

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Por LUIZ PINTO FERREIRA *

SUMARIO

1. DOIS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.—
- 2 AS CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO.—
3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANHA DE 1949 E O RECURSO CONSTITUCIONAL.—
4. O SUPREMO TRIBUNAL E A CORTE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE BONN (DE 1949).—
5. Kelsen, A CONSTITUIÇÃO DE ÁUSTRIA E A CORTE CONSTITUCIONAL.—
6. A CORTE CONSTITUCIONAL NA ITÁLIA.—
7. A CORTE CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL.—
8. A CORTE CONSTITUCIONAL NA ESPANHA.—
9. A CORTE CONSTITUCIONAL NA FRANÇA.—
10. COMPOSIÇÃO DE DIVERSAS CORTES CONSTITUCIONAIS.—
11. CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.—
12. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE EXCEÇÃO.—
13. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO.—
14. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.—
15. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO OU OMISSÃO.—
16. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.—
17. INEFICÁCIA DERROGATÓRIA DAS LEIS INCONSTITUCIONAIS.—
18. A CORTE SUPREMA DOS EUA.—
19. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL.—
20. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: SUA HISTÓRIA ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.—
21. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.—
22. O PROCESSO E O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, CONFORME A LEI N. 9.868, DE 10/11/99.

* Professor (Catedrático) de Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Ex-Catedrático de Direito Constitucional e Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Doutor Honoris Causa pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. DOIS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A jurisdição constitucional é a parte da administração da Justiça que tem como objeto específico a matéria jurídico-constitucional de um Estado. Ela verifica se as normas de hierarquia inferior estão de acordo com a Constituição como lei fundamental, e, se a contradizem, devem ser declaradas inconstitucionais, criadas na Áustria (1920), na Tchecoslováquia (1920) e na Espanha (1931) — esta com o seu Tribunal de Garantias Constitucionais —, estabelecidas nos aludidos países por influência e inspiração de Hans Kelsen, em modelo posteriormente adotado pela República Federal da Alemanha, em 1949, Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978.

As formas e modalidades da jurisdição constitucional obedecem a dois critérios básicos: a jurisdição difusa e a jurisdição concentrada. Mauro Cappelletti divulgou e generalizou a existência desses dois modelos principais. O sistema difuso é o modelo convencional, o norte-americano, onde o poder de controle da constitucionalidade é atribuído a todos os órgãos jurisdicionais, que resolvem o ponto constitucional incidentalmente quando do momento da decisão da lide. O sistema concentrado é o modelo austríaco, da Constituição da Áustria de 1920, por inspiração de Kelsen, em que a jurisdição constitucional, ou o poder de controle, é regida apenas por um órgão judiciário.

Gomes Canotilho consagra a seguinte tipologia: 1) Quanto aos sujeitos: a) controle político; b) controle constitucional. Essa tipologia admite duas formas: o sistema difuso ou norte-americano e o sistema concentrado ou austríaco. 2) Quanto ao modo de impugnação: a) controle por via incidental; b) controle por via principal. 3) quanto aos efeitos da decisão: a) efeitos gerais e efeitos particulares; b) efeitos retroativos e efeitos prospectivos. 4) Quanto à decisão da inconstitucionalidade: a) controle declarativa; b) controle constitutivo.

A jurisdição constitucional visa também a proteção das liberdades, daí a expressão de Cappelletti: «la giurisdizione costituzionale delle libertà», apreciando as «situações jurídicas subjetivas constitucionais e ativas do indivíduo frente às autoridades públicas», como afirma José Luis Cascajo Castro.

O controle da constitucionalidade é, assim, bastante amplo. Ensina José Alfredo de Oliveira Baracho¹:

¹ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 114. Vide a respeito: MAURO CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 4. ed., Milano, Giuffrè, 1973; JOSÉ LUIS CASCAJO, «La jurisdicción constitucional de la libertad», *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 199:160-1, jan./fev. 1975; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, Coimbra, 1977, pp. 402-3.

«O controle da constitucionalidade não é senão um dos aspectos da proteção constitucional. Considera-se mais importante a tutela eficaz dos direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico».

O sistema de controle da constitucionalidade e da jurisdição constitucional deve visar também, e especialmente, a proteção das liberdades. Daí as suas linhas principais: a) a impugnação da inconstitucionalidade das leis (*Normenkontrolle*); o recurso específico contra a violação dos direitos do homem (*Beschwerde*). O recurso *Beschwerde* tem natureza constitucional e importância decisiva na tutela jurisdicional dos direitos do homem previstos na Constituição, e pode ser interposto por qualquer pessoa que tenha tido os seus direitos fundamentais violados por leis ou por atos e resoluções federais e estaduais.

Assim sendo, como salienta Fix-Zamudio², três instrumentos podem ser utilizados ante o Tribunal Constitucional Federal, como na Alemanha de 1949: a) o controle exercido sobre os leis inconstitucionais (*Normenkontrolle*); b) a inconstitucionalidade em caráter incidental ou prejudicial, cuja nomenclatura dada pela doutrina é controle concreto (*Konkrete Normenkontrolle*); e c) a ação direta, que é o controle abstrato (*Abstrakte Normenkontrolle*).

A expressão controle abstrato de normas é um processo desenvolvido nos § 13º, n. 6, e 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, quando se tornou usual a expressão incorporada ao art. 13, II, da Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar)³.

O sistema, que resulta de uma longa evolução histórica, é um coroaamento do Estado de Direito.

² HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 54 e s.).

³ Vide a respeito FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998, e *Controle da constitucionalidade* (São Paulo, 1990).

Veja-se também na literatura alemã: STERN, *Bonner Kommentar*, 2ª Tiragem, art. 93, n. 189 e 193; SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munique, 1985, p. 66; SÖHN, «Die abstrakte Normenkontrolle», in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tuebingen, 1980, v. 1, p. 292 (293); VON MUTIUS, *Die abstrakte Normenkontrolle von dem bundesverfassungsgericht*, Jura, 1987, p. 534 (535). STERN (no *Bonner Kommentar*, art. 93, p. 189) observa que a expressão «controle abstrato de normas» foi utilizada primeiramente por FRIESENHAHN no livro *Handbuch des deutschen Staatsrechts* (em 1932, v. 2, pp. 523 e 526). Relembre-se ainda que já em 1925 WALTER JULLINEK via a configuração de um controle abstrato no modelo do art. 13, II, da Constituição de Weimar, no estudo *Der Schutz des öffentlichen Rechts*, II (1925, pp. 41-2), e também FAD cogitou na época de uma aferição de constitucionalidade in abstracto no estudo *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, p. 42.

