JOSÉ AFONSO DA SILVA

O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

(Evolução Institucional)

MALHEIROS EDITORES

O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)

© José Afonso da Silva

ISBN 978.85-392-0089-4

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo/SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
Scripta

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
06.2011

À Lenita,
por tudo que nos uniu
e por tudo que nos mantém unidos.

trução jurisprudencial da Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte, com base no princípio de que "a Constituição é uma Lei Superior, imutável por meios comuns", e na declaração da Constituição norte-americana de que a competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos surgidos sob a Constituição.[2] Imutável por meios comuns é a Constituição *rígida*, aquela que só é alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.[3] *Como Lei Superior*, a Constituição encontra seu fundamento no princípio da rigidez, do qual deflui, como primordial corolário, o *princípio da supremacia constitucional*.

Essa *supremacia* é que fundamenta a validade das normas infraconstitucionais e requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com eles. Exige mais, pois omitir providências necessárias à aplicação de normas constitucionais constitui também conduta desconforme com o princípio de supremacia.

De fato, a Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidade: a *inconstitucionalidade por atuação* (ou ação) e a *inconstitucionalidade por omissão* (art. 102, I, "a", e III, "a", "b" e "c", e art. 103 e seus §§).

A *inconstitucionalidade por atuação* ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica do País, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as de grau superior; as que não forem compatíveis com a Constituição serão inconstitucionais, e não podem prevalecer, porque seria admitir sua alteração por "meios comuns", com infringência, pois, das normas sobre o processo de sua reforma, nela mesma estabelecido. É o dilema

2. Cf. John Marshall, "Marbury *versus* Madison, 1808", in Saul K. Padover, *A Constituição Viva dos Estados Unidos*, trad. de A. Della Nina, São Paulo, IBRASA, 1964, p. 89.

3. A referência a *leis complementares* prende-se ao fato de que no Brasil a Constituição provê esse tipo de leis, que se colocam acima das leis ordinárias e abaixo das normas constitucionais em certas matérias. As leis complementares são aprovadas por maioria absoluta dos membros das Casas do Congresso Nacional, segundo dispõe o art. 69 da CF de 1988.

colocado, há quase dois séculos, pelo gênio do *Chief-Justice of the United States*, John Marshall: "Ou a Constituição é uma Lei Superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, com estes, é reformável ao sabor da legislatura".[4] A primeira alternativa, logicamente, prevaleceu.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a Constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público*, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) *formalmente*, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição; (b) *materialmente*, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição.

A incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico.[5]

A *inconstitucionalidade por omissão* verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, exigem uma lei ou uma providência administrativa para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem. Se o legislador não produz a lei ou o administrador não pratica o ato requerido, dá-se uma omissão, que, conforme as circunstâncias, poderá ser tida como inconstitucional.

3. Evolução histórica

A Constituição política do Império do Brasil (25.3.1824) era semirrígida, nos termos de seu art. 178, que, distinguindo expressamente entre normas materialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais, estabelecia que só era constitucional o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais; tudo o que não era constitucional – com-

4. John Marshall, "Marbury *versus* Madison, 1808", cit., in Saul K. Padover, *A Constituição Viva dos Estados Unidos*; Ruy Barbosa, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo (Ações Civis dos Reformados e Demitidos pelos Decretos de 7 e 12.4.1892)*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Atlântica Editora, s/d. (texto produzido como razões forenses em 1893), p. 46.

5. Cf. nosso *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 47.

pletava – podia ser alterado pela legislatura ordinária, sem as formalidades dos arts. 173 a 177. Vale dizer: o que era por ela tido como constitucional atendia ao princípio da rigidez; o resto era flexível. Seria, portanto, de esperar que aparelhasse algum sistema de controle de constitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público. No entanto, ela não reconheceu ao Poder Judiciário, nem a qualquer órgão político, a faculdade de declarar inconstitucionais atos do Parlamento ou do Executivo porventura contrários à parte rígida de seu texto.

O sistema constitucional de então não era propício ao surgimento de um sistema de justiça constitucional, porque adotara o *Poder Moderador*, no qual repousava a defesa da Constituição, encarregado, que era, de resolver os conflitos constitucionais entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de acordo com a formulação de Benjamim Constant. Esse quarto Poder, o *Poder Moderador*, era "a chave de toda a organização política", delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante, para que incessantemente velasse pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes políticos (art. 98); funcionando como "suprema inspeção dos demais Poderes", só a ele poderia caber o controle de constitucionalidade – o que, entretanto, não se verificou, salvo quanto a projetos de leis que o Imperador devolvia ao Parlamento, para novo exame.

A proclamação da República e a instituição da Federação, sob nítida influência do sistema constitucional norte-americano, deram lugar à incorporação de regras básicas sobre o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Recorreu-se ao velho *writ of error* do Direito Anglo-Americano, segundo a formulação do *Judiciary Act*, traduzido quase literalmente no art. 59, § 1º, do Decreto 510, de 22.6.1890, de onde passou para o art. 59, n. 2, e seu § 1º, da Constituição Federal de 25.2.1891, pelos quais competia ao STF julgar, *em grau de recurso*, as questões decididas pelos juízes e tribunais federais ou pelas Justiças dos Estados quando: (a) *se questionasse sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão fosse contra ela*; (b) *quando se contestasse a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, e a decisão do tribunal considerasse válidos os atos ou essas leis impugnadas*.

