# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Consolidado como instrumento apto a efetivar a supremacia da Carta Magna, desempenha o controle de constitucionalidade, função imprescindível na verificação de compatibilidade dos atos executivos, legislativos e jurisdicionais para com a Constituição. “Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à Constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional” [[1]](#footnote-1).

Segundo Dirley da Cunha Júnior, “o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional” [[2]](#footnote-2). Complementa Bulos: “O Judiciário, por sua vez, ao realizar a justiça constitucional, pratica o controle jurisdicional repressivo, verificando se as leis ou atos normativos estão de acordo com a constituição” [[3]](#footnote-3).

Desta feita, suscitada a incongruência, provocado os órgãos competentes para apreciação desta e constatada a lesão aos preceitos constitucionais, declara-se a inconstitucionalidade da espécie violadora bem como a suspensão de seus efeitos. Em primeiro plano, faz-se necessário enfatizar que o controle de constitucionalidade é resultado de “um paulatino processo de amadurecimento através de séculos de história” [[4]](#footnote-4) e não da produção unilateral de um indivíduo.

## 2.1 Análise histórica

O processo em questão remonta à Antiguidade Clássica, especificamente no que tange à sociedade ateniense do século V e IV a.C.

A *graphê paranomôn* é o precedente do controle de constitucionalidade mais remoto de que se tem informação. Segundo Bulos, “Ao pé da letra [...] significa termo de ajuste de contas” [[5]](#footnote-5).

No que pese à democracia moderna, o referido instrumento foi enfatizado principalmente pelo sistema americano e austríaco, sendo considerado por muitos doutrinadores como precursores do atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.

### 2.1.1 A *graphê paranomôn*

Como mencionado em instante passado, a primeira manifestação do controle de constitucionalidade remonta à Grécia Antiga, por volta dos séculos V e IV a.C., momento qual os cidadãos atenienses utilizavam-se de uma espécie ação judicial para suscitarem a incompatibilidade das leis em face da Constituição.

A obra “Constituição dos Atenienses”, traduzida por Delfim Ferreira Leão, instrui que “A *graphe paranomon* permitia que alguém fosse alvo de um processo por ter feito uma proposta contrária à constituição” [[6]](#footnote-6), resumindo *in totum,* o fenômeno em questão.

Ferreira Filho, citado por Sérgio Antônio Ferreira Victor, complementa que os sujeitos pleiteavam “a anulação das leis contrárias ao Direito – entendido como fruto dos costumes ou identificado pela razão -, bem como a punição do cidadão proponente da referida medida e daquele que presidira a reunião em que ocorrera a votação de tal preposição” [[7]](#footnote-7).

*In concreto,* infere-se que os cidadãos eram os legítimos responsáveis pela defesa da lei, com ênfase em sua Constituição, de forma desencadear uma possível condenação àquele que violou o texto constitucional.

Portanto, tal instituto revela a preocupação para com o controle e manutenção da democracia antiga, coibindo toda e qualquer deliberação cujo resultado violasse os preceitos estabelecidos na Lei Maior.

###

### 2.1.2 O sistema americano de controle de constitucionalidade

Considerado por muitos como um dos precursores do controle de constitucionalidade, o modelo trouxe grandes contribuições ao atual modelo brasileiro, solidificando principalmente, o controle por via difusa ou incidental.

Os primeiros resquícios do modelo americano figuram-se no ano de 1780, especificamente no Estado de New Jersey, conforme dispõe Bulos:

[...] a Justiça do Estado de New Jersey, nos idos de 1780, já havia declarado que leis contrárias à constituição reputavam-se nulas. Em 1782, um grupo de juízes da Virgínia declararam, em seus vereditos, que leis inconstitucionais afiguravam-se nulas. No ano de 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da Confederação. [[8]](#footnote-8)

Tal momento histórico assevera os pressupostos do atual controle de constitucionalidade difuso, através do qual o magistrado analisa, no caso concreto, a incompatibilidade para com a Constituição, de forma que os efeitos não excedam os limites da própria lide.