2. AS CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

Diversas Constituições do mundo moderno buscaram uma nova sistematização do Poder Judiciário mediante a criação de uma Corte Constitucional ao lado de um Supremo Tribunal federal, de que foi pioneira a Constituição da Alemanha de 1919. Essa orientação inovadora teve acolhida na doutrina e por legisladores constituintes de alguns países, principalmente europeus.

A Constituição da República federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, no seu art. 92, alude expressamente a esse dualismo, nos seguintes termos:

«O poder de aplicar a justiça é confiado aos juízes. Ele é exercido pelo Tribunal Constitucional federal, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos tribunais federais previstos na presente lei fundamental e pelos tribunais dos Estados-Membros».

Os nomes utilizados são Tribunal Constitucional federal (Bundesverfassungsgericht) e Supremo Tribunal Federal (Oberstes Bundesgericht).

Outras Constituições acompanharam essa linha pragmática, quais sejam as Constituições da Áustria (1920), da Itália (1948), de Portugal (1976) e da Espanha (1978), embora com denominações diferentes, como a de Alta Corte Constitucional (Áustria), Corte Constitucional (Itália, Espanha e Portugal). Diversos juristas brasileiros também sugerem a criação de uma Corte Constitucional, como o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso e o Prof. José Afonso da Silva, em elucidativos estudos.

O sistema preconizado não pretende outra coisa senão ampliar o controle da constitucionalidade para uma organização mais larga da jurisdição constitucional, tendo em vista a solução de todos os conflitos constitucionais, o que só poderá ser exercido a contento por uma Corte Constitucional.

A jurisdição constitucional realiza essa missão, abandonando o sistema de controle difuso pela jurisdição constitucional concentrada. Aparece como um dos pressupostos essenciais do Estado democrático contemporâneo egresso do período pós-guerra, visando aperfeiçoar a sistemática da divisão de Poderes, como um real contrapeso entre o Poder Executivo com tendências hegemônicas e o Poder Legislativo ainda aprisionado à sua armadura convencional. Exerce, de outro lado, um papel moderador, um princípio de harmonia, como um pressuposto básico para preservação e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, controle e tutela do funcionamento das instituições democráticas e dos Poderes do Estado. Ela visa uma completa e abrangente jurisdição constitucional.

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL NA ALEMANHA DE 1949 E O RECURSO CONSTITUCIONAL

O *Tribunal Constitucional Federal*, na Alemanha Ocidental, tem sua competência inscrita na Lei Fundamental de 1949 (arts. 92, 99, 100) e na Lei do Tribunal Constitucional Federal. O nome usado é Tribunal Constitucional Federal e não Corte Constitucional, pois na Alemanha também existe um *Supremo Tribunal Federal* (CF de 1949, art. 95; e texto consolidado vigente, arts. 95, I e 96, III).

Compete ao Tribunal Constitucional Federal: julgar os litígios entre os Estados e a Federação, em matéria de repartição de competências, as causas e litígios entre os órgãos da Federação e outras partes envolvidas, como as alusivas a partidos políticos, e sua situação jurídico-constitucional; o controle da norma em abstrato, quando têm legitimação ativa ou legitimação para requerer o governo Federal, o Governo Estadual ou 1/3 dos membros do Parlamento Federal (Dieta Federal — *Bundestag*), que corresponde a nossa Câmara dos Deputados; compete-lhe ainda o controle incidente ou concreto sobre matéria constitucional; o processo, logo, é sobrestado, sendo submetido a julgamento do Tribunal Constitucional Federal.

O chamado *processo de recursos constitucional* compete também ao referido Tribunal. Nesse processo, qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela autoridade pública, no tocante a *direitos individuais* previstos e inscritos na Constituição, tem o direito de recorrer ao Supremo Tribunal Constitucional. Entretanto, previamente à admissão do *recurso constitucional*, a parte interessada deve esgotar as vias judiciais comuns.

O recurso constitucional é tradução do nome *Verfassungsbeschwerde*, sendo um instrumento próprio para a tutela dos direitos humanos. Já tem antecedentes nas Constituições dos Estados-Membros da Baviera de 1919 e 1946, contudo, não foi consagrado nem estatuído no texto primitivo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. Posteriormente o legislador federal regulou o funcionamento do Tribunal Constitucional de Karlsruhe nos arts. 90 a 96 da lei ordinária, determinando o seguinte: qualquer pessoa que se declara lesada pelo Poder Público em um dos seus direitos fundamentais ou no exercício dos direitos reconhecidos pelos arts. 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental pode promover o recurso constitucional direto contra o Tribunal Constitucional Federal.

Em seguida ocorreu a reforma de 29 de janeiro de 1969, quando esse recurso foi elevado à categoria constitucional, conforme o art. 93, 4º, a, determinando que o Tribunal Constitucional Federal decide «sobre processos constitucionais que podem ser interpostos por todo cidadão com a ale-

gação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos arts. 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104».

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha alude assim a um processo constitucional e a um recurso constitucional, num pensamento que sobretudo provém de Hans Kelsen⁴.

A inconstitucionalidade dos partidos políticos é também julgada pelo Tribunal Constitucional Federal.

Qual a composição do Tribunal Constitucional Federal? A própria Lei Maior a prevê no art. 94:

«O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juízes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal são eleitos a metade pelo Parlamento federal e a outra metade pelo Conselho Federal (Senado) (a observação é nossa). Eles não podem pertencer nem ao Parlamento Federal (Câmara dos Deputados) (a observação é nossa), nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos órgãos análogos de um Estado-Membro».

Uma lei federal regula a organização e processo do Tribunal Constitucional Federal e determina quando as suas decisões têm força de lei (*Ein Bundesgesetz regelt seine Verfassung und das Verfahren und das Verfahren und bestimmt, in welchen Faellen seine Entscheidungen Gesetzkraft haben*).

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE BONN (DE 1949)

O Poder Judiciário alemão instituiu um Supremo Tribunal Federal (*Oberstes Bundesgericht*) além do Supremo Tribunal Constitucional. São dois grandes órgãos que têm a designação de supremo (*Oberstes*).

