioria dos votos no final (a não ser que essa fosse a expressão da maioria absoluta dos membros).

Com efeito, a criação de mandatos para os membros da Corte Constitucional, e a conseqüente renovação do quadro de membros, traria novas idéias, novas opiniões, adaptando as decisões da Corte Constitucional mais suscetíveis de atualização, haja vista que as decisões da Corte Constitucional devem acompanhar as modificações ocorridas no seio da sociedade.

Ainda, por não se tratar de órgão pertencente a nenhum dos três poderes, propõe-se a competência da Corte Constitucional para se constituir também em órgão consultivo de controle, bem como seria possível a realização de uma consulta prévia à Corte, de modo a verificar a constitucionalidade de algum ato normativo ainda em criação (obviamente não desprezando o controle de constitucionalidade *a priori* existente no ordenamento jurídico brasileiro, e, desta forma, desde que houvesse controvérsia entre os membros do Poder Legislativo quanto à constitucionalidade do projeto de lei).

Tais mecanismos não podem existir atualmente sem haver a possibilidade de ferir nenhum dos três poderes. Nesse sentido, a criação de uma Corte Constitucional garantiria aos três poderes de fato a independência e harmonia preconizados no artigo segundo da Constituição Federal de 1988.

A necessidade do alcance popular ao controle concentrado: proposta de criação da ação popular direta de constitucionalidade

Além da criação da Corte Constitucional brasileira, o presente estudo revelou a necessidade do alcance popular ao controle concentrado de constitucionalidade.

Como já analisado, a Constituição de 1824 trouxe, em seu artigo 174, XXX, a possibilidade para qualquer indivíduo apresentar queixas ou petições ao Poder público, avisando de eventual infração à Constituição.

A partir da Constituição de 1891, essa previsão foi retirada da Constituição, e quase retornou ao sistema em 1999, uma vez que o projeto da Lei nº 9.882 continha a possibilidade de ajuizamento pelo cidadão comum, da argüição de descumprimento de preceito fundamental, sendo referido dispositivo vetado pelo Presidente da República.

Assim, com a escalada de concentração do controle de constitucionalidade, e o conseqüente aumento do rol de legitimados, associado à tentativa do legislador em 1999 de possibilitar ao cidadão comum o acesso ao controle concentrado, verifica-se que não tardará o momento em que o mesmo será definitivamente incluído no rol de legitimados.

Pretende-se afirmar com isso que o controle concentrado de constitucionalidade tem ganhado tanta importância e que não demorará muito e ele será de alcance de todos, revelando-se verdadeira a legitimidade do Tribunal Maior.

Isso porque não somente já se demonstrou necessária a inclusão do cidadão no rol de legitimados para o controle concentrado, como também, conforme já se afirmou anteriormente, a legitimidade popular está absolutamente conforme a um Estado democrático, onde os indivíduos tenham acesso ao Pretório Excelso, quando um direito seu for mitigado tendo em vista alguma inconstitucionalidade.

Não vislumbrar essa hipótese é revelar verdadeira lacuna no sistema, na medida em que o cidadão comum não possui atualmente nenhum meio de arguir diretamente ao Supremo Tribunal Federal qualquer inconstitucionalidade.

Assim, como conseqüência do presente estudo, propõe-se a criação da ação popular direta de inconstitucionalidade, cujo legitimado é o indivíduo, nascido no país ou naturalizado.

Contudo, deve-se ater, outrossim, à situação caótica em que se encontra o Supremo Tribunal Federal, com milhares de processos aguardando para serem julgados, motivo pelo qual o direito à ação popular direta de inconstitucionalidade sofreria um juízo de admissibilidade.

Destarte, como ressaltado, para que a legitimidade popular no controle concentrado de constitucionalidade tenha assento, necessário criar um dispositivo que permite primeiramente julgar a admissibilidade das ações, como ocorre, nos moldes atuais, com o recurso extraordinário.