A aprovação do texto constitucional americano de 1787 certificou que nenhum ato legislativo contrário ao referido dispositivo poderia ser válido. A Carta Constitucional como documento máximo apto a garantir direitos e garantias fundamentais dos indivíduos não poderia ser violada, cabendo aos Tribunais manterem a supremacia de seu texto, intermediando, assim, o legislativo e a sociedade.

Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar os representantes do povo para substituir a sua vontade à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade.Hamilton argumentava que, assim como era dever do magistrado resolver as antinomias decorrentes da colisão entre normas de mesma hierarquia, também o era resolver aquelas nas quais figurassem normas constitucionais e normas ordinárias. [[9]](#footnote-9)

Ocorre que a solidificação do modelo americano se deu com o julgamento do caso *Marbury versus Madison*, como ensina Adhemar Ferreira Maciel:

Quando se fala em constitucionalismo norte-americano, pensa-se, com toda justiça, em John Marshall. O caso Marbury v. Madison, julgado em 1803, correu e corre mundo. É um marco do constitucionalismo universal, pois fixou as bases da *judicial review*, ou seja, de o Judiciário poder rever as leis ou os atos da administração pública. [[10]](#footnote-10)

Complementa Cunha Júnior:

A decisão de Marshall representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior. [[11]](#footnote-11)

O notório raciocínio de Marshall fundava-se na irrefutável supremacia constitucional sobre a lei ordinária, vez que todo conteúdo contrário ao Texto Magno deveria ser tido por nulo. Tanto os sujeitos quanto as instituições exigiam incondicional respeito aos preceitos estabelecidos na Carta Constitucional, objetivando a normatização da tão esperada tutela de direitos e garantias.

Ao proferir sentença no caso Marbury versus Madison, Jhon Marshall interpretou a Constituição Americana num autêntico ato constitucional. Urge salientar que o texto estadunidense de 1787 não consagrava de forma expressa nenhum dispositivo capaz de ser invocado em casos de violação. Depois que a histórica decisão de Marshall fora incorporada à experiência constitucional norte americana, o controle de constitucionalidade elevou-se a um nível de importante destaque em todo o mundo, sendo considerado o ponto inicial do *judicial rewview* - revisão judicial das leis – americano, servindo como base para a elaboração de posteriores modelos, sobretudo, o brasileiro.

Desta feita, concebe-se o sistema americano, instituído com Constituição de 1787, pressuposto do atual controle de constitucionalidade, como modelo que possibilita a qualquer magistrado a averiguação de inconstitucionalidade da lei ou ato para com o Texto Magno diante do caso concreto, produzindo efeitos *inter partes.*

### 2.1.3 O sistema austríaco de controle de constitucionalidade

Até o início do século XX, o corpo jurídico internacional tinha conhecimento tão somente do sistema difuso, introduzido pelo modelo americano que, segundo Cunha Júnior, poderiam exercer a jurisdição constitucional “em qualquer processo em curso posto a julgamento e por meio da qual os juízes e tribunais deveriam controlar a constitucionalidade das leis e demais atos do poder público” [[12]](#footnote-12).

Embora lógico e singelo não fora tal modelo adotado pela maioria dos países europeus. A ideia de jurisdição constitucional somente foi recepcionada na Europa por meio da produção intelectual de Hans Kelsen, entretanto, com elementos avessos ao modelo americano. Expõe Cunha Júnior:

Kelsen concebeu um sistema de jurisdição constitucional “concentrada”, no qual o controle de constitucionalidade estava confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial, conhecido por Tribunal Constitucional, sistema, portanto, significativamente distinto do sistema de jurisdição constitucional “difusa” do direito norte-americano. [[13]](#footnote-13)

Seguindo a produção Kelsiana adveio da Constituição da Áustria de 1920, propagando uma nova conjectura do controle constitucional: a fiscalização concentrada/abstrata de normas, exercida pelo órgão máximo do Judiciário, denominado Tribunal Constitucional, encarregado, dentre outras atribuições, de exercer o controle constitucional de leis mediante requerimento especial. Leciona Bulos:

O sistema austríaco, ou europeu continental, adveio da Constituição da Áustria de 1° de outubro de 1.920 (*Oktoberverfassung*), revelando uma nova faceta do controle de constitucionalidade: a fiscalização concentrada de normas, exercida por um órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Na Áustria, esse órgão de cúpula do Poder Judiciário é o Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof), encarregado, dentre outras atribuições, de exercer o controle concentrado de leis mediante requerimento especial (*Antrag*).