O sistema alemão prevê a dualidade de Justiça, a Justiça é federal e estadual. A regra é de que a Justiça de 1º grau é estadual, sendo a Justiça Federal constituída de tribunais que têm a incumbência de cognição de recursos das decisões dos tribunais estaduais, visando à uniformização de jurisprudência. Das decisões dos juízes de 1ª grau é cabível o recurso de apelação para o tribunal de 2º grau (matéria de fato e de direito). As decisões dos tribunais de apelação podem ser objeto de recurso para os tribu-

⁴ Ver a respeito: HANS KELSEN, «La garantie Jurisdictionnelle de la Constitution — La justice constitutionnelle», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, Paris, 1928, p. 227; MAURO CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario*, cit., pp. 1-2; JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, «La jurisdicción...», *Revista de Estudios Políticos*, cit.; HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Los tribunales constitucionales*, cit.

nais de revisão, que apenas podem exclusivamente apreciar matéria de direito.

Além do Tribunal Constitucional Federal, conhecido em outros países com o nome de Corte Constitucional, como na Itália, Portugal e Espanha, deve ser lembrado o *Supremo Tribunal Federal*.

Preceituava o texto originário da Constituição de 1949 (art. 95,1):

«Art. 95. Para garantia da unidade do direito federal, é instituído um Supremo Tribunal Federal (*Zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts wird ein Oberstes Bundesgericht einrichtet*)».

O inciso 2 do mesmo artigo determinava o seguinte:

«O Supremo Tribunal Federal estatui no caso em que as decisões apresentam uma importância de princípio para a unidade de jurisprudência dos tribunais federais superiores (*Das Oberstes Bundesgericht entscheidet in Fällen, deren Entscheidung für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der oberen Bundesgericht von grundsätzlichen Bedeutung ist*)».

O texto consolidado vigente, no art. 95 (Supremos Tribunais da Federação — Senado conjunto), prevê o seguinte:

«Art. 95,1. Para os setores de jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência, a Federação instituirá como tribunais superiores o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social».

No direito alemão eles têm as seguintes denominações: Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), que Gebhard Muelle chama de Corte de Cassação Federal; Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*); Tribunal Federal de Finanças ou Tribunal Fiscal Federal (*Bundesfinanzhof*); Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*); e Tribunal Federal Social ou Corte Social Federal (*Bundessozialgericht*).

Para preservar a unidade da jurisprudência deve ser constituído um Senado conjunto dos referidos tribunais.

Foram também instituídos tribunais federais para os assuntos relativos à proteção da propriedade industrial (art. 96,1), bem como tribunais federais com jurisdição penal, tribunais penais para as Forças Armadas (art. 96,2), para os quais o supremo tribunal é o Supremo Tribunal Federal.

Há destarte vários ramos autônomos principais de tribunais federais superiores, encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal: 1) Supremo Tri-

bunal Federal, competente para a jurisdição ordinária; 2) Tribunal Federal Administrativo, competente para a justiça administrativa, que tem por objeto julgar as demandas de direito público (demandas das pessoas contra os órgãos público, ações de funcionários públicos e suas entidades empregadoras); 3) Tribunal Federal de Finanças, competente para a Justiça Fiscal, julgando as controvérsias entre o contribuinte e o Fisco; 4) Tribunal Federal do Trabalho, competente para a justiça do trabalho, julgando os litígios entre empregadores e empregados, incluindo as questões da co-gestão nas empresas; 5) Tribunal Federal Social, competente para a Justiça social, decidindo as causas concernentes à segurança social, seguro-desemprego, direito previdenciário, amparo às vítimas de guerra⁵.

5. Kelsen, a Constituição da Áustria e a Corte Constitucional

Embora se atribua geralmente à Alemanha de Bonn a idéia de criação de uma Corte Constitucional, tal pensamento, contudo, é originário especialmente da constituição da Alemanha de 1919 e das especulações de Hans Kelsen, principal autor da Constituição Federal da República da Áustria, de 1º de outubro de 1920, revisada em 7 de dezembro de 1929 e recolocada em vigor pela Lei Constitucional n. 4, de 1º de maio de 1945.

A Constituição da Áustria prevê no art. 92 uma Corte Suprema (*Oberstes Gerichtshof*), sediada em Viena, que julga em última instância em matéria cível e penal.

Prevê ainda uma *Alta Corte Constitucional*, o nome é Corte (*Hof*) e não Tribunal (*Gericht*), ao lado de uma Alta Corte Administrativa.

A referida Constituição da Áustria tem somente cento e cinquenta artigos; o seu Título VI, *Garantias da Constituição e da Administração*, especifica nos arts. 137 a 148 as atribuições e composição da mencionada Alta Corte Constitucional.

É interessante assinalar o modelo austríaco da inconstitucionalidade previsto no art. 139, 2 e 3, segundo o qual a decisão da Alta Corte Constitucional pronunciado a nulidade de leis e regulamentos obriga a autoridade competente a publicar imediatamente essa anulação, entrando em vigor no dia de sua publicação.

⁵ O órgão *Informação* (n. 24), editado pelo Departamento de Imprensa do Governo da República Federal da Alemanha, Bonn, 2/1979, colige considerações sobre o sistema judiciário alemão, com um organograma do Poder Judiciário nesse país. Devem ser consultadas a respeito, ainda, as seguintes obras: FRIEDRICH GIESE, *Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, 4. ed., Frankfurt a. M. 1955, pp. 160-3; *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, aos arts. 95 e seguintes; RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIÚZA, *Direito constitucional comparado*, Belo Horizonte, Liv. Del Rei, 1985; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo constitucional*, cit.

Essas idéias fundamentais, de jurisdição constitucional conferida a uma Alta Corte Constitucional, deve-se ao pensamento de Hans Kelsen sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica (*Stufenbau der Rechtsordnung*), exposto na sua *Teoria geral do Estado* e em outras obras, bem como no texto da Constituição da Áustria de 1920. Mais tarde ele apreciou o sistema nas obras *A Constituição da Áustria* (no *JhrOeffentR der Gegenwart*, 1930) e no livro *Direito constitucional austríaco* (*Österreichisches Staatsrecht*, Tübingen, 1925).

A Alta Corte Constitucional teve o seu nome mudado para Corte de Justiça Constitucional pela Revisão Constitucional de 1929.

6. A CORTE CONSTITUCIONAL NA ITÁLIA

A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, inspirou-se no modelo austríaco e kelseniano, antes mesmo da Constituição da República Federal da Alemanha de 1949.

