

BIBLIOTECA
DIREITO DO ESTADO

DIREITO DO ESTADO
BIBLIOTECA

Controle de
CONSTITUCIONALIDADE
no Brasil
perspectivas
de evolução

Elival da Silva Ramos

DEDALUS - Acervo - FD



20400064127

2010



por conseguinte, que o direito internacional cada vez mais interfere no plano interno; as condições e limites em que essa interferência se dá, entretanto, continuam sob o controle dos Estados e da respectiva normatividade constitucional.^{116 e 117.}

Em conclusão, o princípio da supremacia hierárquica da Constituição está longe de haver sido abalado pelo avanço registrado pelo direito internacional, especialmente no concerto europeu. A soberania dos Estados, refletida nas normas constitucionais que este edita, permanece sendo o parâmetro para aferição da forma de vinculação jurídica do Estado no plano externo (celebração de tratados e participação em entidades supra-

8-12-2004, a Constituição brasileira introduziu a hipótese no ordenamento nacional, ao acrescentar um § 3º ao art. 5º da Lei Maior, de acordo com o qual "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Note-se que não há falar aqui, propriamente, de primazia dos tratados e convenções sobre direitos humanos em relação à Constituição, já que foi atribuído àqueles atos internacionais o status de emenda constitucional, sujeitando-se, inclusive, às limitações materiais desse tipo normativo. A nosso ver, tal qual sucede, atualmente, na relação paritária entre tratado e lei ordinária, não ocorrerá, propriamente, a revogação de dispositivos constitucionais pelos tratados e convenções; apenas se suspenderá a execução dos dispositivos conflitantes, que poderão voltar a vigorar em caso de denúncia daqueles. De igual modo, emenda constitucional superveniente poderá afastar a incidência de norma internacional, diretamente aplicável no plano interno, nos termos do § 3º, do art. 5º, da CF, sem prejuízo da eventual responsabilização do País no plano internacional. Nesse sentido é a jurisprudência do STF: RTJ, 83-809, RE 80.004-SE, rel. p/ acórdão Min. Cunha Peixoto, considerada pelo Min. Carlos Velloso a mais importante decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria: O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 229:16, jul./set. 2002.

116 A propósito do tema, pontifica Canotilho, ob. cit., p. 825: "A tese, hoje dominante, sobre as relações entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros e o ordenamento comunitário, é a tese dos ordenamentos separados. O ordenamento comunitário e os ordenamentos nacionais concebem-se como ordenamentos (ou sistemas jurídicos) autônomos e distintos. No plano das fontes do direito, isto significa que as normas comunitárias emanam de uma fonte de produção autônoma, diversa das fontes de produção do direito dos Estados-membros (cf. sentenças do Tribunal de Justiça das Comunidades, Costa - ENEL, 15/7/69, e *Chiti*, de 6/10/62)."

117 Bem por isso, ao examinar as implicações que uma eventual, e hoje distante, transformação do MERCOSUL em organização supranacional traria para o direito constitucional brasileiro, Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte que seria imperiosa a alteração da Constituição em vigor para consagrar o princípio de que o "direito comunitário, estabelecido pelas instâncias governativas dessa 'comunidade', prevalece sobre o direito comum brasileiro". *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 27.

nacionais), do modo de incidência das normas de direito internacional no plano interno (diretamente ou indiretamente, por incorporação) e da força normativa de que essas normas gozam no ordenamento local (posição hierárquica em face da normatividade decorrente das fontes internas). E, de modo geral, as Constituições, embora excepcionalmente possam até, vez por outra, ceder lugar a normas editadas na esfera internacional, nos termos por elas próprias admitidos, persistem na condição de viga-mestra do ordenamento jurídico interno e, em virtude disso, como o parâmetro normativo mais elevado para a solução de conflitos pelo Poder Judiciário.

6 As decorrências da supremacia: a rigidez das normas constitucionais e o controle de constitucionalidade

A supremacia hierárquico-formal da Constituição traz, como primeira consequência, a rigidez das normas constitucionais.