Aliás, a Carta austríaca de 1.920, por influência de Hans Kelsen, foi a primeira do mundo a consagrar um Tribunal Constitucional, no que foi seguida pela Constituição da Espanha de 1.931. [[14]](#footnote-14)

No mesmo sentido, Cunha Júnior:

De referencia ao aspecto *subjetivo*, ja dissemos que o modelo [...] idealiza um controle “concentrado” de constitucionalidade, cuja jurisdição constitucional esta confiada a um só órgão, o Tribunal Constitucional, o único habilitado para declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Esse Tribunal Constitucional, como ficou conhecido, assumiu o monopólio do controle de constitucionalidade das leis, de tal modo que aos demais órgãos da justiça ordinária estavam interditas as vias da jurisdição constitucional. Os Tribunais ou Cortes Constitucionais [...] são jurisdições constitucionais em tempo completo, situados fora do aparato jurisdicional ordinário e independentes desse, aos quais a Constituição atribui o monopólio do controle de constitucionalidade das leis. [[15]](#footnote-15)

A redação primária da referida Carta Constitucional previa tão somente o modelo concentrado/abstrato. Com a reforma de 1929 fora implantada a fiscalização incidental, cujas bases encontravam solidificadas no modelo americano.

Tal modelo passou a conter em seu bojo as duas formas preponderantes de controle de constitucionalidade: o controle difuso e o concentrado. Conforme Bulos, “A partir daí o controle abstrato, na via de ação, passou a conviver com o controle concreto, na via de exceção. Erigiram, assim, um controle misto” [[16]](#footnote-16).

O sistema austríaco difundiu a ideologia constitucionalista mundial. Seus traços formais influenciaram diversos outros ordenamentos jurídicos - inclusive o atual modelo brasileiro - apresentando caráter marcadamente normativista, impossibilitando juízos subjetivos no âmbito do controle de constitucionalidade.

## 2.2 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

O atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro apresenta-se como uma evolução dos sistemas americano e austríaco, haja vista ter incorporado ao seu bojo, os modelos difuso e concentrado. De modo a melhor compreendê-lo, faz-se primordial uma breve exposição acerca de seus antecedentes, objetivando delinear a ascensão deste instituto no país.

### 2.2.1 Constituição de 1824: a Constituição Imperial

Em primeiro plano, faz-se relevante dispor que na Constituição de 1824 não existiam, sequer, modelos semelhantes ao controle de constitucionalidade contemporâneo. Consoante ensinamento de Gilmar Mendes, fora outorgado ao “Poder Legislativo a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” [[17]](#footnote-17).

Neste momento histórico era o Legislativo responsável pela guarda da Constituição, conforme lições de Pimenta Bueno, citado por Bulos:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele, e exclusivamente ele, é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade, seus fins. [[18]](#footnote-18)

Ocorre que a Constituição Imperial atribuiu ao Imperador o chamado “Poder Moderador”, sendo este a base de toda a estruturação política vigente. Segundo Cunha Júnior, a referida atribuição objetivava a “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos, que praticamente inviabilizava o exercício de qualquer controle da Constitucionalidade por parte do Poder Judiciário” [[19]](#footnote-19).

Destarte, fica evidente a centralização do poder desempenhado pelo Imperador, de forma a impossibilitar a delegação e averiguação de constitucionalidade das leis a outros entes, caracterizando uma espécie de controle absoluto sobre os três poderes.