Tem cento e trinta e nove artigos, como o Título VI, *Das Garantias Constitucionais*, como na Áustria de 1920, criando uma Corte Constitucional, disciplinada nos arts. 134 a 137 da lei básica, além de uma *Corte de Cassação* (art. 111).

É de ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade se aplica *erga omnes*, como pretende Kelsen, nos termos do art. 136 da Constituição da Itália:

«Quando a Corte declara a ilegitimidade de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão».

Não é admitida nenhuma impugnação contra as decisões da Corte Constitucional.

Conforme o estabelecido na Constituição da Itália, a Corte Constitucional julga:

- as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos, com forças de lei, do Estado e das Regiões;
- os conflitos de atribuição entre os Poderes do Estado e daqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões;
- as causas movidas contra o Presidente da República e os Ministros, segundo a Constituição.

A Corte Constitucional é composta por quinze juízes, assim nomeados: 1/3 pelo Presidente da República; 1/3 pelo Parlamento em sessão comum; e 1/3 pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas.

Os juizes da Corte Constitucional são escolhidos entre os magistrados, mesmo aqueles aposentados, das jurisdições superiores ordinária e administrativa, entre os professores universitários de disciplinas jurídicas e entre os advogados com mais de vinte anos de exercício.

A Corte elege o presidente entre os seus integrantes.

Os juizes são nomeados para um mandato de nove anos, renovando-se parcialmente, segundo as normas fixadas pela lei, não sendo imediatamente reelegíveis.

A função de juiz da Corte é incompatível com aquela de membro do Parlamento, de membro de um Conselho Regional, como o exercício da profissão de advogado, e com qualquer outro cargo e função indicados pela lei.

Nos julgamentos de acusação contra o Presidente da República e contra os Ministros, intervêm, além dos juizes ordinárias da Corte, dezesseis membros sorteados, no início de cada legislatura, pelo Parlamento, em sessão comum, entre cidadãos possuidores dos requisitos para a elegibilidade a Senador.

Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão.

A decisão da Corte é publicada e comunicada à Câmaras e aos Conselhos Regionais interessados, a fim de que, se julgarem necessário, tomem providências nas formas constitucionais.

Uma lei constitucional estabelece as condições, as formas, os prazos de apresentação dos julgamentos de legitimidade constitucional e as garantias de independência dos juizes da Corte.

Mediante lei ordinária, são estabelecidas as demais normas ordinárias para a constituição e o funcionamento da Corte.

Contra as decisões da Corte Constitucional não é admitida nenhuma impugnação.

7. A CORTE CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL

A Constituição da República Portuguesa, segundo o texto da Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro de 1982, primeira revisão constitucional da Constituição de 25 de abril de 1976, tem a Parte IV, Título I — *Garantia da Constituição*, instituindo um *Tribunal Constitucional* (arts. 278, 279, 280, 282, 284 e 285), além do Supremo Tribunal de Justiça (arts. 212 e 214). A matéria é regulada executivamente no longa Constituição de Portugal, que tem trezentos artigos.

A Constituição da República Portuguesa admite a inconstitucionalidade por ação e omissão (respectivamente, arts. 277 e 283).

É também oportuno lembrar a influência kelseniana do art. 282, I:

«A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado».

O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

- a) a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembléia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou, com fundamento em violação dos direitos das regiões autônomas, das respectivas assembléias regionais ou dos presidentes dos governos regionais;
- b) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea a ou do Ministro da República para a respectiva região autônoma;
- c) a ilegalidade de qualquer norma constante de diploma emanado dos órgãos de soberania, com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea a, bem como do presidente da assembléia regional, do presidente do governo regional ou de 1/10 dos Deputados à assembléia regional da respectiva região autônoma.

O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgado inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disci-

plinar ou ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto no art. 282, 1 e 2.

A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembléias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes.

Três juízes designados pela Assembléia da República e os três juízes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre juízes dos restantes tribunais, e os demais dentre juristas.

Os juízes do Tribunal Constitucional são designados por seis anos.

O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes.

A lei pode prever o funcionamento do Tribunal Constitucional por seções não especializadas para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade.

8. A CORTE CONSTITUCIONAL NA ESPANHA

A mais nova das Constituições europeias que prevêm um *Tribunal Constitucional* é a Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, como cento e sessenta e nove artigos, mais as disposições finais, transitórias, revogatórias e a disposição final.

Prevê um Supremo Tribunal (art. 123) com jurisdição em toda a Espanha, como órgão jurisdicional superior a todas as ordens, salvo o disposto nas garantias constitucionais.

O Título IX, art. 161, prevê o *recurso de inconstitucionalidade* contra as leis e disposições normativas com força de lei. Ainda aqui se revela a influência kelseniana:

«A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quando a esta, embora a sentença ou as sentenças por ela efetivadas não percam o valor de coisa julgada».

Preceitua a referida Constituição:

«O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idêntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial».

Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão.

Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três anos.

A condição de membro do Tribunal Constitucional é incompatível com qualquer mandato representativo, com cargos políticos e administrativos, com o desempenho de funções diretivas em partidos políticos ou em sindicatos e com qualquer emprego ao seu serviço, com o exercício de funções judiciais e do Ministério Público e com qualquer atividade profissional e mercantil.

Os membros do Tribunal Constitucional terão as incompatibilidades próprias dos membros do Poder Judicial.

Os membros do Tribunal Constitucional serão independentes e inamovíveis no exercício do seu mandato.

O Presidente do Tribunal Constitucional será nomeado dentre os seus membros pelo Rei, sob proposta do Tribunal em pleno, e por um período de três anos.

O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e compete-lhe conhecer:

- a) do recurso de inconstitucionalidade contra as leis e disposições normativas com força de lei. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quanto a esta, embora a sentença ou sentenças por ela afectadas não percam o valor de caso julgado;
- b) do recurso de amparo, por violação dos direitos e liberdades referidos no n. 2 do art. 53 desta constituição, nos casos e na forma a estabelecer pela lei;
- c) dos conflitos de competência entre o Estado e as comunidades autónomas ou destas entre si;
- d) das demais matérias que lhe atribuem a Constituição ou as leis orgânicas.

O governo poderá impugnar perante o Tribunal Constitucional as disposições e resoluções aprovadas pelos órgãos das comunidades autónomas. A impugnação determinará a suspensão da disposição recorrida, mas o Tribunal terá de ratificar ou levantar a suspensão em prazo não superior a cinco meses.

