

Controle da Constitucionalidade

Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro

Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital

Inicialmente, se tomarmos por Constituição a “lei maior”, certamente nos perderíamos na história até eras imemoriais, em que poderíamos identificar normas rudimentares dotadas de superioridade hierárquica em relação a outras. Não é esse o sentido buscado. Se Constituição é limitação fundamental de poder, poderíamos apontar a Carta do rei João Sem Terra, da Inglaterra do início do século XIII. Mas a limitação decorrente desse diploma, embora importante, não o deixa próximo ao conceito de Constituição do direito moderno, cujo espectro é muito mais abrangente.

Nessa ordem de ideias, segue a Constituição Francesa de 1889. Pode-se observar nesses diplomas o cerne do moderno conceito de Constituição, embasado em um núcleo de direitos e garantias fundamentais do cidadão e na estruturação política, administrativa e jurídica do Estado, que compreende o conteúdo dito materialmente constitucional.

No decurso do século XX, o “bloco de constitucionalidade” foi paulatinamente ampliado. Primeiramente, pela inserção dos direitos de segunda geração, que compreendem os direitos fundamentais decorrentes das relações de trabalho, bem como a habitação, a saúde, a educação, etc. Em continuidade, vieram os direitos de terceira geração relacionados ao meio ambiente, consumidor, etc., que transcendem a esfera individual. Por fim, identifica-se a existência dos direitos de quarta geração, cuja precisa caracterização ainda é discutida na doutrina, mas que poderiam abranger os direitos de cidadania, como o voto e elegibilidade.

Na atualidade, a esmagadora maioria dos Estados organiza-se em bases constitucionais, tendo as constituições uma feição mais abrangente ou mais sintética, conforme as opções de cada nação.

No Brasil, os antecedentes constitucionais remontam à Constituição de 1824. A primeira Carta Magna de feição democrática e que incorporou os avanços científicos e políticos do período e pode ser dita democrática foi a de 1946, o que somente veio a se repetir em 1988.

A Lei Maior de 1988, orientando-se com as mais modernas tendências, seguiu a linha do constitucionalismo social, o que redundou em uma Constituição democrática, eclética, analítica e dirigente.

A maior precisão de uma Constituição analítica é compensada por sua maior abrangência, não sendo incomuns dificuldades interpretativas que conduzem à inconstitucionalidade de norma e atos.

A origem da teoria dos controles constitucionais estaria nos estudos doutrinários estadunidenses, vez que os limites ali impostos ao poder político ajudaram muito para a eficácia e a estabilidade das normas constitucionais e foram fundamentais para a consolidação das estruturas democráticas.

A finalidade da Constituição seria a de limitar a concentração de poder e distribuir as diversas funções estatais entre quem exercesse o poder público, a autoridade (Lowenstein).

Segundo Battaglini, em Esparta e Atenas não existia uma Corte Constitucional, nos moldes italianos atuais, descendente direta da criada pela Constituição da Áustria e influenciada por Hans Kelsen. O que havia na antiguidade era o choque entre a lei fundamental do Estado e outras leis que disciplinavam as relações humanas.

Analisando as instituições políticas antigas, desde a Grécia, observam-se aspectos úteis que podem mostrar alguma vinculação ao sistema de controle. Na Grécia, a sanção era contra o proponente da ação e não contra a norma. Ocorria apenas a responsabilidade do cidadão pela atividade legislativa contrária à lei (Battaglini).

Em Roma, não havia um controle de constitucionalidade ou de legalidade como na Grécia; o que existia era tão somente o Tribuni plebis, espécie de magistratura, criada para proteger a plebe: visava à defesa de uma classe e não da Constituição.

No período medieval, o ato do soberano era limitado pelo direito

natural, que o declarava formalmente nulo e não vinculante, para o juiz competente aplicar o direito.

Maquiavel alerta aos que constituírem uma República para a necessidade de constituírem uma vigilância à liberdade (conforme interpretação de Baracho).

Battaglini aborda o *Summus Magistratus*, apesar de não considerá-lo verdadeiro e específico controle de conformidade da lei à norma constitucional.

A primeira Constituição que tratou do controle de constitucionalidade por meio de órgão especificamente criado foi a da Pennsylvania do século XVIII. A Convenção de Filadélfia de 1787 foi importante palco de discussões acerca do controle de constitucionalidade da atividade legislativa, com reflexos no futuro Estado federal. Na França, o problema da constitucionalidade nasceu juntamente com o período revolucionário. Siéyès formulou projeto em que previa a criação de um Senado que exerceria uma espécie de poder moderador, responsável pela prevenção e repressão contra quaisquer abusos de autoridade. Falou-se até mesmo em uma Corte Constitucional: “A Suprema Corte Constitucional provê a tutela da Constituição e da ordem interna do Estado em caso de carência do poder executivo” (Battaglini, *apud* Baracho).