### 2.2.2 Constituição de 1891: a primeira Constituição Republicana

Com o advento da República, no ano de 1891, fora introduzido ao texto constitucional, tendo previsão expressa, o controle de constitucionalidade. Da articulação dos dispositivos que abordavam o tema, extraia-se a delegação de competência ao Poder Judiciário para se manifestar acerca da ilegitimidade das normas face ao texto constitucional, assim como ensina Luís Roberto Barroso:

Ausente do regime da Constituição imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60). Da dicção dos dispositivos relevantes extraía-se a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição. [[20]](#footnote-20)

A Carta Constitucional de 1891 trazia em seu bojo somente a fiscalização de modo difuso (controle incidental), com base no modelo americano. Neste sentido, leciona Bulos:

Inaugurou, em termos constitucionais positivos, o modelo brasileiro de controle jurídico-difuso de constitucionalidade. Ruy Barbosa, inspirado no Direito Constitucional americano, teve especial influência nesse sentido, embora o art. 3º do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, já tivesse previsto a via incidental, ao dizer que, "na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte". A chamada Constituição provisória de 1890 também previa a fiscalização judicial (art. 58, l, a e b). [[21]](#footnote-21)

A Lei Maior de 1891 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, competência para reapreciar, em última instância, sentenças proferidas pelas Justiças Estaduais quando se contestar a validade e aplicação de tratados e leis federais.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. [[22]](#footnote-22)

Insta salientar que o modelo difuso de fiscalização perdurou nos textos constitucionais posteriores, sofrendo constantes modificações até efetivar-se o atual modelo, instaurado pela Constituição Federal de 1988. Tal sistema, originariamente apresentou grandes dificuldades em face da possibilidade da contradição entre as decisões dos vários órgãos judiciários, criando assim, uma insegurança jurídica, bem como congestionava as vias judiciais, visto que as decisões acerca da constitucionalidade opunham apenas efeito *inter partes.*

### 2.2.3 Constituição de 1934

Com a Constituição de 1934, foram introduzidas significativas alterações pertinentes ao controle de constitucionalidade das leis, visando, sobretudo, evitar a insegurança jurídica advinda das constantes mudanças. Nesse contexto, o principal objetivo era “resolver o problema relativo à falta de eficácia das decisões” [[23]](#footnote-23).

A introdução do controle de constitucionalidade por via principal, competência do Supremo Tribunal Federal, consolidou-se pela chamada “representação interventiva”. Ensina Barroso:

A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros [...] precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade. [[24]](#footnote-24)

Neste sentido, a condição de validade da lei interventiva, de iniciativa do Senado Federal, estaria condicionada à declaração de constitucionalidade pelo órgão de cúpula do Judiciário, no caso, o Supremo Tribunal Federal. Evidencia-se uma “forma peculiar de composição judicial dos conflitos federativos” [[25]](#footnote-25), como ensina Gilmar Mendes.

Inobstante, em se tratando do controle de constitucionalidade difuso/incidental, o Poder Constituinte dispôs que a declaração de inconstitucionalidade seria então realizada pela maioria dos membros dos Tribunais, conforme dispõe Bulos:

Em nome do ideário da segurança jurídica, consagrou quórum especial para se declarar a inconstitucionalidade (art. 179). Somente pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais, as leis e atos normativos poderiam ser decretados inconstitucionais. Buscava-se, evitar flutuações de entendimentos na jurisprudência.[[26]](#footnote-26)

Segundo Pedro Calmon, citado por Gilmar Mendes:

Esse controle judicial configurava [...] um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual. Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico. [[27]](#footnote-27)

Embora a Constituição de 1934 tenha inaugurado o modelo concentrado de constitucionalidade no Direito brasileiro - cuja finalidade precípua era estabelecer um exame tão somente jurídico -, a fiscalização de forma incidental ainda encontrava-se presente com determinadas inovações. Resta evidenciada a extensão da competência do Poder Judiciário para apreciação em abstrato das questões que envolvessem incompatibilidade para com o Texto Magno, absorvendo preceitos inicialmente dispostos pela Constituição Austríaca, afastando o puro critério incidental então existente.

A Constituição de 1934 vigeu por um período efêmero. A extinção de sua eficácia se deu pela instabilidade política à época.

De extrema valia se faz mencionar que ambos os modelos – difuso/incidental e concentrado/abstrato – perduraram por toda a República, estendendo-se à atual Carta Constitucional de 1988.