Têm legitimidade:

- a) para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, cinquenta Deputados, cinquenta Senadores, os órgãos colegiados executivos das comunidades autónomas e, se for o caso, as assembleias das comunidades autónomas;
- b) para interpor o recurso de amparo qualquer pessoa física ou jurídica que invoque um interesse legítimo, bem como o Defensor do Povo e o Ministério Público.

A lei orgânica determinará as pessoas e os órgãos com legitimidade nos outros casos.

Quando, em algum processo, um órgão judicial considerar que uma norma com categoria de lei, aplicável ao caso e de cuja validade depende a decisão, pode ser contrária à Constituição, suscitará a questão perante o Tribunal Constitucional nas condições, na forma e com os efeitos a estabelecer por lei, os quais, em nenhum caso, serão suspensivos.

As sentenças do Tribunal Constitucional são publicadas no *Boletín Oficial del Estado* com os respectivos votos particulares, se os houver. As sentenças têm o valor de caso julgado a partir do dia seguinte ao da sua publicação e não admitem recurso. As sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito revestem-se de plena eficácia geral.

Salvo quando na decisão se dispuser diferentemente, subsistirá a vigência da lei na parte não afectada pela inconstitucionalidade.

Uma lei orgânica regulará o funcionamento do Tribunal Constitucional, o estatuto dos seus membros, o processo e as condições de propositura das ações.

9. A CORTE CONSTITUCIONAL NA FRANÇA

A Constituição da França de 1958 prevê um órgão misto de controle da constitucionalidade, o chamado Conselho Constitucional (arts. 56 e 63).

O Conselho Constitucional se compõe de nove membros, cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por um terço a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados

pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Além dos nove membros acima mencionados, os ex-Presidentes da República serão, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional.

O Presidente será nomeado pelo Presidente da República. Terá voto decisivo em caso de empate.

As funções de membro do Conselho Constitucional serão incompatíveis com as de Ministro ou de membro do Parlamento. As demais incompatibilidades serão determinadas pela lei orgânica.

O Conselho Constitucional velará pela regularidade da eleição do Presidente da República.

Examinará as reclamações e proclamará os resultados do escrutínio.

O Conselho Constitucional preceituará, em caso de contestação, sobre a regularidade de eleição dos Deputados e dos Senadores.

O Conselho Constitucional velará pela regularidade das operações de *referendum* e proclamará seus resultados.

As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das Câmaras do Parlamento, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronunciará sobre a conformidade destes com a Constituição. (Lei Constitucional n. 74.904, de 29.10.1974).

Para os mesmos fins, as leis poderão ser deferidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta Deputados ou sessenta Senadores.

Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho Constitucional deverá pronunciar-se dentro do prazo de um mês. Todavia, se o Governo solicitar urgência, esse prazo será de oito dias.

Nesses mesmos casos, a consulta ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação.

Uma disposição declarada inconstitucional não poderá ser promulgada nem aplicada.

As decisões do Conselho Constitucional serão irrecorríveis. Deverão ser reconhecidas pelos Poderes Públicos e por todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Uma lei orgânica determinará os regulamentos de organização e funcionamento do Conselho Constitucional, o procedimento a ser observado para tanto e, em particular, os prazos abertos para submissão de contestações.

10. COMPOSIÇÃO DE DIVERSAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Vejamos a composição de diversas Cortes Constitucionais na Europa.

A constituição da Áustria (texto revisado em 1945, art. 147) determina que a Corte de Justiça Constitucional se compõe de um Presidente, um Vice-Presidente, de doze outros membros e de seis membros suplentes. O Presidente, o Vice-Presidente, seis membros e três membros suplentes são nomeados pelo Presidente da República por proposta do Governo Federal, devendo ser escolhidos dentre juízes, funcionários da administração e professores da Faculdade de Direito e de Ciência Política das universidades. Os demais seis membros e os três suplentes restantes são nomeados pelo Presidente da República em listas tríplice pelo Conselho dos Estados-Membros e das Profissões.

A Constituição da Alemanha Ocidental de 1949 (art. 94) preceitua o seguinte:

«O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juízes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal são eleitos metade pela Dieta Federal (correspondente à nossa Câmara dos Deputados — observação nossa) e metade pelo Conselho Federal (Senado). Eles não podem pertencer nem à Dieta Federal, nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos órgãos análogos de um Estado-Membro».

Na República Portuguesa o Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes; três dos juízes designados pela Assembléia da República e três juízes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre os juízes dos restantes tribunais, e os demais, dentre juristas.

Na Espanha os membros do Tribunal Constitucional, em número de doze, estão assim previstos no art. 159 da Constituição:

«O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idêntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial. Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão. Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três em três anos».

É interessante agora assinalar a situação do Conselho Constitucional da França. A Constituição da França preceitua o seguinte (art. 56):

«O Conselho Constitucional se compõe de nove membros, cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por terços a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove acima mencionados, os ex-Presidentes da República serão, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional. O Presidente será nomeado pelo Presidente da República. Terá voto decisivo em caso de empate».

11. CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle da constitucionalidade realiza uma verificação *vertical* que necessariamente existe entre a norma constitucional, como uma supernorma, e as regras que lhe são subordinadas, em fase da estrutura escalonada da ordem jurídica.

No sistema jurídico brasileiro há dois tipos de controle jurisdicional:

- a) *o controle por via de exceção;*
- b) *o controle por via de ação.*

O controle por via de exceção vincula-se ao modelo convencional, enquanto o controle por via de ação sofre a influência do modelo austríaco e de inspiração kelseniana. O primeiro por um *método difuso* e o segundo, por um *método concentrado*.

12. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE EXCEÇÃO

O controle por via de exceção tem as seguintes notas características:

- a) qualquer pessoa, que disponha de legítimo interesse econômico ou moral, pode suscitar a questão prejudicial da constitucionalidade;
- b) qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive o juiz singular, poder apreciá-la;
- c) a discussão sobre o tema não é objeto principal da lide, mas se faz incidentalmente.

O controle incidental ou por via de exceção é exercido em função de casos concretos, representa o modelo convencional e existe no Brasil com a Primeira República.

A declaração de inconstitucionalidade pode ser proferida pelos tribunais, mas neste caso somente o Plenário tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, e não os órgãos fracionários dos tribunais, como as Câmaras, Turmas ou Seções.

«A competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade é do Tribunal Pleno e não da Câmara» (RT, 508:217; RF, 193:131; RTJ, 96:1188, 95:859).

O *juiz singular* também pode proferir a declaração de inconstitucionalidade, conforme decisão do STF (RT, 554:253).

13. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO

O *controle por via de ação* ou *controle principal* se baseia no método concentrado e tem as seguintes notas características:

- a) a titularidade do poder de agir ou a legitimação ativa pertence exclusivamente às pessoas indicadas no art. 103 da Constituição Federal;
- b) a discussão sobre a constitucionalidade da norma é feita em caráter principal e abstratamente⁶.

O *controle por via de ação no plano federal* efetua-se de duas maneiras:

- a) *ação direta genérica*;
- b) *ação direta interventiva*, nos casos de intervenção federal.

De acordo como o Regimento Interno do STF, a comunicação ao Senado para os efeitos do art. 52, X, da Constituição, isto é, suspender a execução no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF, torna-se desnecessária quando se trata de controle por via de ação (RISTF, art. 175 e seu parágrafo único). A comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X, da Constituição Federal é contudo necessária quando a inconstitucionalidade é declarada por via de exceção, incidentalmente (RISTF, art. 178).

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle por via de ação ou controle principal são os seguintes:

⁶ Cfr. JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, *Constituição Federal anotada*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 343.

- a) a eficácia da decisão do STF é obrigatória e genérica;
- b) a decisão do STF faz coisa julgada, formal e material vinculada a aplicadores estatais da lei ou ato normativo;
- c) a decisão do STF retroage em seus efeitos até o nascimento da norma impugnada (*RTJ*, 89:367, 87:758, 82:791; José Celso de Mello Filho, *Constituição*, cit., 344).

A jurisprudência decidiu também o problema da lei anterior incompatível com a Constituição, da seguinte maneira:

«Se a lei dada como inconstitucional é anterior à Constituição, não cabe a arguição de inconstitucionalidade, mas a simples verificação sobre se ela foi, ou não, revogada pela mesma Constituição» (*RF*, 221:167; *RF*, 93:980, 95:993, 99:544).

A jurisprudência também assim se orienta no que concerne às relações entre a ação direta de inconstitucionalidade, e a revogação superveniente da lei: «Não prejudica o andamento da ação direta de inconstitucionalidade a revogação superveniente da lei impugnada, que produz efeitos jurídicos...» (*RDA*, 140:41, 141:131; *RTJ*, 54:710, 55:662, 87:758, 89:367, 100:467). Entende-se nesses julgados que a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade tem efeitos retroativos. Contudo o Procurador-Geral da República torna-se carecedor da ação direta de inconstitucionalidade, quanto a lei é previamente revogada antes do ajuizamento da ação direta (*RTJ*, 107:928).

14. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A inconstitucionalidade pode ser por ação e por omissão. Diversas Constituições já a admitem, como a Constituição da República Portuguesa de 1976, que prevê a inconstitucionalidade por ação no art. 277, 2º, e a inconstitucionalidade por omissão no art. 283, 1.

A inconstitucionalidade por ação decorre de um comportamento ativo do Poder Público, contrariando normas, princípios e formalidades previstos no texto constitucional ou na sua essência.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários e indispensáveis para tornar aplicáveis as normas constitucionais. Não cumpre o dever imposito pela Constituição, com inobservância do dever constitucional de agir e fazer. Esta *inércia* no plano constitucional mostra «a inatividade consciente na aplicação da Constituição», como assinala Anna Cândida da

Cunha Ferraz⁷. «Desse *no facie* resulta a inconstitucionalidade por omissão», resume José Celso de Mello Filho⁸.

15. A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO OU OMISSÃO

O texto constitucional sobre a Alta Corte de Justiça deve ser articulado apropriadamente.

A inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão.

Os juízes não deverão aplicar leis ou atos normativos do Poder Público cuja inconstitucionalidade reconheçam; nos tribunais, a inconstitucionalidade deverá ser declarada por maioria absoluta de votos dos seus membros.

O Supremo Tribunal Constitucional exercerá a jurisdição em todo o território nacional, sendo competente para processar e julgar a ação de inconstitucionalidade por ação ou omissão e o recurso de inconstitucionalidade das decisões dos tribunais, nos casos em que a Constituição especificar.

A denominação desse recurso é feita diferentemente nas Constituições. A legislação alemã de 1949 permite o chamado *processo de recurso constitucional*. Na Argentina usa-se a *apelação extraordinária* ante a Suprema Corte. A Constituição da Espanha, de 20 de dezembro de 1978, alude ao recurso de inconstitucionalidade contra a lei e disposições normativas com força de lei (arts. 161, I, a). No Brasil atual existe o recurso extraordinário e nos EUA, o *writ of error*.

O recurso extraordinário de inconstitucionalidade poderá no novo texto constitucional ser interposto das decisões de tribunais:

- 1) que contrariarem dispositivos ou princípios da Constituição;
- 2) que recusarem a aplicação de tratados, lei ou ato normativo federal com base na sua inconstitucionalidade;
- 3) que derem validade a lei ou atos do governo local contestados em face da Constituição ou de lei federal;
- 4) no *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for membro do próprio tribunal;
- 5) no mandado de segurança, contra os atos do Presidente da República, da Mesa do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e de seus membros;
- 6) nos conflitos de jurisdição com fundamento em normas da Constituição Federal entre autoridade administrativa e judiciária;

⁷ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, «A inércia no plano constitucional», *RPGE*, 19:90.

⁸ JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, *Constituição*, cit., p. 347.

- 7) nos conflitos de competência constitucional entre a União e os Estados e Territórios ou entre uns e outros;
- 8) no controle da norma em abstrato.

Algumas Constituições atribuem à Corte Constitucional a competência para julgar o Governo, como a Constituição da Áustria de 1920, revisada em 1929 (art. 142), que estatui sobre a responsabilidade constitucional do Presidente da República, membros do Governo Federal, governadores, vice-governadores e membros dos governos provinciais.

Deve-se também admitir a apreciação preventiva da constitucionalidade. Esta ação é prevista na Constituição da República Portuguesa de 1976 (texto revisado pela Lei Constitucional n. 1, de 30-9-1982), no seu art. 278. Assim sendo, a Corte Constitucional decidirá em caráter preventivo, quando solicitada, pela constitucionalidade de tratado ou convenção internacional, antes de sua ratificação; projeto de lei, antes de sua sanção; resolução ou decreto legislativo, antes de sua promulgação; e decretos executivos, antes de sua publicação.

