

NOTAS O SOBRE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Enrique Ricardo LEWANDOWSKI *

SUMARIO: 1. A supremacia da Constituição; 2. Sistemas, critérios e modos do controle de constitucionalidade; 3. O controle de constitucionalidade no Brasil; 4. Bibliografia.

1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

No constitucionalismo moderno erigiu-se a Constituição, de tipo escrito e rígido, como pedra fundamental da ordem jurídica, submetendo-se a ela, como condição de validade, todas as leis e atos normativos, sejam eles estatais ou privados.

O controle de constitucionalidade surge historicamente como um mecanismo destinado a assegurar a supremacia da Constituição sobre as todas as demais normas legais que convivem no mesmo sistema jurídico.

Através do controle de constitucionalidade examina-se a adequação de um ato jurídico à Constituição, quer do ponto de vista formal, quer do material. Sob a primeira perspectiva, analisa-se o ato quanto à sua conformidade com o procedimento legislativo constitucionalmente estabelecido para a sua edição; sob a segunda, estuda-se a compatibilidade do ato com o conteúdo da norma constitucional.

O controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, como construção jurisprudencial, porque a Constituição de 1787 não o previu expressamente. O famoso Chief Justice Marshall, da Suprema Corte, no caso *Marbury versus Madison*, decidido no início do século passado, demonstrou, de forma pioneira, que, se a Constituição é a Lei Máxima do País, inalterável pelos meios comuns, as leis ordinárias que lhe fossem contrárias, seriam nulas, portanto não obrigatórias.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2. SISTEMAS, CRITÉRIOS E MODOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Existem basicamente três sistemas de controle de constitucionalidade, quais sejam, o político, o jurisdicional e o misto.

O primeiro é aquele em que o controle recai sobre um órgão de natureza política, como o Legislativo, solução encontrável na Europa do século passado, ou sobre um órgão especial, como o *Presidium do Soviet Supremo* da antiga União Soviética ou o *Conseil Constitutionnel* da França atual.

No segundo sistema, que deriva da tradição norte-americana, mais difundido atualmente, o controle é exercido pelo Judiciário, que examina não só as leis como também os atos dos demais Poderes quanto à sua compatibilidade formal e substancial com a Constituição. Nos Estados Unidos da América denomina-se judicial control.

Finalmente, o terceiro sistema entrega certas categorias de leis ao controle político e outras ao judicial. É o sistema vigente na Suíça, onde as leis federais são controladas politicamente pela própria Assembléia Nacional e as leis cantonais submetidas ao Judiciário.

Nos vários sistemas existentes são encontráveis dois critérios de controle de constitucionalidade: o *controle difuso* e o *controle concentrado*. Aquele ocorre quando qualquer membro do Judiciário pode apreciar a alegação de inconstitucionalidade; este se verifica no caso em que a competência para tanto é outorgada a um único órgão, via de regra o tribunal de cúpula do Judiciário ou uma corte especial.

Há ainda três modos de exercício do controle de constitucionalidade:

- 1) *por via de exceção ou incidental*, em que a inconstitucionalidade é arguida por ocasião da discussão de um caso concreto diante do juiz ou do tribunal;
- 2) *por via de ação direta*, na qual a inconstitucionalidade é discutida, em tese, diretamente perante o tribunal ou órgão especial, por iniciativa de qualquer do povo ou de autoridade especialmente designada; e
- 3) *por iniciativa do juiz*, onde a inconstitucionalidade é levantada pelo magistrado no curso de um processo judicial.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Na Constituição do Brasil, atualmente em vigor, promulgada em 1988, o sistema de controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinan-

do os critério difuso e o concentrado, podendo ser exercitado por via de exceção ou de ação direta.

Isso significa que apenas o Judiciário é competente para apreciar a arguição de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, podendo qualquer interessado levantar a questão, dentro de uma lide, na discussão de um caso particular, diante de qualquer juiz singular ou de qualquer tribunal, seja estadual ou federal. A inconstitucionalidade pode também ser apreciada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, em tese, por provocação de agentes especialmente designados na Constituição.

Como se sabe, o Brasil encontra-se estruturado como uma República Federativa, sendo a distribuição da justiça comum de responsabilidade dos juizes e tribunais estaduais e a repartição da justiça especializada atribuída à esfera federal. O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula de todo o sistema judiciário nacional, ao qual incumbe não apenas julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, como também os *recursos extraordinários* de decisões prolatadas, em matéria constitucional, pelos órgãos jurisdicionais de instância inferior. É integrado por onze *Ministros*, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos, brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101).

Compete ao Supremo Tribunal Federal, dentre outras atribuições, julgar:

1) *originariamente*; a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, “a”); o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Membros do Congresso Nacional e o Procurador Geral da República, nas infrações penais comuns (art. 102, I, “b” e “c”); o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou a Território (art. 102, II, “e”); e as causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros (art. 102, I, “f”);

2) *ordinariamente*, em grau de recurso, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em uma única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, “a”); e o crime político (art. 102, II, “b”);

3) *extraordinariamente*, em grau de recurso, as causas decididas em única e última instância, quando a decisão recorrida for contrária à Constituição (art. 102, III, “a”, “b” e “c”).

Verifica-se, portanto, que quando uma lei ou um ato normativo é declarado inconstitucional por um juiz ou um tribunal, na solução de um litígio concreto, pelo critério difuso e pela via da exceção, a questão poderá ser apreciada pelo Supremo Tribunal, por meio de recurso extraordinário interposto por qualquer uma das partes.

Por outro lado, como se registrou, a inconstitucionalidade também pode ser também apreciada pelo critério concentrado e pela via da ação direta, não no contexto da discussão de um caso particular, mas atacando a lei ou o ato em tese.

Possuem legitimação para propor a ação direta ou representação de inconstitucionalidade o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa; o Governador do Estado; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito.

É interessante notar que a declaração de inconstitucionalidade, na via da exceção, possui apenas efeito particular ou inter partes, ao passo que aquela que ocorre no bojo de uma ação direta tem efeito geral ou erga omnes.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, incumbe ao Senado suspender, no todo ou em parte, a lei ou o ato normativo impugnados (art. 52, X).

A Constituição de 1988 traz uma novidade no campo do controle com relação às anteriores, inspirada no direito português: a inconstitucionalidade por *omissão*. Como se sabe, a violação da Constituição não ocorre apenas por *ação*, ou seja pela violação ativa de uma norma constitucional de eficácia plena, mas também quando se deixa de cumprir uma norma de natureza programática.

Nessa hipótese, declarada a inconstitucionalidade por omissão pelo Supremo Tribunal Federal, éste comunicará a decisão ao Legislativo para que tome providências, embora não haja sanção prevista pelo descumprimento da ordem judicial (art. 102, § 2º, primeira parte). Tratando-se de órgão administrativo, o Tribunal fixará prazo de trinta dias para que este adote as medidas previstas na Constituição, sob pena de responsabilidade (art. 102, § 2º, segunda parte).

Deve-se registrar, ainda, que a sistemática constitucional brasileira admite o controle da constitucionalidade das leis estaduais e municipais em face da Constituição do Estado pelos tribunais de superiores das

unidades federadas. No passado, esse controle era exercido apenas de maneira difusa, pela via da exceção (art. 125, § 2º).

4. BIBLIOGRAFIA

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1976.

SILVA, José Alonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

WILLIAMS, Jerre S., *Constitutional Analysis*, St. Paul, West Publishing, 1979.