

Gustavo Hasselmann: Controle de constitucionalidade de leis e atos

31/08/2023

As democracias contemporâneas estão assentadas nos ideários da soberania popular e na vontade majoritária, sem menoscabo dos direitos das minorias, à luz dos valores da liberdade e igualdade.



De outro lado, nelas o Poder Judiciário, notadamente as supremas

cortes e as cortes constitucionais, exerce um papel contramajoritário para a salvaguarda da Constituição (controle de constitucionalidade)

Como sabido, após a segunda grande guerra mundial, de revés do que ocorreu nos séculos anteriores, em que as constituições consistiam em meras proclamações retóricas de direitos, desvestidas de força normativa, o Poder Judiciário passou a ter um papel de destaque nas democracias ocidentais, sobretudo como guardião supremo da Constituição.

No presente estudo, focaremos aspectos gerais do controle de constitucionalidade das lei e atos normativos, tipos de inconstitucionalidade e de controle de constitucionalidade e outras questões atinentes a essa instigante e complexa matéria.

Controle constitucionalidade — generalidades

O controle de constitucionalidade é consequência inelutável das constituições rígidas, que, pautadas no princípio da supremacia da constituição sobre as demais regras de um ordenamento jurídico, demandam um processo especial de revisão.

O saudoso professor Paulo Bonavides, em sua obra clássica *Curso de Direito Constitucional*, 12^a ed, Malheiros Editores, pag 268, assim se manifesta sobre o assunto:

"O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida."

De seu turno, o professor e ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso, em sua obra *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*, 2018, Fórum, advoga o entendimento de que as supremas cortes e as cortes constitucionais exercem um papel contramajoritário na guarda Constituição, zelando pela proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático, incluindo a participação política de todos.

A teoria do controle de constitucionalidade surgiu nos EUA, e possui como marco o caso *Marbury x Madison*, no qual, em 1803, o juiz Marshall lavrou célebre decisão que entraria para a História do *judicial review*.

Desse modo, arrematando esse ponto, podemos asseverar que o controle de constitucionalidade objetiva impedir a permanência de normas infraconstitucionais que contravenham a Carta Política, sem se olvidar, por outro lado, que o

sistema brasileiro repudia, outrossim, as omissões inconstitucionais.

Como espécies de inconstitucionalidade podemos citar as seguintes:

- a) Formal e material, sendo a primeira concernente à inobservância pelo legislador das normas constitucionais referentes ao processo legislativo, bem assim no que tange à competência deferida pela Constituição aos poderes constituídos. Já a segunda atina ao o contraste direto das normas infraconstitucionais com dispositivos da Constituição, ou quando há excesso de poder legislativo, este último adversado pelos juizes através do manejo do postulado da proporcionalidade;
- b) Por ação ou omissão. Isso ocorre, na primeira hipótese, na edição de norma formal ou materialmente contrária à Constituição. Já a segunda se dá quando o legislador se retrai ou se omite na edição de norma exigida pela Constituição;
- c) Originária ou superveniente. A primeira ocorre quando norma posterior à Constituição a contraria, nos aspectos material ou formal. Já a superveniente se dá com relação a norma editada anteriormente à Constituição, gerando controvérsia acerca de se tratar ou não de inconstitucionalidade ou mera revogação, sendo neste último caso resolvido o problema no âmbito do direito intertemporal. No direito brasileiro, à luz da Constituição de 1988, o STF teve ocasião de se pronunciar sobre o assunto na ADI nº 2, de relatoria do ministro Paulo Brossard, cuja tese de aplicação do direito intertemporal (prevalecendo o argumento da revogação ou não recepção da lei anterior contrária à Constituição) restou vencedora em face da orientação sufragada pelo ministro Pertence. Inobstante a acerba discussão travada na doutrina e jurisprudência no Brasil, a questão perdeu importância prática com o "*advento da Lei 9.982/99, que, ao regulamentar a ADPF, admitiu o exame direto da legitimidade do direito pré-constitucional em face da norma constitucional superveniente*" (excerto extraído do Curso de Direito Constitucional, 2007, Saraiva, pg. 969, de coautoria do ministro Gilmar Mendes com outros autores);

Cabe destacar os sistemas de controle de constitucionalidade, que podem ser classificados da seguinte forma;

- a) Controle político. É aquele exercido por um órgão político distinto do Executivo, Legislativo ou Judiciário. É o que ocorre na França;
- b) Controle jurisdicional. É aquele exercido pelo Judiciário, seja de forma difusa ou concreta (vários órgãos, como ocorre nos EUA), seja de forma concentrada ou abstrata, como sói acontecer por aqueles desempenhados por Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais. No Brasil e em Portugal há uma mescla de controle difuso e concentrado.