É atribuída a Lorde Bryce a classificação que distingue as Constituições rígidas das Constituições flexíveis, classificação que Pablo Lucas Verdú alunhou de clássica¹¹⁸. É interessante notar que o conceito de Constituição rígida apresentado por Bryce descreve não apenas a rigidez propriamente dita, vale dizer, a característica desse tipo de Constituição de ser modificada por um procedimento diverso daquele utilizado para a edição e revogação das leis ordinárias, conectando-a com a ideia de superioridade do Poder que faz a Constituição rígida (o Poder Constituinte) e das normas que a compõem:

"Outras Constituições (*las rígidas*), a maioria delas pertencentes ao tipo mais moderno ou estatutárias, estão acima das outras leis do País que regulam. O instrumento - ou instrumentos - em que estão contidas essas Constituições não procede da mesma fonte que as outras leis, é promulgado por procedimento distinto e possui maior força. Sua proclamação não corresponde à autoridade legislativa

118 Com efeito, no estudo preliminar preparado para a edição da obra *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas* promovida pelo Centro de Estudos Constitucionales, de Madrid, anotou Verdú que se trata de classificação clássica por três razões: "a) porque seu autor a estabeleceu valendo-se de seus conhecimentos como romanista (...); b) porque a expõe com elegância jurídica e estilo diáfano; c) porque obterá indubitável valor instrumental. Nesse sentido, sua familiaridade com o método comparado, do qual extrai os exemplos pertinentes, constitui um legado capital para a Teoria da Constituição ocidental." Ob. cit., p. XXXVI-VIII.

ordinária e sim a alguma pessoa ou órgão superior ou com poder especial. Se é suscetível de alteração, esta será efetuada unicamente pela referida autoridade, pessoa ou órgão especial. Quando alguma de suas medidas entra em colisão com alguma outra da lei ordinária, prevalece a primeira e a lei ordinária deve ceder.¹¹⁹

Se bem observarmos o processo constituinte, não será difícil constatar que, lógica e cronologicamente, primeiro se afirma a superioridade do Poder Constituinte, que se transmuta, ao se projetar para o plano jurídico, na ideia de supremacia formal das normas a serem por ele elaboradas.¹²⁰ Em um segundo momento, surgirá a Constituição, enquanto produto da elaboração constituinte, dando origem a uma ordem jurídica composta sob o influxo da regra estrutural da supremacia hierárquica das normas constitucionais. Ora, não seria admissível que o Poder Legislativo ordinário, enquanto Poder constituído, pudesse alterar as normas integrantes da Constituição, sob pena de apagar por completo o atributo da supremacia formal.¹²¹ De modo preciso, é essa blindagem da Constituição em face do legislador ordinário que se designa por rigidez constitucional, configurando-se, pois, como decorrência da regra estrutural da supremacia.

Em geral, a doutrina conceitua a rigidez de modo a nela compreender a estipulação de um procedimento especial para a modificação das normas constitucionais, distinto e mais gravoso do que o procedimento legislativo ordinário.^{122 e 123} No entanto, a rigidez propriamente dita significa a inalterabilidade da Constituição.

119 Ob. cit., p. 10.

120 Veja-se o item 4, *retro*.

121 O Juiz Marshall, em conhecida passagem da célebre decisão com que a Suprema Corte estadunidense lançou as bases do *Judicial review* (*Marbury v. Madison*), já deixara patenteador: "Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns, ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável." Tradução feita por Rui Barbosa em *Atos Inconstitucionais*, cit., p. 41.

122 Neste trabalho, via de regra, utilizamos as expressões "leis ordinárias" ou "procedimento legislativo ordinário" para aludir à normalidade infraconstitucional e não ao alto-dito lei ordinária, tal qual previsto na Constituição brasileira de 1988, art. 59, III.

123 Pode-se invocar, entre tantos, Jorge Miranda, que denomina "rígida" a Constituição que, para ser revista, exige a observância de uma forma particular distinta da forma seguida para a elaboração das leis ordinárias. *Manual*, cit., t. 2, p. 143.

tabilidade da Constituição por lei ordinária. Apenas na medida em que se constate a necessidade de submeter o texto constitucional a atualizações periódicas cuidar-se-á, então, de estabelecer um procedimento legislativo especificamente destinado a esse mister.