Mas quem pode propor a ação de inconstitucionalidade? A Constituição da Espanha (art. 162) preceitua que tem legitimidade para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, cinquenta Senadores, cinquenta Deputados, órgãos colegiados executivos de comunidades autônomas (inexistentes estes no Brasil), os quais se poderia acrescentar no País o Procurador-Geral da República e o Presidente da OAB, além de qualquer cidadão.

16. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A declaração de inconstitucionalidade geral determinados efeitos. As decisões da Corte Constitucional adquirem a qualidade de coisa julgada a partir da sua publicação, sendo irrecorríveis. Assim se orienta as seguintes Constituições: Áustria, de 1920 (art. 139, 2, e art. 139 da CF revisada em 1929); Espanha, de 1978 (art. 164, 1 e 2); República Portuguesa, de 1976 (art. 283, 1). O art. 282 da Constituição da República Portuguesa tem o seguinte teor:

«A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado» (Lei repristinatória é uma lei que revoga a lei revogadora).

17. INEFICÁCIA DERROGATÓRIA DAS LEIS INCONSTITUCIONAIS

É de reconhecer-se ademais a ineficácia derogatória das leis inconstitucionais. Verdade seja que a revogação de uma lei provoca a cassação de sua vigência. Mas a lei inconstitucional, sendo ineficaz, reveste-se de completa inaplicabilidade.

Escreve José Celso de Mello Filho⁹:

«A lei eivada de inconstitucionalidade, por isso mesmo, não possui eficácia derogatória de leis anteriores. Note-se que a decisão judicial, mesmo a emanada do STF, ao declarar inconstitucional uma lei, não lhe opera a revogação. Decreta-lhe, porém, a ineficácia, que se projeta e atinge todos os *possíveis efeitos* que uma lei *constitucional* é capaz de gera»¹⁰.

18. A CORTE SUPREMA DOS EUA

No sistema jurídico norte-americano encontra-se o modelo convencional de controle jurisdicional da inconstitucionalidade. A constituição de 17 de setembro de 1787, no art. III, Seção I, previu expressamente uma Suprema Corte e tribunais inferiores que fossem estabelecidos por determinações do Congresso.

Como a Constituição é a lei fundamental e básica, desde o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, com a sabedoria de Marshall, ajuizou-se que nada pode vigorar contra a lei constitucional.

O sistema jurídico norte-americano é dualista, como no Brasil e na Alemanha: Justiça Federal e Justiça estadual.

O órgão mais elevado no sistema judiciário nacional é a *Suprema Corte*, com nove juízes (*Justices*) vitalícios.

O sistema federal é formulado pela Suprema Corte, pelas Cortes de Apelação e pelas Cortes Distritais.

Logo abaixo da Suprema Corte encontram-se as Cortes de Apelação em onze *circuitos*, uma *Court of Claims* e uma *Court of Customs and Patentes*.

Cada circuito abrange três ou mais Estados.

Ainda vinculadas às Cortes de Apelação devem ser mencionadas as Cortes Distritais (89 Distritos), as Cortes Distritais da zona do Canal, de

⁹ JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, *Constituição*, cit., p. 349.

¹⁰ Cf. Rp. 1.077-RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES, *RTJ*, 101:503; igualmente WALTER THEODÓSIO, «Da declaração da inconstitucionalidade da lei», *Justitia*, 118:97-125; e Constituição da República Portuguesa, art. 282, n. 1.

Guam, das Ilhas Virgens, a US *Tax Court* e diversas agências administrativas quase judiciais.

As Cortes podem ser classificadas em quatro grupos: 1) *superiores*; 2) de *apelação*; 3) de *primeiro grau*; 4) *municipais*, compreendendo a Justiça da paz¹¹.

19. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL

Em nosso país, desde longa data o Supremo Tribunal Federal exerce o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, configurando-se como a cúpula do Poder Judiciário. O STF exerce uma tríplice função no sistema político brasileiro, no âmbito constitucional, podendo atuar como:

- a) Tribunal da Federação;
- b) Corte Constitucional;
- c) Tribunal ordinário.

O STF foi criado pelo Decreto n. 848, de 1890, do Governo Provisório da República, que também organizou pela primeira vez a Justiça Federal no País, com a instituição do federalismo na revolução republicana de 1889.

Dois entidades inspiraram a instituição do STF no Brasil. A primeira foi, sem dúvida, a Suprema Corte dos EUA, com o seu poder imenso de *judicial review*. A Segunda foi a Corte que precedeu no Império, a saber, o Supremo Tribunal de Justiça, constituído de *Conselheiros*, designados dentre os juízes togados, «tirados das Relações por suas antiguidades» (Constituição de 1824, art. 163).

A atual estrutura orgânica do STF compreende o *Plenário*, as *Turmas* e o *presidente*. Há assim um órgão monocrático (o presidente) e dois órgãos colegiados (o Plenário e as Turmas). O presidente e o vice-presidente são eleitos pelo próprio tribunal dentre os seus Ministros. O STF compõe-se de onze Ministros, as Turmas sendo constituídas de cinco Ministros, cada uma.

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial previsto no art. 93, XI, da Constituição, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97).

O STF sempre manteve esse nome nos textos constitucionais republicanos de 1891, 1937, 1946, 1967 e 1988, salvo na Constituição de 1934, quando teve o seu nome modificado para Corte Suprema.

¹¹ Uma apreciação genérica de todas essas Cortes no sistema judiciário norte-americano pode ser feita com a leitura do *Dicionário de direito de Black (Black's law dictionary)*, 5. ed., St. Paul Minn., West Publishing Co., 1979.

20. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL:
SUA HISTÓRIA ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Judiciário imperial não conhecia o processo de revisão constitucional das leis. A primeira manifestação sobre inconstitucionalidade das leis foi levantada por Teixeira de Freitas, que a mostrou comparando a Lei n. 1.096, de 10 de setembro de 1860, com a Constituição do Império, de 1824.

A estupenda novidade da declaração de inconstitucionalidade nasce com a Constituição de 1891 (art. 59, § 1º, *a e b*), que de certo pareceu revolucionária aos proventos juizes do Império, permitindo ao Poder Judiciário essa missão de anular no caso concreto e trazido a se julgamento tanto os atos do Legislativo como os do Executivo.

A matéria da declaração da inconstitucionalidade, atribuída as STF (CF de 1891, art. 59, § 1º, *a e b*), foi consagrada novamente com detalhe na Lei n. 221, de 20 novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, já começada pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890.