Por fim, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo, difuso ou concentrado e concreto ou abstrato.

O controle preventivo é aquele desenvolvido antes da norma entrar no ordenamento jurídico, como sói acontecer com as deliberações das comissões de constituição e justiça, e com o veto presidencial.

O controle repressivo se opera depois da norma entrar no ordenamento jurídico, nas hipóteses acima referidas.

De seu turno, o controle difuso é aquele exercido por vários órgãos, enquanto o concentrado se dá quando é feito por um único órgão.

No caso do controle concreto, ele opera em face de uma lide específica, sendo a questão constitucional debatida incidentalmente, pela via da exceção e como questão prejudicial da lide principal.

No que toca ao controle abstrato é de se dizer que ele ataca a lei em tese, por via de ação, fora do âmbito de discussão de uma lide concreta.

Um aspecto que merece relevo no presente estudo diz com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, vale dizer, se declaratórios (*ex-tunc*) ou constitutivos (*ex-nunc*).

Tradicionalmente, o direito brasileiro seguiu as pegadas do direito norte-americano, onde a declaração de inconstitucionalidade é relativa à nulidade pré-existente da norma inconstitucional. Assim, ela significa o reconhecimento de uma nulidade pré-existente. No controle concreto, a exemplo do direito norte-americano, a declaração é *ex-tunc* e *inter partes*, sem olvidar que lá a Suprema Corte profere o *stare decisis*, emprestando efeitos vinculantes à declaração de inconstitucionalidade.

Diverso é o sistema austríaco, que, sob a influência de Kelsen, estabelece a técnica da anulabilidade da lei reconhecida como inconstitucional, produzindo, assim, tais decisões, efeitos *ex-nunc*.

De fora parte as discussões acadêmicas sobre o tema, é fato que, no Brasil, a doutrina e os tribunais, notadamente o STF, vêm se inclinando para o acatamento da tese da anulabilidade, principalmente a partir da edição da Lei 9869/1999, cujo artigo 27, estabelece que *"Ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado"*

Outra questão importante nesse tema é aquela que diz respeito à inconstitucionalidade de normas constitucionais, cuja teoria foi difundida em obra da lavra do jurista alemão Otto Bachof.

O direito brasileiro não adota a teoria da existência de normas superiores e inferiores no texto constitucional. Todavia, acolhe a inconstitucionalidade formal ou material das emendas constitucionais.

Controle difuso, incidental e concreto

Como já mencionado, no direito norte-americano o controle de constitucionalidade é concreto, incidental e por via de exceção.

Decorreu de aresto da Suprema Corte no caso *Marbury versus Medison*, cabendo ao juiz Marshall lavrar lapidar decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de lei contrária à Constituição.

Saliente-se, por oportuno, que o raciocínio de lógica impecável desenvolvido pelo juiz Marschall sucedeu mesmo à mingua de previsão expressa na Constituição sobre o controle de constitucionalidade das leis e da separação de poderes.

Com efeito, tal controle estava previsto de forma pálida e tímida na Constituição federal dos EUA de 1787, que, em seu art VI, cláusula segunda, dispunha: *"Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos que se fizerem para aplica-la serão a lei suprema do país; e os juizes em cada Estado a ele vincularão..."* ou no teor do artigo, III, Seção 2, & 1, que rezava: *"O poder judiciário se estende a todas as causas, de direito ou de equidade, que terão sua fonte nesta Constituição, ou nas leis dos Estados Unidos e nos tratados celebrados de sua autoridade"*. (excerto extraído da obra citada de autoria do professor Paulo Bonavides, pag 276).