É certo que a disciplina do chamado Poder de Reforma ou Revisão constitui matéria sempre presente nas Constituições rígidas contemporâneas. Porém, não se pode olvidar que a perspectiva de boa parte dos revolucionários franceses do século XVIII a respeito do assunto era profundamente diversa, propugnando-se, à época, pela imutabilidade da Constituição.¹²⁴ Em parte, o desprezo que muitos liberais devotavam à institucionalização de mecanismos de revisão constitucional radica-se no pensamento de Sieyès, para quem o Poder Constituinte, por não estar submetido ao direito positivo e sim, única e tão somente, ao direito natural, não se sujeita à Constituição que ele próprio edita¹²⁵, do que se pode inferir certa sugestão no sentido de que a atualização do Texto Magno seja feita pelo próprio Poder Constituinte originário, sem forma legal, no momento, no modo e com a extensão que a ele bem aprouver. De acordo com Paulo Bonavides, coube a Rousseau abrir o caminho para "a legitimação do conceito jurídico de reforma constitucional", ao deixar consignado nas *Considerações sobre o governo da Polônia* que seria "contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar", acrescentando não ser "contra a natureza nem contra a razão" "a possibilidade de revogar tais leis, desde que o façamos com a mesma solenidade empregada no estabelecê-las".¹²⁶ E, de fato, a Constituição francesa de 3 de setembro de 1791, a despeito de acolher o postulado lançado por Sieyès de que "a Nação tem o direito imprescritível

124 Assimila, a propósito, Paulo Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 173: "A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações: Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição."

125 Afirma o Vigário-Geral de Chartres, em *Qu'est-ce que le Tiers Etat*, cit., p. 118-9: "Seria ridículo supor a nação ligada pelas formalidades ou pela Constituição a que ela sujeitou seus mandatários. [...] O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade. Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está."

126 Ob. cit., p. 174.

de mudar sua Constituição", acabou por reconhecer que se afigura mais conforme ao interesse nacional a juridicização desse poder, de modo a que a revisão da Carta se faça pelos meios previstos nela própria e apenas em relação "aos artigos cuja inconveniência restou demonstrada pela experiência"¹²⁷. Todavia, os Constituintes franceses acomodaram a polémica constitucionalização da revisão ao dogma da intangibilidade da Constituição, ao estabelecerem um procedimento por demais complexo e moroso de reforma, que, na prática, resultou na superação da Constituição pelo advento de outra, antes que o pesado mecanismo de novação constitucional pudesse apresentar resultados¹²⁸.

A consolidação do positivismo jurídico, enquanto paradigma da Dogmática contemporânea, contribuiu para o triunfar definitivo da ideia de que a própria Constituição deve institucionalizar um Poder incumbido da missão específica de atualizá-la¹²⁹, valendo-se de um procedimento distinto daquele pelo qual são elaboradas as leis ordinárias e sujeitando-se a limitações quanto ao momento, às circunstâncias e ao conteúdo da revisão. Por sinal, como lembra Machado Horta, o próprio Sieyès, em uma fase mais madura de seu pensamento, já distante do ardor revolucionário, converteu-se à tese da conveniência da previsão de um Poder de Reforma no próprio corpo da Constituição, tanto que, por ocasião dos debates que precederam à votação da Constituição de 1795, apresentou a proposta de um *Jury Constitutionnaire*, ao qual seria confiada, dentre outras, a tarefa de modificar, "com prudência e respeito a procedimentos minuciosos, o estatuto constitucional"¹³⁰. De outra parte, atribuindo o Constituinte à Constituição a

condição de lei suprema, dispondo sobre os temas mais relevantes da ordem jurídica, é natural que prescreva um procedimento para sua alteração mais gravoso ou solene do que aquele previsto para a elaboração de leis ordinárias. Os constitucionalistas, ao estudar o fenómeno da rigidez a partir das normas que disciplinam a revisão da Constituição, tendem a fazer a conexão lógica com a ideia de supremacia hierárquica das normas constitucionais, mas invertendo os termos da equação: daquilo que está explícito (a revisão) deduzem aquilo que está (geralmente) implícito (a supremacia formal)¹³¹. Insistimos, entretanto, que o princípio da supremacia hierárquica das normas constitucionais, mesmo que, no plano da normogênese, apareça simultaneamente às normas impositivas da rigidez constitucional, ostenta precedência lógica (a exigência de que a alteração da Constituição se faça de modo solene provém da supremacia formal que a ela se atribui e não o contrário) e cronológica (tendo em vista o processo constituinte) em relação ao princípio da rigidez¹³².