Ruy Barbosa, analisando esse texto, declarou tratar-se de redação claríssima, em que se reconhecia não só a competência das Justiças da União, como a dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição, e o princípio fundamental era 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.[6]

Assim, como se vê, a primeira Constituição republicana acolhera a *justiça constitucional*, a ser exercida *por via de exceção* ou *defesa*, segundo o critério de *jurisdição difusa*.

A Constituição Federal de 1934 manteve essas regras (art. 76, III, "a" e "b"), mas trouxe três inovações importantes: (a) criou, no seu art. 12, § 2º, um modo de exercício direto de controle da constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção em Estado por inobservância dos princípios constitucionais especificados nas letras "a" a "h" do art. 7º, I; (b) estabeleceu, em seu art. 179, que só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público; (c) a terceira inovação de importante consequência prática vinha no art. 91, IV, que atribuía ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Três inovações que, com pequena variação, se incorporaram definitivamente ao direito constitucional brasileiro.

Cumpre notar, contudo, que a Constituição ditatorial de 1937 não foi clara no prever a ação direta de inconstitucionalidade. Manteve, porém, o controle difuso (art. 101, III, "b" e "c"), bem como a exigência do citado art. 179 da Constituição de 1934 (art. 96), mas atenuou o princípio da jurisdição constitucional ao dispor, no parágrafo único do mesmo art. 96, que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia ele submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do tribunal.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, retomou o sistema da Carta Magna de 1934, prevendo, em seu art. 101, III, "b" e "c", a base da jurisdição constitucional pelo critério difuso, em defesa, quando ali se conferiu competência ao STF para julgar, em *recurso extraordinário*, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes, quando: (a) *se questionasse sobre a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão recorrida negasse*

6. Ruy Barbosa, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo (Ações Civis dos Reformados e Demitidos pelos Decretos de 7 e 12.4.1892)*, cit., 2ª ed., p. 60.

aplicação à lei impugnada; (b) *se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgasse válida a lei ou ato local.*[7]

A *ação direta de inconstitucionalidade* foi prevista no parágrafo único do art. 8º, mas admissível somente para o fim de defesa dos princípios constitucionais contra atos do Poder Público Estadual, conhecida como *ação direta interventiva*, porque visava (e visa, ainda) à intervenção federal no Estado que praticasse o ato impugnado. No art. 200 manteve-se a exigência de maioria absoluta para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, e no art. 64 voltou-se a conferir ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Foi sob a Constituição de 1946 que duas outras novidades foram introduzidas na sistemática da justiça constitucional brasileira, por meio da Emenda Constitucional 16, de 6. 12.1965, que criou uma modalidade de *ação direta de inconstitucionalidade* de caráter *genérico*, ao atribuir competência ao STF *para processar e julgar originariamente a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República* (art. 2º, "k"), e estatuiu que a lei poderia estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça (que é o tribunal superior da organização judiciária dos Estados-membros), para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a Constituição do Estado. Esta última disposição não foi repetida, no mesmo sentido, nas Constituições de 1967 e 1969, mas estas confirmaram a *ação direta interventiva*, pela qual o Procurador-Geral da Justiça (chefe do Ministério Público do Estado) promoveria perante o Tribunal de Justiça do Estado a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município contrário a princípios indicados na Constituição Estadual, com pedido de intervenção nele pelo respectivo Estado-membro.

A Constituição Federal, de 5.10.1988, manteve todas as conquistas precedentes e incorporou cinco novidades: I – reduziu a competência do STF à matéria constitucional (art. 102); II – ampliou a legitimação para propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); III – previu, embora timidamente, a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); IV – determinou a citação do Advogado-Geral da União, para

7. Para pormenores, cf. nosso *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1963, pp. 213-227.

defender o ato ou texto impugnado, quando o STF apreciar a inconstitucionalidade,, em tese, de norma legal ou ato normativo (art. 103, § 3º); V – estabeleceu que aos Estados cabe a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Em suma: à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por atuação ou por omissão e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os *critérios difuso e concentrado*, este de competência do STF. Portanto, temos o exercício do controle *por via de exceção* e por *ação direta de inconstitucionalidade*. De acordo com o controle por exceção, *qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo*. A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: (a) a *interventiva*, que pode ser *federal*, por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do STF (arts. 34, III, 102, I, "a", e 129, IV), ou *estadual*, por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, 129, IV, e 125, § 2º); *interventiva* porque destinada a promover a intervenção federal em Estado ou de Estado em Município, conforme o caso; (b) *a genérica*: (1) de competência do STF, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, *em tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual*, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente à defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, "a", e 103, incisos e § 3º); (2) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), dependendo da previsão nesta; (c) a *supridora de omissão*: (1) do *legislador*, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição;[8] (2) do *administrador* que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º).

8. A Constituição traz inúmeros exemplos de normas dependentes de lei, como o art. 7º, X (a *lei* protegerá o salário; se a lei não for criada, o salário não terá a proteção), XI (participação no lucro, dependente de definição legal) e XXIII (adicional de remuneração para atividades penosas, dependente da forma da lei) etc. Cf., a propósito do assunto, nosso *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2009.