### 2.2.4 Constituição de 1937: a Constituição Polaca

Outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, traz a Constituição de 1937, inequívoco retrocesso em se tratando do controle de constitucionalidade.

Implantada no âmbito da ditadura do Estado Novo, a quarta Constituição Brasileira conferiu ao governo, poderes quase que ilimitados, evidenciando, portanto, o autoritarismo político ora instituído. Consoante Gilmar Mendes:

A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b* e *c*), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, 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. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituía-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição. [[28]](#footnote-28)

Embora mantidos o controle difuso/incidental e o quórum especial para decretação de inconstitucionalidade, o Texto de 1937 foi marcado pela estagnação e recessão do controle de constitucionalidade. O fato de o Presidente da República, a seu juízo, desde que observados o bem-estar social e a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submeter ao Parlamento a lei declarada inconstitucional, objetivando a confirmação de validade, tornava insubsistente a decisão do Poder Judiciário, acarretando, todavia, a insegurança jurídica. Ademais, a Carta Magna de 1937 reiterou a vedação do Texto Maior de 1934 que proibia ao “Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” [[29]](#footnote-29).

Portanto, a Constituição de 1937 fora marcada pelo enfraquecimento das bases do Poder Judiciário em face da atual situação política vigente, embora mantivesse de forma substancial em seu bojo, o modelo concentrado/abstrato, manchando o histórico do controle de constitucionalidade brasileiro.

### 2.2.5 Constituição de 1946

Com a promulgação da Carta Magna de 1946, foram restabelecidas as liberdades expressas no Texto de 1934, posteriormente suprimidas pela outorga da Constituição de 1937. Dispõe Mendes:

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a*, *b* e *c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: “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”. Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender* a *execução* da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64). [[30]](#footnote-30)

Com a promulgação da Constituição de 1946, ressurge a supremacia constitucional em face do poder político, cabendo ao Judiciário a “última palavra” em se tratando de incidentes constitucionais.

A democracia usurpada com a outorga do texto anterior fora restabelecida. Não obstante, restou estabelecida a competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, o exercício do controle incidental, bem como manteve “a atribuição do Senado Federal para suspender a executoriedade de lei declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso” [[31]](#footnote-31).

Sob a égide do Regime Militar, instaurado ainda na vigência da Carta de 1946, sofreu o controle de constitucionalidade, através da Emenda Constitucional n° 16, de 26 de novembro de 196, significativas modificações.

A Constituição de 1.946 foi modificada pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que inaugurou oficialmente em nosso país a fiscalização abstrata de normas. Nisso, conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, propostas pelo Procurador-Geral da República. [[32]](#footnote-32)

A referida Emenda Constitucional instituiu a denominada ação genérica de inconstitucionalidade, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal competência para apreciar e declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal mediante requerimento encaminhado pelo Procurador Geral da República. As bases da inovação em questão se encontram na Constituição de 1934 que fixou a denominada “representação interventiva”.

Portanto, a Carta Constitucional de 1946 destaca-se pela introdução do controle de constitucionalidade por via principal, mediante ação direta. No que pese ao modelo incidental, não sofreu este, qualquer alteração, passando ambos a conviver entre si.

### 2.2.6 Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n° 01/1969

O controle de constitucionalidade abordado pela Constituição de 1967 se manteve adstrito aos preceitos estabelecidos na Carta de 1946. Foram mantidos os mesmos parâmetros do texto anterior.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16, de 1965. [[33]](#footnote-33)

Embora não sejam consideradas significativas as mudanças trazidas pela Carta de 1967, como ensina Gilmar Mendes, faz-se necessário mencionar que a representação titularizada pelo Procurador Geral da República fora ampliada, abarcando a manutenção da execução de lei federal

Advindo a Emenda Constitucional n° 01, datada de 01 de outubro de 1969, surgiram drásticas mudanças formais na Carta então vigente. Um dos pontos que merece ser enfatizado refere-se ao retorno do “controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual para fins de intervenção no Município, (art. 15, § 32, *d*) [[34]](#footnote-34), que inexistia no texto originário de 1967.