A Constituição de Nápoles teria um título acerca da “Custódia da Constituição”.

A constituição italiana do período de Napoleão (Constituição da República Cisalpina de 1797, art. 86) não teve influência no controle da legitimidade constitucional. O que era previsto em seu texto apenas possibilitava a anulação de ato legislativo por defeito de forma. Este poder pertencia ao *Consiglio del Seniori*.

A Constituição Espanhola de 1812, no capítulo X, trazia instituto que objetivava o controle de constitucionalidade da atividade legislativa. Tal instituto era conhecido como *Disputación Permanente de Cortes*.

Nos Estados Unidos da América, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1789, os juízes tinham estabelecido que nos casos que lhes fossem submetidos, poderiam deixar de aplicar a lei incompatível com as

leis de maior importância (New Jersey, em 1780, Virgínia 1782, North Carolina, 1787).

Os juízes seguiam precedentes decorrentes do fato de que, no estabelecimento das colônias na América, a metrópole inglesa concedia aos fundadores a possibilidade de elaborar normas para a Colônia, desde que não atentassem contra as normas que regiam a sua formação. Daí surge a ideia de hierarquização das leis (leis coloniais são inferiores às normas superiores da formação da colônia).

Em 1803, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, através do Chief Justice John Marshall, a Suprema Corte criou o precedente de deixar de aplicar lei infraconstitucional contrária à *Paramount Law*, sendo certo que tal precedente se tornou obrigatório não apenas para a Suprema Corte, como também para os demais tribunais.

O caso *Marbury vs. Madison* se refere à validade da lei federal de organização judiciária de 1789, que concedia à Suprema Corte competência que não lhe fora deferida pela Constituição.

A notoriedade se deu em razão do sistema *stare decisis*, em que de um lado o precedente é obrigatório para todos os órgãos judiciais e, de outro, permite que se crie o precedente no sentido de que os órgãos judiciais tenham a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis com a Constituição, ou dos atos dos outros poderes (Legislativo e Executivo) em face da *Paramount Law*.

No Brasil Império, a Constituição outorgada por D. Pedro I em março de 1824 (praticamente idêntica a que também foi outorgada em 1826 em Portugal), estava de acordo com o pensamento constitucionalista predominante na Europa no início do século XIX, que considerava que o poder provinha de Deus e do povo, com ascendência Daquela, mas sem perder de vista que o rei deveria atender também aos anseios dos cidadãos.

A referida Constituição atribuiu à Assembleia Geral, com a sanção do Imperador, fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, e velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação (art. 13). Assim, o controle da constitucionalidade das leis no Império era exercido pelo próprio Poder Legislativo, o qual mostrou-se inoperante e permitiu

uma certa confusão entre legislador constituinte e ordinário, muito embora a aludida Carta não tenha excluído o seu caráter de Constituição rígida, eis a previsão de diversidade de procedimentos para elaboração das leis e de emendas constitucionais.

A República Velha, entretanto, abandonou o padrão francês e acolheu o modelo estadunidense.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob inspiração de Rui Barbosa, adotou denominação similar para o País, como as instituições da república, federação, presidencialismo e até mesmo o modelo típico do sistema do *Common Law*, no qual o juiz tem a mais ampla cognição, se submetendo aos tribunais comuns todas as causas, diversamente do sistema francês, que até hoje, separa a jurisdição comum da administrativa e que, no Império era deferida ao Conselho do Estado o poder de processar e julgar as causas públicas.

A República Velha, apesar de ter introduzido em nosso sistema o controle judicial da constitucionalidade como herança do modelo norte-americano de organização do poder, implementou um sistema de controle muito restrito, quase inexistente, devido à formação privatística do juiz e da falta de instrumentos que permitissem a plena efetividade de tais funções.

Na Constituição de 1937, foi mitigado o modelo federativo, alterando profundamente o Poder Judiciário, o qual recebeu a Justiça eleitoral (1932). Também foi criado o mandado de segurança, para proteção dos direitos não tutelados pelo *habeas corpus*, passando o mais alto tribunal a se chamar Corte Suprema, introduzindo, ainda, o recurso extraordinário como forma de controle da prevalência da Constituição e das leis federais quanto às causas decididas em única ou última instância pela Justiça estadual.

Nessa ocasião, também foi introduzida a representação para intervenção da União no Estado-membro como instrumento para a execução de ordens e decisões dos juízes e tribunais federais e também para assegurar princípios constitucionais, sendo certo que nesta Constituição também foi vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. Tal disposição veio a ser repetida na Carta de 1937.