O controle incidental, exercido por qualquer órgão judicial, ocorre quando, no curso de um processo, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, uma objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar, como questão prejudicial do mérito da ação.

A decisão sobre a inconstitucionalidade da lei não a retira do ordenamento jurídico, sendo certo que só se aplica às partes no caso concreto, não alcançando outros casos que venham a ser julgados, nada obstante isso gere insegurança jurídica.

Nesse particular, insta salientar que, nos EUA, à decisão proferida num caso concreto pode a Suprema Corte emprestar-lhe efeitos vinculantes; é o chamado *stare decisis*.

No Brasil, na esteira do artigo 52, X, da Constituição de 1988, o julgamento de caso concreto pelo STF em recurso extraordinário só produz efeitos entre as partes no litígio, muito embora possa o Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução da lei reputada inconstitucional, com efeito *erga omnes*.

Esse participação do Senado Federal perdeu importância prática com o advento do controle concentrado na CF de 88, cujas ações constitucionais, a par de legitimarem amplamente a participação dos poderes constituídos e da sociedade civil, podem suspender, com eficácia *erga omnes*, inclusive cautelarmente, a aplicação de leis e atos normativos reputados inconstitucionais.

Por outro lado, há que se assinalar que os estados-membros realizam o controle judicial repressivo, incidental ou concentrado, cujas decisões devem observar o artigo 97 da CF, no tocante à reserva de plenário e à maioria absoluta dos seus membros.

Nesse diapasão, não é ocioso lembrar que, se já houver decisão do próprio tribunal ou do STF, a questão não precisa observar o artigo 97 da CF.

Controle concentrado e abstrato — ações constitucionais

O controle concentrado é exercido no mundo por supremas cortes ou tribunais constitucionais. Muitos doutrinadores advogam a tese de que o controle de constitucionalidade por via de ação é mais ofensivo ao princípio da separação de poderes do que aquele que se dá por via de exceção.

Nessa forma de controle de constitucionalidade o ataque é contra a lei *in abstracto*. Trata-se de uma impugnação por via de ação e não por via incidental ou de exceção, como ocorre, com exclusividade, no sistema americano.

É conferida a algumas autoridades e setores da sociedade civil organizada a faculdade de impugnar a lei em tese. Ao indivíduo não socorre tal faculdade, daí alguns doutrinadores sustentarem que a via de exceção é que se presta mais eficazmente à proteção dos interesses individuais.

A exemplo do controle de constitucionalidade por Suprema corte, temos a Corte Federal da Suíça, país onde a via de ação se aplica unicamente às leis inconstitucionais votadas pelas assembleias cantonais.

Já no que concerne ao controle exercido por tribunais constitucionais, temos os da Áustria, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal.

A idéia das Cortes Constitucionais foi concebida pro Kelsen e se positivou na Constituição Austríaca de 1920, cuja inspiração também se deve a esse eminente jurista.

No Brasil, a Constituição de 1988 inovou ao permitir o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal diante da Constituição estadual, exercido pelo Tribunal de Justiça. Pode ser efetivado por meio de representação de inconstitucionalidade (ou ação direta de inconstitucionalidade estadual), representação de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade estadual, representação de inconstitucionalidade interventiva estadual ou arguição de descumprimento de preceito fundamental estadual, cabendo à legislação estadual regular o procedimento dessas ações.

Embora no presente estudo não possamos nos deter na análise aprofundada dos tipos de ações no controle concentrado, dado à extensão do tema, cumpre aqui enumerá-los: a) ação declaratória de inconstitucionalidade, onde são atacadas diretamente leis ou atos normativos federais ou estaduais, cujo julgamento compete ao STF e aos Tribunais de Justiça.

No âmbito do STF, os legitimados para propor essa ação estão referidos no artigo 103 da CF. Os efeitos das decisões são *erga omnes e vinculante*; b) ação declaratória de constitucionalidade, onde podem ser impugnados atos normativos federais, e não os estaduais ou municipais. É preciso, como pressuposto, a existência de "*efetiva controvérsia judicial, fundada em razões jurídicas idôneas e consistentes em torno da legitimidade de determinado dispositivo legal, pois a ADC não pode ser mera consulta ao STF*" (excerto extraído da obra Direito Constitucional, Robério Nunes dos Anjos Filho, ed Jus Podivm, página 97). A decisão produz efeitos vinculantes e *erga omnes*; c) ação de inconstitucionalidade por omissão, que visa solucionar a falta de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional, cuja previsão está no artigo 103, & 2º, da CF 88. Ela se aplica às normas de eficácia limitada.