Com a Emenda Constitucional n° 07 datada de 13 de abril de 1977 foram instituídas significativas alterações ao texto vigente, dentre as quais introduziu “ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal” [[35]](#footnote-35). Novamente amplia-se a competência do Supremo Tribunal Federal para interferência em questões que envolvessem a guarda da Constituição.

## 2.3 O modelo introduzido pela Carta Magna de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 manteve como pressupostos os modelos de controle de constitucionalidade instituídos pelos textos de 1891 (difuso/incidental) e 1934 (concentrado/abstrato). Contudo, trouxe consigo significativo aperfeiçoamento do sistema, principalmente no que tange à matéria de fiscalização concentrada, sendo considerado por muitos doutrinadores, a exemplo de Bulos, “um dos mais avançados do mundo” [[36]](#footnote-36).

Frisa-se que o controle difuso/incidental pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional, enquanto o concentrado/abstrato limita-se ao controle pelo Supremo Tribunal Federal, em se havendo violação de lei ou ato normativo federal ou estadual aos preceitos da Constituição Federal.

O Texto de 1988 ampliou de forma significativa a legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, resultando o fim do monopólio exercido pelo Procurador Geral da República. Neste sentido possibilitou-se que o Supremo Tribunal Federal viesse a apreciar e solucionar, de forma originária e restrita, as controvérsias constitucionais suscitadas por uma pluralidade de agentes, cuja legitimação encontra-se no próprio Texto Constitucional.

Constata-se, portanto, uma nítida tendência ao alargamento da jurisdição constitucional, consubstanciado na proeminência do atual modelo em relação aos demais, objetivando, sobretudo, maior democratização no que pese a utilização do controle de constitucionalidade.

### 2.3.1 O controle de constitucionalidade difuso

O controle difuso de constitucionalidade oportunamente sublinhado, teve suas bases formais instituídas pela Máxima Corte Americana ao julgar o caso *Marbury vs Madison*, com base na premissa basilar da Supremacia Constitucional em face das leis infraconstitucionais. No Brasil o modelo foi introduzido no ordenamento pela Constituição de 1891, sendo recepcionado pelas Constituições seguintes, encontrando hoje sua disposição legal no art. 102, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). [[37]](#footnote-37)

O dispositivo retro delineado traz em seu bojo, de forma implícita, o julgamento realizado em única ou última instância pelos demais órgãos do Judiciário que versem sobre a incompatibilidade das leis para com os dispositivos da Constituição Federal.

O em questão é exercido por qualquer magistrado ou órgão colegiado pertencente ao Poder Judiciário, possibilitando a declaração, no caso concreto, da discordância de determinada espécie normativa para com o Texto Magno, deixando de aplicá-la naquela situação, seja por provocação das partes que litigam no processo ou de ofíciopelo próprio julgador. Neste sentido dispõe Bulos:

O controle difuso, existente no Brasil desde a Constituição de 1891, permite a todo e qualquer juiz ou tribunal apreciar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

No Brasil, o controle difuso - também chamado de desconcentrado, subjetivo, aberto, concreto, descentralizado ou incidental - atrela-se à via de exceção.

Pela via de exceção ou de defesa, qualquer das partes, no curso de um processo, pode suscitar o problema da inconstitucionalidade, como questão prejudicial, cabendo ao juiz ou tribunal decidi-la, pois só assim a questão principal poderá ser resolvida. [[38]](#footnote-38)

Por tratar-se de um incidente, a arguição de inconstitucionalidade pela via difusa não exige veículo processual específico, podendo ser invocada em ações de qualquer natureza, seja em petições iniciais, contestações, reconvenções ou qualquer outra peça, conforme ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

O controle de constitucionalidade incidental pode ser iniciado em toda e qualquer ação submetida à apreciação do Poder Judiciário em que haja um interesse concreto em discussão, qualquer que seja a sua natureza.

Ações de natureza cível, criminal, administrativa, tributária, trabalhista, eleitoral etc. - todas se prestam à efetivação do controle de constitucionalidade concreto.