Preceitua tal Decreto n. 221/1890, dos primórdios da República:

«Art. 38. Ao Procurador-Geral da República, além das mais atribuições que lhe confere o Decreto n. 848, compete:

.....
§ 3º Representar aos poderes públicos o que entender a bem da fiel observância da Constituição, leis e tratados».

Tal documento vem consagrar entre nós o princípio da legalidade e constitucionalidade.

Conforme Alfredo Buzaid, na sempre consultada obra¹², «esta faculdade já existia na Constituição provisória de 22-6-1890, art. 58, § 1º, *b*, e no Decreto n. 848, art. 9º, parágrafo único, *a e b*».

Em toda essa caminhada de defesa do princípio da constitucionalidade, Rui Barbosa ocupa um lugar de honra, considerado o Marshall brasileiro por Castro Nunes¹³.

O controle da constitucionalidade das leis ou atos em tese por via da ação direta era praticamente desconhecido do direito pátrio, porém, até a Constituição de 1946, salvo no caso específico do art. 8º, parágrafo único, nas hipóteses de intervenção federal pela violação de princípios constitucionais sensível à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF em representação de titularidade do Procurador-Geral da República.

¹² ALFREDO BUZOID, *Da ação direta de declaração de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 19.

¹³ CASTRO NUNES, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1943.

A Emenda Constitucional n. 16, de 1965, deu maior amplitude ao controle por via de ação, tal como se encontra na Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Ela atribuiu ao STF a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa estadual ou federal, mediante *ação direta*, que só poder ser proposta pelo Procurador-Geral da República. Essa ação independe de lesão a direito individual, quando a vigência do ato inconstitucional conflita com a ordem jurídica, a ação tendo como finalidade a declaração da inconstitucionalidade.

O País, em matéria de constitucionalidade, inicialmente filiado ao modelo norte-americano com a Primeira República, começou desde 1946 a vincular-se, ainda, ao modelo austríaco, com o advento da ação direta de inconstitucionalidade.

Desde então existem dois caminhos a seguir para a declaração de inconstitucionalidade:

- 1º) o *modelo convencional*, quando o problema surgido como incidente tem o seu desfecho na via judicial normal:
- 2º) a *ação direta de inconstitucionalidade*, que, coo o próprio nome indica, visa imediatamente o ponto constitucional, por intermédio do Procurador-Geral da República atuando na condição de representante da sociedade.

Na ação direta de inconstitucionalidade somente o Procurador-Geral da República (na CF de 1967) podia ser o sujeito ativo da ação por si mesmo ou provocado, sempre como agente impulsionador e titular do procedimento. Para tal, as partes interessadas deviam dar conhecimento das possíveis inconstitucionalidades ao Procurador-Geral da República, e este, se assim o entendesse, submetia o ato ou os atos ao Supremo Tribunal Federal.

Mas o Procurador-Geral da República não era peça decorativa; não era simples encaminhador da representação, visto que o Chefe do Ministério Público Federal também opinava e submetia o ato ao STF.

O entendimento sobre a matéria era de que, se o Procurador-Geral da República não submetia a questão ao STF, ou a entendia constitucional, em face da omissão da lei, o assunto seria arquivado. Nada impedia entretanto que ele, embora não tivesse convencido da inconstitucionalidade levantada pelos argüentes, ainda assim a apresentava a exame do STF, dada a sua relevância, possibilitando o julgamento final¹⁴.

¹⁴ V. Rep. 96 e 753, com maiores detalhes, nos *Arquivos da Assessoria Técnica Legislativa*, 1950, pp. 9 e 121.

21. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 admite vários modelos de controle da constitucionalidade das leis, entre eles devendo salientar-se a ação incidental de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação interventiva. Estruturou-se destarte o modelo misto, justapondo as técnicas germano-austríaca e norte-americana, em uma modalidade mista de judicialidade de controle das leis.

O art. 103 da Constituição Federal é expressivo nesse sentido:

«Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I — o Presidente da República;
- II — a Mesa do Senado Federal;
- III — a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV — a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V — o Governador do Estado;
- 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».

O Procurador-Geral da República poderá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

A Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-1993, à Constituição federal de 1988, ainda acrescentou um noto tipo de defesa da constitucionalidade, a saber:

«A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República».

A dita emenda foi agregada ao art. 103, e se associou destarte às outras ações no processo constitucional. É de lembrar que essa Emenda Constitucional, propondo a defesa da Constituição, somente pela legitimação ativa de alguns entes passou a ter efeito vinculante para as outras decisões semelhantes de assuntos, o que causou bastante polêmica, objetada inclusive com mandado de segurança proposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, que neste tocante não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. O MS sobretudo dizia que tal efeito vinculante viria estabilizar a ordem jurídica, violando o princípio da persuasão racional ou do livro convencimento dos juízes de inferiores instância.

22. O PROCESSO E O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE CONFORME A LEI N. 9.868, DE 10/11/99

A ação direta de inconstitucionalidade foi prevista no texto original da Constituição brasileira de 1988 e a ação declaratória de constitucionalidade surgiu posteriormente através de uma das emendas à dita Constituição. Faltou porém uma legislação infraconstitucional regulando a matéria com mais detalhes. Tal normatividade surgiu com a Lei n. 9.868, de 10/11/99, que explicitou uma temática processualística mais ampla detalhando o texto constitucional especialmente no seu aspecto processual.

A dita Lei em apreço trata de diversos assuntos, como entre outros a forma da petição inicial as partes legítimas e sobretudo o processo e o julgamento das duas ações, sistemática de processo e julgamento que sobretudo deveria ser regulado por uma lei processual e que agora se encontra normatizada. Aos processualistas cabe sobretudo a análise minudente de tal legislação formal, que aqui apenas se menciona como roteiro para o constitucionalista.

Tal lei era necessária visando aperfeiçoar o trabalho dos magistrados e advogados na aplicação e interpretação do texto constitucional, discriminando o direito e o processo.

O direito é a substância, o processo é a forma. O direito é a força em potência, o processo é a força em ação. Ambos na história apareceram simultaneamente ou quase ao mesmo tempo e são faces indispensáveis de uma mesma coisa. O direito sem processo nada é, o direito sem ação não é nada, e do mesmo modo a ação sem a norma não tem poder de realização.

A Lei em apreço aperfeiçoou a legislação constitucional e é um pouco longa com 31 artigos e entrou em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial em 11 de novembro de 1999.

Deu nova força aos tribunais e advogados para a proteção com mais desenvoltura do texto constitucional.