De fato, assim como ocorre com o recurso extraordinário, o indivíduo deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais apontadas na ação, conforme preceitua o atual parágrafo terceiro do artigo 102 da Constituição Federal.

Também deverá o indivíduo, a exemplo do que ocorre com alguns legitimados para a ação direta, demonstrar a pertinência temática quando do ajuizamento da demanda. Em outras palavras, é dizer que deverá o indivíduo demonstrar que a suposta inconstitucionalidade de determinado ato (normativo ou não) feriu frontalmente um direito seu.

Referida ação permitiria, finalmente, que o indivíduo participasse efetivamente do controle concentrado de constitucionalidade, atuando em defesa de seus próprios direitos, bem como em defesa da Constituição.

É o destinatário primeiro da Constituição Federal atuando em sua defesa, contribuindo de forma sobremaneira não somente para a harmonização do sistema (o que é por si só objetivo do controle de constitucionalidade), como para o desenvolvimento e o predomínio absoluto do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª edição, 3ª Tiragem. São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. Curso de direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiros, 2000.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *O Estado democrático de direito e efetividade das garantias constitucionais das pessoas no processo.* Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1997, 269 p.

_____. *Processo, igualdade e justiça.* Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo: Método, nº 02, jul/dez 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A reforma do Poder Judiciário (EC nº 45) e o controle concentrado de constitucionalidade

_____. SERRANO, Vidal. *Curso de direito constitucional.* 4ª ed. Rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A reforma do Poder Judiciário (EC n. 45) e o controle concentrado de constitucionalidade. In: RAMOS TAVARES, André; LENZA, Pedro; LORA, ALARCÓN, Pietro (coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada, São Paulo, Método, 2005.*

ARCARO CONCI, Luiz Guilherme; LAMY, Marcelo. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: RAMOS TAVARES, André; LENZA, Pedro; LORA, ALARCÓN, Pietro (coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada, São Paulo, Método, 2005.*

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Conteúdo jurídico do principio da igualdade. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. Comentários à Lei n. 9.868/99 – processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. O controle da constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 23, 1998, p. 65.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 19ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

BINEMBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. São Paulo, Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7ª edição. Brasília: UnB, 1996.

_____. *A era dos direitos.* Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 13ª edição.2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPOS, Gérman J. Bidart; SAGUÉS, Néstor P., *El amparo constitucional: perspectivas y modalidades.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado,* 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.* 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente Jurisprudencial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droits contemporains.* 4. èdition, Paris: Dalloz, 1971.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitucionel.* 4. èdition, Paris: Ancienne Maison Thorin et Fontemoing, 1923.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional. 3. ed. 3. reimp. Madrid: Ciovitas, 1994.

FAVOREU, Louis. *As Cortes constitucionais.* Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.* Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil, direito fundamental.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Sobre o dogma do Poder Constituinte Originário. Uma questão de linguagem e o artigo 17 do ADCT.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 13, nº 53, outubro – dezembro de 2005.

HECK, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contribuinte para uma compreensão da jurisdição federal alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição.* 5ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade das leis. In: Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: Revista Jurídica Virtual, Vol. 1, nº 4, Brasília, agosto de 1999.

_____. *Moreira Alves e o controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição. São Paulo, Atlas, 2000.

_____. Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material. Florianópolis: Habitus, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil da Constituição Federal.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.* 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Controle de constitucionalidade por via de ação.* São Paulo: WVC Editora, 1998.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Manual da monografia jurídica.* São Paulo: Saraiva, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. O estabelecimento do efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade: efeito revogatório da EC 45 – As razões pelas quais se tornaram inconstitucionais dispositivos da lei ordinária (9.868/99)

que tratam da mesma matéria (efeito vinculante). In. MOURA AGRA, Walber (coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro, Forense, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito,* 2ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional.* RJ: Editora Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Feral: jurisprudência política.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.