

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Controlar a constitucionalidade significa impedir que atos normativos desconformes com a Constituição continuem a produzir efeitos jurídicos. O controle da constitucionalidade pressupõe a existência de uma Constituição rígida. O controle (quando projeto de lei) esta a cargo do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Finalmente, o controle (quando lei) esta a cargo do Poder Judiciário (última barreira e a requerimento da parte interessada), estando a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional a cargo do Senado Federal (artigo 52 inciso X).

A) SISTEMAS DE CONTROLE:

Dois são os sistemas de controle (deve ser rigoroso e intransigente) da constitucionalidade: preventivo (quando projeto) e posterior (quando Lei).

1º Sistema do Controle **PREVENTIVO** (antecipado, anterior, a priori) = Controle prévio da lei. É exercido pelos próprios órgãos de elaboração da Lei (tem a finalidade de prevenir, quer dizer, evitar a promulgação de lei inconstitucional).

2º Sistema do Controle **POSTERIOR** (após, depois, a posteriori) = Dizemos ser o mais importante por ser este a última barreira contra a inconstitucionalidade (Poder Judiciário).

B) INTRODUÇÃO DO CONTROLE, EVOLUÇÃO DO CONTROLE E APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE, NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS:

1º Na Constituição (Carta) de 1824: Inexistência do controle. A Constituição do Império não possibilitou a implantação do sistema do controle da constitucionalidade das leis. Incumbia ao próprio legislador (legislativo) o controle, a sua atividade (ao legislativo atribuía: fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las). Por outra razão o Poder Moderador era a chave de toda a organização Política, e esse poder era delegado ao Imperador.

2º Na Constituição de 1891: Introdução ao controle. Na Constituição Republicana, introduziu modificações que permitiam, embora não de forma perfeita, o sistema do controle da constitucionalidade. Extinguiu-se o Poder Moderador, que sobrepujava a rigidez da separação dos poderes. Para proteger a Constituição, não fora concedido com exclusividade ao próprio poder legislativo.

3º Na Constituição de 1934: Aperfeiçoamento do sistema. Exigia que as declarações de inconstitucionalidade somente fossem feitas, pela maioria absoluta dos votos da totalidade dos juízes componentes dos tribunais. Introduziu a possibilidade da suspensão da execução das leis declaradas inconstitucionais.

4º Na Constituição (Carta) de 1937: Retrocesso. Possibilitou ao Presidente da República apresentar novamente ao parlamento uma lei declarada inconstitucional, caso esta viesse a confirmar a norma, por maioria de dois terços dos votos de cada uma das casas, perderia a decisão do tribunal.

5º Na Constituição de 1946: Manteve o controle da inconstitucionalidade. Possibilidade dos juízes e Tribunais locais julgarem a constitucionalidade ou não de uma norma. Manteve a exigência da maioria absoluta dos membros do tribunal para a eficácia da decisão. Com a emenda 16/1965, ganhou o controle da constitucionalidade, em nosso sistema, uma plenitude total.

6º Na Constituição (carta) de 1967: Manteve. Todo o texto reservado à matéria.

7º Na Emenda (Ato) 01/1969: Somente alterou a numeração dos artigos, mantendo o texto de 1946, emendado em 1965, tal e qual fez em 1967.

8º Na Constituição de 1988: Avanço no sistema. Adotou o controle por omissão e ampliou as pessoas que podem propor a ação de inconstitucionalidade (artigo 103). Outro avanço esta na Emenda Constitucional número 3 de 1993, no parágrafo 4º do artigo 103, ou seja, a ação declaratória de constitucionalidade que poderá ser proposta pelo Presidente da República e outros.

TÉCNICAS DE CONTROLE:

1ª Técnica **POR VIA DE AÇÃO** (método concentrado) = Tem por objetivo expelir do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo inconstitucionais. A característica primordial é atacar o vício da lei em tese; antigamente somente tinha legitimidade para a causa o Procurador-Geral da República; agora, com o novo texto artigo 103 a competência para conhecer e decidir a questão o Supremo Tribunal Federal (STF); a decisão judicial faz coisa julgada, com efeitos “erga omnes”.

2ª Técnica **POR VIA DE EXCEÇÃO OU DEFESA** = Ataca o vício de validade da lei no caso concreto, isto é, a arguição de inconstitucionalidade deve se dar no curso de um processo comum (litígio posto em juízo); qualquer órgão judicante tem competência para conhecer e decidir a questão de inconstitucionalidade; a decisão judicial faz coisa julgada apenas entre as partes litigantes, nada modificando quanto às relações de terceiros. A declaração é consequência.