Não interessa sequer a espécie de processo, podendo ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade em processos de conhecimento, de execução ou cautelar, seja qual for a matéria discutida. Desse modo, ações como o mandado de segurança, o *habeas corpus,* a ação popular, a ação ordinária, etc. - todas são idôneas para a efetivação do controle de constitucionalidade concreto. [[39]](#footnote-39)

Desta feita, ocorrendo violação ou ameaça de violação a direito subjetivo em virtude de lei ou ato normativo em desacordo com a Constituição, ou ainda, de omissão legislativa, haverá fundamento para arguição de inconstitucionalidade e consequente declaração desta de pelo julgador.

No que tangem às decisões proferidas no âmbito do controle difuso não são, a princípio, definitivas, havendo a possibilidade de serem levadas à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário.

Embora o modelo difuso-incidental seja o alicerce do instituto do controle de constitucionalidade brasileiro, há que se mencionar sua declinação em face do modelo concentrado. Conforme ensina Gilmar Mendes:

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias. [[40]](#footnote-40)

Sendo a maioria das situações de inconstitucionalidade apreciadas de forma originária e restrita pelo Supremo Tribunal Federal, restou atenuada a jurisdição ordinária, de forma que os juízes – titulares da jurisdição constitucional ordinária - ficaram limitados, tendo em vista que o modelo concentrado reduziu a incidência de tais questões em sede incidental, o que não permite desvalorizar o sistema difuso no Brasil.

### 2.3.2 O controle de constitucionalidade concentrado

Ao contrário do modelo difuso/incidental, fundado na tradição americana, o controle concentrado/abstrato de constitucionalidade tem suas bases enfatizadas pelo modelo austríaco. Consoante o Min. Barroso, “Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si” [[41]](#footnote-41). Complementam Clenio Jair Schulze e Yáskara Luana Gonçalves:

O que se pretender é a defesa da Constituição, cuja pretensão será instrumentalizada através de ação própria. Aqui o objeto da ação é a própria declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, ou seja, o exame acerca da compatibilidade da lei com a Carta Maior, não estando relacionado a caso concreto. [[42]](#footnote-42)

Consoante exposto, abstrai-se um processo objetivo, de caráter genérico e impessoal, instrumentalizado por via de ação, ou seja, da necessidade de provocação, cujo escopo funda-se na manutenção da Supremacia do Texto Magno em face da legislação infraconstitucional. No mais, faz-se necessário enfatizar a ausência de litígio entre sujeitos, bem como da violação de direitos subjetivos.

A par de tais considerações, dispõe o art. 102, inciso I, alínea *a* e §1° da Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal

§1° A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [[43]](#footnote-43)

Neste sentido, abstrai-se que o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula e guardião da Constituição, atua por meio do julgamento de ações de competência originária, visando analisar a compatibilidade das leis infraconstitucionais para com o Texto Magno, que são denominadas: ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão e arguições de descumprimento de preceito fundamental. Assim dispõe Bulos: “Pela via de ação, somente o Supremo Tribunal Federal fiscaliza a constitucionalidade das leis e atos normativos, podendo ser provocado pelos mecanismos abstratos de defesa da Constituição” [[44]](#footnote-44).

Faz-se importante mencionar que a ação declaratória de constitucionalidade, disposta no art. 102, I, *a,* CF/1988, foi instituída com a Emenda n°. 03 de 18 de março de 1993, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal, competência para apreciação, bem como legitimando os agentes aptos a proporem. No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, inexiste lide. Ocorre exclusivamente a verificação de compatibilidade da lei ou ato normativo para com os termos da Carta Constitucional.

A Constituição de 1988 estabeleceu um rol de pessoas legitimadas a demandarem o controle, apontando tão somente eventual afronta aos preceitos constitucionais. O art. 103 da referida Lei Maior lista os legitimados a pleitear o controle de constitucionalidade por via direta ou principal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

 I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [[45]](#footnote-45)

Tudo isso é feito para que assegure a segurança jurídica no ordenamento, que não deve possuir leis que estejam em conflito com a Constituição, de modo que a ideia de um controle de constitucionalidade está ligada aos princípios da supremacia e rigidez constitucionais, que se caracteriza pela presença de um sistema hierarquizado de normas, no qual a Constituição ocupa o lugar mais alto.