Na Constituição de 1937, que se apresentou com traços bastante marcantes de autoritarismo, aparece uma característica avessa ao controle de constitucionalidade das leis, sendo certo que durante sua vigência não se elegeram integrantes do Parlamento, tendo o Chefe do Executivo ficado autorizado a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis, passando a restringir o controle de constitucionalidade sobre atos do Presidente da República.

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 e diante da redemocratização do país, passou a apresentar um caráter político-liberal, descentralizador, federativo, garantidor dos direitos individuais, voltando com as inovações da Carta de 1934. Conservou diversos institutos no controle da constitucionalidade, como a representação para intervenção da União no Estado-membro, o poder do Senado de suspender a execução de leis ou decretos inconstitucionais por decisão definitiva do STF, o recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância e o princípio da reserva de plenário.

Apesar de a representação para intervenção ou ação declaratória de inconstitucionalidade ter sido criada pela Constituição de 1934 com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, ampliou-se seu objeto alcançando a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta da República; e de lei ou ato normativo municipal relativamente à Constituição estadual.

Na Constituição de 1967, assim como na reforma estabelecida pela Emenda Constitucional nº 1/69, foram mantidos os dispositivos constitucionais da Constituição de 1946, com a alteração da aludida Emenda Constitucional nº 16/65, referentes ao controle de constitucionalidade.

Na Constituição de 1988, chamada por alguns de “Constituição Cidadã”, o Poder Judiciário permaneceu com o mesmo formato dos tempos da ditadura militar, salvo poucas alterações.

A ação direta de inconstitucionalidade passou a ter diversos legitimados ativos, o que antes era reservado apenas ao Procurador-Geral da República, sendo instituída a representação de inconstitucionalidade em nível estadual. Surgiu a ação declaratória de constitucionalidade através da

Emenda Constitucional nº 3, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos Poderes Judiciário e Executivo; a edição da Lei 9.868/99 que conferiu aos procedimentos das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade nítido caráter legislativo, estabelecendo formas de interpretação, com a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, havendo também a chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando finalmente mantido o controle concentrado e o controle difuso da constitucionalidade.

O controle concentrado (abstrato) é exercido por via de ação direta, independente de um caso concreto, objetivando a proteção da ordem constitucional objetiva, a supremacia da constituição, através de: ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e ação interventiva. Os efeitos são *erga omnes* e vinculante.

O controle difuso (incidental) é analisado em processo judicial em que se resolvem conflitos de interesses subjetivos no caso concreto, cuja declaração de inconstitucionalidade possui efeitos entre as partes. Nesse controle, o Senado Federal poderá suspender a execução da lei declarada inconstitucional (art. 52 X da CF).

Apesar de haver nítida diferença entre os efeitos dos dois métodos de controle, observa-se uma tendência do STF de conferir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em controle difuso. Assim, a abstrativização do controle difuso, conferindo efeitos gerais à comunicação ao Senado, objetiva tão somente a publicação (divulgação) da decisão, eis que a própria decisão definitiva do STF possui força normativa, ocasionando uma mutação constitucional.

No âmbito legislativo, a tendência de abstrativização surgiu mais forte com a EC nº 45/04 que introduziu a Súmula Vinculante e a exigência de repercussão geral para admissão do recurso extraordinário. Outro exemplo de abstrativização é o art. 557 *caput*, e § 1º - A, do CPC, que possibilitam ao relator julgar recurso que esteja em confronto com a súmula ou jurisprudência do STF.

Em suma, a abstrativização é uma tendência cada vez mais forte no nosso ordenamento jurídico, tanto no âmbito judicial, como no legislativo, visando sempre a buscar efetividade dos preceitos constitucionais e combater a morosidade dos processos judiciais.

Para finalizar, se faz oportuno trazer um caso concreto sobre abstrativização, no qual o STF conferiu efeitos gerais a uma decisão proferida em controle concreto.

Trata-se do HC 82.959/SP, no qual houve mudança de entendimento do STF, que declarou inconstitucional a vedação da progressão de regime aos crimes hediondos por violação ao princípio da individualização da pena. A corte, ao proferir a decisão em sede de controle concreto, conferiu efeitos gerais e não apenas ao Paciente daquela ação, ou seja, atribuiu para o controle difuso efeito típico de controle abstrato (concentrado). É a abstrativização. Posteriormente, foi ajuizada a Rcl 4.335/AC, contra a decisão de um juiz que entendeu que em controle difuso os efeitos seriam inter partes, necessitando do Senado para lhe dar efeito geral. O relator Ministro Gilmar Mendes julgou procedente o pedido, entendendo que a multiplicidade de decisões dotadas de eficácia geral e o advento da Lei 9.882/99 alteraram de forma radical a concepção dominante sobre a separação dos poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral. ◆