RESUMINDO: A declaração da inconstitucionalidade, em nosso sistema, é fruto de atividade jurisdicional. Podem prestá-la qualquer juiz ou tribunal. No entanto, compete exclusivamente ao STF pronunciar-se acerca da inconstitucionalidade de lei, em tese. Na declaração de inconstitucionalidade provocada por meio de ação ou

de exceção, os nossos Tribunais apenas podem fulminar uma lei ou ato do Poder Público por incursos no vício máximo de inconstitucionalidade, se vier esta a ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Dúvidas podem surgir sobre a natureza da atividade controladora, exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando se trata de ação direta. Seria essa uma atividade legislativa pela qual o Supremo Tribunal Federal desafaria uma lei o que valeria, em termos antológicos, a fazer outra lei em sentido contrário?

Celso Ribeiro Bastos, eminente mestre do Direito Constitucional, opina pelo caráter jurisdicional da função controladora exercida pelo Supremo. Isto, pelas seguintes razões: a) não pretendeu a nossa Constituição dar fundamento político a tal decisão, caso em que incumbiria dessa missão qualquer outro mesmo o Supremo Tribunal Federal, que encabeça o Poder Judiciário; b) Embora próxima a função legislativa, a atividade de controle judicial da constitucionalidade dos atos públicos com ela não se confunde porque não é Poder Judiciário que empresta ou retira força à norma legal. Esta advém do fato de ter sido produzida pelo órgão competente, designado na própria Constituição, segundo uma forma por esta também prevista e com um conteúdo por ela não vedado. O Poder Judiciário limita-se a verificar se foram obedecidos esses pressupostos para o surgimento da lei. É por essa razão que a Constituição lhe confere competência para decretar a inconstitucionalidade da norma; c) o próprio da atividade legislativa é criar uma norma, é inovar (exceto em relação à Constituição), é acrescer à ordem jurídica, enquanto a atividade jurisdicional cinge-se a afirmar sem criar, portanto - a compatibilidade ou incompatibilidade de uma situação com regra jurídica anterior e respectivas conseqüências. Na declaração de inconstitucionalidade de lei, norma alguma se agrega às existentes. Tão só se reconhece a incompatibilidade de uma norma legal já existente, com norma Constitucional, também pré-existente. A lei, ao menos sob a forma de presunção pelo mero fato de ter sido gerada, é inconstitucional. Ao Supremo incumbe anulá-la, em verificados ou pressupostos para tal, mas nunca legitimá-la ou validá-la; d) Afinal, vê-se que a função controladora, não se confunde com a legislativa, a qual está voltada para a produção normativa, segundo um critério de conveniência política, enquanto que a atividade de contraste constitucional volta-se para o desfazimento da norma, por não reconhecer nela os elementos

formais e substanciais imprescindíveis em vista de sua entronização no ordenamento jurídico.

Em nosso sistema, pois, o controle da inconstitucionalidade das leis, por via da ação direta, só poderá enquadrar-se no seio da atividade jurisdicional. Assim, é utilizada no texto da Carta Máxima a expressão “julgar”, para tal tipo de comportamento do STF, que de resto é a maneira normal desse órgão expressar sua função.

Finalmente, desde que tal controle é atribuído ao Supremo, há de presumir-se seu alojamento em uma dentre duas das funções por ele exercíveis: a administrativa, em caráter ancilar, e a jurisdicional, que lhe é a típica. Sendo fora de causa a inserção das atividades administrativas, por força se inserirá no âmbito da atividade jurisdicional”.

Em razão do fato de tratar-se de atividade jurisdicional a função controladora da constitucionalidade de leis e atos administrativos submete-se a princípios próprios dessa atividade. Entretanto, cumpre notar que não ocorre a transplantação de todos os princípios típicos da atividade jurisdicional, que poderíamos denominar de comum, para antepô-la a esta, especial, em virtude de preordenar-se ao objetivo supremo de garantir a Constituição e o bom funcionamento dos poderes por ela criados.

Jurisdição é a função de dizer o direito e de aplicá-lo, quando necessário, de molde a que o equilíbrio social seja permanentemente restaurado, sempre que perturbado. Essa função é exercida através dos chamados órgãos componentes do Poder Judiciário, aos quais se atribuiu, com exclusividade, o poder de decidir as controvérsias, aplicando a lei.

PRINCIPAIS PROBLEMAS

EXISTÊNCIA DO CONTRADITÓRIO:

A indispensabilidade do contraditório não resulta de nenhuma exigência abstratamente considerada. Há plena possibilidade da existência de jurisdição, sem acolhimento do princípio do contraditório. O processo inquisitório é disso um exemplo. A atividade jurisdicional moderna é toda ela informada por tal princípio. Nestas condições, infere-se que a legislação, infraconstitucional interpretou corretamente a Constituição ao prever um processo contraditório. O próprio princípio da harmonia constitucional dos Poderes sugere, a respeito, a consideração e o acatamento que devem prevalecer em suas recíprocas relações.