Ao realizar o controle da constitucionalidade das leis, o STF verifica a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição sob aspectos formais - observância do processo legislativo especificado na Constituição - e materiais - consonância de conteúdo com os princípios, os direitos e as garantias fundamentais previstas na Carta Magna - . Não obstante, há a previsão dos próprios parlamentares poderem denunciar ao Poder Judiciário as eventuais inconstitucionalidades que pensam estar ocorrendo no curso da elaboração de uma espécie normativa para análise mais profunda, com o intuito de coibir atos que desrespeitem as normas constitucionais e regimentais. Contudo, embora haja hipótese de atuação preventiva do STF, esta constitui uma mera exceção à regra geral de atuação, em que o controle de constitucionalidade ocorre de maneira repressiva, ou seja, após o ingresso da nova norma no mundo jurídico.

1. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186. [↑](#footnote-ref-1)
2. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática.** 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 40. [↑](#footnote-ref-2)
3. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205. [↑](#footnote-ref-3)
4. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática.** 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010,p. 63. [↑](#footnote-ref-4)
5. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186. [↑](#footnote-ref-5)
6. ARISTÓTELES. **Constituição dos Atenienses.** Introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 68. [↑](#footnote-ref-6)
7. FERREIRA FILHO *apud* VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Orientação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 12. [↑](#footnote-ref-7)
8. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193. [↑](#footnote-ref-8)
9. HAMILTON, A.; MADISON J; JAY, J. **O Federalista.** Brasília, Ed. UnB, 1984, p. 134. [↑](#footnote-ref-9)
10. MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, Jhon Marshall e o controle de constitucionalidade.** Brasília, out./dez. 2006, p. 02. [↑](#footnote-ref-10)
11. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática.** 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 66. [↑](#footnote-ref-11)
12. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática.** 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 76. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Ibid,* p. 77. [↑](#footnote-ref-13)
14. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 195. [↑](#footnote-ref-14)
15. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática.** 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 78. [↑](#footnote-ref-15)
16. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 195. [↑](#footnote-ref-16)
17. MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 46. [↑](#footnote-ref-17)
18. PIMENTA BUENO *apud* BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201. [↑](#footnote-ref-18)
19. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática.** 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 86. [↑](#footnote-ref-19)
20. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50. [↑](#footnote-ref-20)
21. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201. [↑](#footnote-ref-21)
22. BARBOSA, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 09. [↑](#footnote-ref-22)
23. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1996. [↑](#footnote-ref-23)
24. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50-51. [↑](#footnote-ref-24)
25. MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 50. [↑](#footnote-ref-25)
26. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 202. [↑](#footnote-ref-26)
27. CALMON *apud* MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 10. [↑](#footnote-ref-27)
28. MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 50. [↑](#footnote-ref-28)
29. BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202. [↑](#footnote-ref-29)
30. MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 51-52. [↑](#footnote-ref-30)
31. BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-32)
33. MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 60. [↑](#footnote-ref-33)
34. BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203. [↑](#footnote-ref-34)
35. MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 18. [↑](#footnote-ref-35)
36. BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204. [↑](#footnote-ref-36)
37. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. [↑](#footnote-ref-37)
38. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205. [↑](#footnote-ref-38)
39. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, p. 742. [↑](#footnote-ref-39)
40. MENDES, Gilmar Ferreira**. Caderno de Direito Constitucional – 2006.** Porto Alegre: EMAGIS 4ª Região, 2006, p. 71. [↑](#footnote-ref-40)
41. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo Saraiva, 2009, p. 45. [↑](#footnote-ref-41)
42. SCHULZE, Clenio Jair; GONÇALVES, Yáskara Luana. **O controle de constitucionalidade brasileiro.**Teresina: Jus Navigandi, 2013, p. 02. [↑](#footnote-ref-42)
43. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. [↑](#footnote-ref-43)
44. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 235. [↑](#footnote-ref-44)
45. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. [↑](#footnote-ref-45)