A omissão pode ser do legislador ou do administrador público, sendo certo que a decisão produz efeitos *erga omnes*, porém não obriga à edição da norma; d) ação de inconstitucionalidade interventiva, prevista no artigo 36, III, da CF88, visando permitir o restabelecimento da ordem constitucional através da intervenção; e) arguição de descumprimento de preceito fundamental, dotada de eficácia *erga omnes* e vinculante, e está prevista no & 1º do artigo 102 da CF88.

Ela obedece o princípio da subsidiariedade, pelo qual não é admitida se houver outro meio judicial adequado, sendo certo, ainda, que carece ela de maiores estudos e aprofundamentos doutrinários e jurisprudenciais, inclusive no tocante à definição da expressão "preceitos fundamentais".

Evolução histórica do Instituto em nossas constituições

Na Constituição de 1824 não havia previsão de controle de constitucionalidade, mas apenas a competência do Legislativo para zelar pela Constituição.

Já na Constituição de 1891 foi instituído o controle difuso.

O surgimento do controle de constitucionalidade concentrado, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, ocorreu na Constituição de 1934, sendo certo que nela foi previsto o *quórum* de maioria absoluta para a



declaração de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1937 previa que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo tinham a faculdade de deixar em vigor uma lei, ainda que inconstitucional.

Ela representa um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha feito nenhuma mudança no controle difuso, estabeleceu 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, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Conformada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Na Constituição de 1946 (E.C. 1665), foi finalmente admitida a Ação Direta de Inconstitucionalidade das normas estaduais e federais, e a legitimidade ativa era do procurador-geral da República.

Por fim, a Constituição de 1988 ampliou o leque de legitimados para a propositura da ADI. Surge também, no novo sistema, a Ação de Inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, & 2º, da CF/88. A emenda constitucional nº 393 deu origem à Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, e também a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, & 3º).

Conclusão

Como visto acima, o controle de constitucionalidade é um instrumento eficaz nas democracias contemporâneas, visando salvaguardar a Constituição contra afrontas contra ela perpetradas pelo Legislativo, Executivo e pelo próprio Judiciário.

O Legislativo age pautando-se na vontade da maioria, enquanto o Judiciário, como guardião da Constituição, vela pela razão pública ao repelir leis e atos normativos contrários a ela.

No Brasil, a jurisprudência dos tribunais, notadamente do STF, e a doutrina vêm pavimentando esse pedregoso caminho democrático do controle de constitucionalidade.

Não se diga que o Judiciário, como guardião da Constituição, não é uma instância democrática, pois, como salienta o ilustre professor Luís Roberto Barroso, na obra citada, ele exerce também, ao lado do papel contramajoritário, um papel representativo, sendo sensível aos reclamos sociais, sem enveredar pelo caminho do populismo judicial.

Muito ainda tem que ser feito pela comunidade jurídica no aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade, que reclama maiores aprofundamentos em temas sensíveis, como o estudo das omissões inconstitucionais, da ADPF, das técnicas nele aplicadas, da participação popular nas decisões dos tribunais etc, etc.

Bibliografia

DANIEL METIDIÉRO. Processo Constitucional. Revista dos Tribunais.2022.

GEORGE SALAMÃO LEITE. (COORDENAÇÃO). Jurisdição Constitucional. Revista dos Tribunais. 2022.

GILMAR FERREIRA MENDES e outros. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. 2007.

LUÍS ROBERTO BARROSO. A judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal. Editora Forum. 2018.

LUÍS ROBERTO BARROSO. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Editora Saraiva.2004.

ROBÉRIO NUNES DOS ANJOS FILHO. Direito Constitucional. Editora Podivm. 2003.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-ago-31/gustavo-hasselmann-controlde-constitucionalidade-leis-atos/>