Prescindir o contraditório seria o manifesto desprestígio ao Poder produtor do ato, por marginalizá-lo quando do exame de um comportamento seu, em abono do qual milita presunção de legitimidade. Logo, ausência de contraditório viria a constituir-se em inversão da lógica interpretativa e subversão dos princípios em que estriba o sistema.

DECISÃO QUE DÁ PELA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO:

A força de coisa julgada, própria das decisões definitivas proferidas em ação direta, inibe a possibilidade de qualquer outro juiz ou Tribunal dar pela constitucionalidade da lei ou ato havidos por inconstitucionais pela Suprema Corte. A força do decisório ora examinado não vai contudo ao ponto de suspender a eficácia da lei, porque está só se dá pela interveniência do Senado Federal, que desfruta da competência exclusiva para tal. A decisão do Pretório Excelso não tem o poder de privar a lei de sua executoriedade, da produção das conseqüências que a tornam eficaz. Os atingidos por pretensões fundadas em ato já declarado inconstitucional, deverão recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter a sustação dos efeitos “in casu”.

Tal entendimento deflui inexoravelmente da Constituição, que confere exclusivamente ao Senado a competência para subtrair eficácia à lei.

Se o Senado quem paralisa a norma, admite-se que até o momento da suspensão por aquele, encontra-se ainda em fase de produção de efeitos, não se pode suspender a aplicação de lei, que já era inexecutável.

Temos, então, como efeitos da procedência da ação direta de inconstitucionalidade: a) coisa julgada; b) efeito “erga omnes” do julgado; c) ausência de suspensão de eficácia do ato acoimado do vício supremo.

DECISÃO QUE DÁ PELA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO:

Se a maioria constitucionalmente exigida para declarar inconstitucional um ato infraconstitucional decide pela improcedência da ação, esta faz coisa julgada.

São as seguintes razões que militam a favor deste entendimento: a) disposição do fundamento do direito subjetivo público de ação, isto é, já ter havido a prestação jurisdicional a que estava obrigado o Estado; b) a estabilidade da ordem jurídica, que se veria turbada pela repetição de ações de declaração de inconstitucionalidade, a fazer pairar, a todo o instante, dúvida sobre

os atos apontados como viciados; c) a harmonia do sistema; d) o amesquinamento da dignidade autoritária de um pronunciamento do Supremo, efetuado com uma solenidade toda especial (maioria absoluta).

Examinado-se hipótese contrária, na manifestação pela improcedência da ação ter derivado da maioria constitucional necessária à declaração de inconstitucionalidade, mas ter simplesmente surgido de circunstância de não ter ido obtida a maioria indispensável, para a procedência. Se a manifestação pela improcedência da ação não derivar da maioria constitucional necessária à declaração de inconstitucionalidade, a decisão não faz coisa julgada.

O SENADO NA SUSPENSÃO DO ATO DECLARADO INCONSTITUCIONAL:

Proferida decisão definitiva, que não comporte, pois, qualquer recurso, deve ela ser comunicada ao Senado. Não há disposição expressa, nesse sentido, na Constituição Contudo, tal não pode deixar de acontecer sob pena de prejudicar-se todo o sistema controlador da constitucionalidade, por via de ação. Se este tem por objetivo expelir do ordenamento jurídico a norma com ele incompatível e se tal desiderato não se realiza senão pela suspensão da lei ou ato pelo Senado, é forçoso convir da necessidade de ser levada ao conhecimento do órgão competente a decisão que lhe vai propiciar a prática do ato que lhe cabe, no procedimento controlador.

Não está claro, na doutrina e na jurisprudência, a natureza do papel desempenhado pelo Senado Federal, quando do exercício da sua competência para suspender atos infraconstitucionais.

Coloca-se o saber-se da discricionariedade a favor do Senado, a qual lhe permitira agir ou deixar de fazê-lo segundo seu próprio entendimento, no sentido do cumprimento da sua missão. Esta posição esbarra com a seguinte dificuldade: para que entregar a Constituição ao Supremo, o julgar da inconstitucionalidade das leis, se pretende, a seguir, substituir tal pronúncia por uma decisão política do Senado?

Uma segunda corrente defende a ausência de qualquer margem de apreciação de sua parte. O Senado ficaria assim reduzido a mero órgão chancelados da decisão do Supremo, o que não dá explicação do motivo pelo qual foi o Senado escolhido para desempenhar essa função, posição essa ao que parece, endossada

por Lúcio Bittencourt, quando diz que a função do Senado é dar publicidade a tal decisão.