A rigidez, enquanto decorrência da supremacia formal usualmente reconhecida às Constituições documentais, acompanhou o nascimento destas, porquanto, como já se disse, se afiguraria intolerável admitir que o legislador infraconstitucional pudesse, pelo procedimento usual de elaboração legislativa, alterar a obra do Poder Constituinte a que se subordina. Mas de nada adianta erguer essa barreira diante do Poder Legislativo ordinário se não se estabelecer um mecanismo para controlar a compatibilidade dos atos dele emanados à Constituição. Pois é essa, precisamente, a segunda consequência do princípio da supremacia: o controle de constitucionalidade das leis¹³³.

127 Título VII, art. 1^o.

128 Ensinava Raul Machado Horta que "a Constituição de 1791, exprimindo a crença na permanência e na inmutabilidade constitucional temporária, só admitia o início da revisão após decorridos dezoito anos da deliberação que inaugurava o longo percurso da Assembleia de Revisão, intercalado de período de completa abstinência deliberativa em matéria constitucional, para reflexão e amadurecimento da Reforma". *Direito Constitucional*, 2. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 95.

129 Discute-se qual a melhor terminologia para designar esse Poder. Que é ele um Poder Constituinte, não se contraverte, o que, para alguns, implicaria recusar-lhe o título de Constituinte. Todavia, difundiu-se doutrinariamente a expressão "Poder Constituinte derivado de revisão" ou simplesmente "Poder Constituinte de revisão", o que nos parece aceitável se considerarmos que se trata da competência para elaborar normas situadas acima da legislação ordinária e que, uma vez editadas, incorporam-se ao conjunto normativo da Constituição.

130 Ob. cit., p. 122-3.

131 José Afonso da Silva, por exemplo, assevera que "da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição". Ob. cit., p. 47.

132 Parece caminhar nessa direção o pensamento de Canotilho, ao dissertar sobre a rigidez da Constituição portuguesa de 1976, in ob. cit., p. 1059: "[...] conclui-se que a Constituição é do tipo rígido, pois exige para a sua modificação um processo aprovado em relação ao processo de formação das leis ordinárias. Todavia, ao contrário do que muitas vezes se afirma, não é a existência de um processo de revisão estabelecido de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez da Constituição. Este carácter deve procurar-se antes, em sede do poder constituinte. As normas de revisão não são o fundamento da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte."

133 Conforme enfatiza Raul Machado Horta, "o controle da constitucionalidade das leis é o corolário lógico da supremacia constitucional, seu instrumento necessário, o requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platonico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repertório de bons conselhos, para uso esporádico ou intermitente do legislador, que lhe pode vibrar, impunemente, golpes que a retinham e desfiguram". Ob. cit., p. 130.

Não obstante se reverencie o primado da Constituição sobre os atos do Poder Legislativo, é evidente que, por se situarem as normas constitucionais no plano do dever-ser, sempre poderão ser afrontadas por atos legislativos subalternos¹³⁴. Cabe ao Constituinte, consciente de que a inconstitucionalidade dos atos ou omissões do Poder Legislativo é algo inerente à continuidade de sua atuação, por lhe incumbir a disciplina do cotidiano, estipular medidas sancionatórias que colbam tais irregularidades. E, em o fazendo, torna-se imperioso estruturar um sistema pelo qual essas sanções possam ser efetivamente atuadas.

Conforme assinalou Kelsen, a propósito do fundamento jurídico da jurisdição constitucional, "a garantia jurisdiccional da Constituição [...] é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais"¹³⁵. Não discrepa desse entendimento a sintética conceituação de Charles Eisenman, para quem "controlar a constitucionalidade é, e é apenas isso, evitar que uma norma qualquer derogue irregularmente a Constituição"¹³⁶. A melhor maneira de fazer a Constituição prevalecer sobre atos legislativos que a contrariem é, indubitavelmente, por meio do uso de uma sanção de invalidade, que possa impedir, *ab initio* ou a partir de determinado momento, passado ou futuro, os efeitos da lei contravenidora, retomando-se, aqui, antiga classificação, proveniente do direito romano, segundo a qual as leis perfeitas (*leges perfectae*) são aquelas que "determinam a nulidade dos atos praticados contra as suas disposições"¹³⁷. À jurisdição constitucional compete, precisamente, fazer com que tais sanções de invalidade produzam os seus efeitos, o que tem impellido a doutrina a acentuar a íntima relação existente entre controle de constitucionalidade e sistema sancionatório da inconstitucionalidade enquanto vício¹³⁸.

134 Sobre o tema, escreveu Hans Kelsen, em sua *Teoria pura do Direito*, cit., p. 287: "Como a Constituição regula os órgãos e o processo legislantes e, por vezes, determina até certo ponto o conteúdo de leis futuras, o legislador constitucional tem de levar em conta que as normas constitucionais não serão respeitadas sempre e totalmente - para nos exprimirmos da forma corrente -, que poderá surgir um ato com a pretensão subjetiva de ter criado uma lei, se bem que o processo pelo qual o ato se realizou, o conteúdo da lei criada por esse ato, não corresponda às normas da Constituição."

135 *Jurisdição constitucional*, cit., p. 124.

136 *La justice constitutionnelle d'aujourd'hui*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, p. 19-20, *opud* Raul Machado Horta, ob. cit., p. 130.

137 Veja-se Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, *Manual de Direito Romano*, 5. ed., Rio de Janeiro, Livros, Cadernos Ltda., p. 24.

138 Clemençon Merlin Clève, invocando o alerta de Jorge Miranda de que "inconstitucionalidade e fiscalização de inconstitucionalidade não se confundem", aduz: "A última

No entanto, cabe assinalar que, ao contrário da rigidez, o controle de constitucionalidade não acompanhou o advento das Constituições-ato, de feições documentais. Ao menos não o fez em todos os sistemas jurídicos, porquanto na Europa continental apenas ao longo da primeira metade do século XX registrou-se a implantação da jurisdição constitucional. Anteriormente, no Velho Continente, razões históricas, técnico-jurídicas e filossófico-políticas militavam contrariamente ao controle de constitucionalidade dos atos legislativos, o que levou Machado Horta a observar que "não há concomitância no tempo entre a técnica da rigidez constitucional e a prática do controle da constitucionalidade das leis"¹³⁹.

A consolidação do sistema europeu de controle de constitucionalidade e o amplo desenvolvimento do sistema estadunidense, impulsionado pela jurisprudência da Suprema Corte desde os primórdios da Constituição de 1787, atribuíram ao princípio da supremacia hierárquica das normas constitucionais uma dimensão operacional jamais imaginada no momento de sua afirmação teórica pelos iluministas do século XVIII, abrangendo, posteriormente, não apenas o exame da regularidade de atos legislativos, mas, também, procurando cobrir a prática de omissões inconstitucionais. Não significa isto, contudo, que em todos os regimes constitucionais rígidos o ato legislativo discrepante da Lei Maior possa ser sancionado pelos instrumentos de controle, muito embora se trate, cada vez mais, da exceção que confirma a regra nesse sentido¹⁴⁰.

7 Distinções necessárias: vício e sanção de inconstitucionalidade e seu controle

Pode-se, em sentido amplo, conceituar a inconstitucionalidade como a relação de desconformidade entre um ato ou omissão, proveniente de pessoa pública ou privada, e a Constituição. Todavia, como adverte Jorge Miranda, uma fórmula tão ampla se revela de baixa operacionalidade, porquanto

somente guarda sentido quando o direito atribui uma certa consequência (sanção) ao ato normativo violador da Constituição. Se a norma violada não desafia a emergência de um mecanismo sancionatório (censural), então não há razão para a fiscalização de inconstitucionalidade. "A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 28.

139 Ob. cit., p. 128.

140 Na França, dado o caráter exclusivamente preventivo do sistema de controle, a inconstitucionalidade da lei promulgada pelo Presidente da República, fechando o procedimento de sua formação, é absolutamente isenta de sanção. Veja-se o item 19, a seguir.