

# EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

Por FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA\*

## SUMÁRIO

1. AS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS E A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.—2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO.—3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.—4. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.—5. CONCLUSÃO.—6. BIBLIOGRAFIA.

### 1. AS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS E A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

As Constituições, sejam rígidas ou flexíveis, escritas ou costumeiras, são dotadas de uma superioridade sobre as demais normas jurídicas de um determinado país. Isto se deve ao fato de ser a Constituição a norma fundamental de que nos fala Kelsen. Em suas palavras: «a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum»<sup>1</sup>. Daí dizer o Francisco Fernández Segado que «la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, la *lex legum*, esto es, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema»<sup>2</sup>.

---

\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Professor adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará e Mestre em Direito pela mesma Universidade.

<sup>1</sup> Cf. *Teoria pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1976, p. 269.

<sup>2</sup> Cf. *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, p. 15.

Ressalte-se, contudo, que o princípio da supremacia da constituição, segundo Pinto Ferreira, «a pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político»<sup>3</sup>, solidifica-se no sistema de constituições rígidas, pois este se caracteriza por estabelecer procedimentos mais solenes e especiais, visando a proceder modificações no texto constitucional, sendo tais procedimentos bem mais difíceis e diferentes dos que se destinam às alterações das leis ordinárias e complementares.

É, na verdade, da rigidez da Constituição que emerge, em toda a sua plenitude, o princípio da superioridade da Carta Constitucional sobre as demais normas de um mesmo ordenamento jurídico<sup>4</sup>.

O controle da constitucionalidade das leis impõe-se, por conseguinte, diante do sistema de Constituições rígidas, pois este acentua a distinção entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos, resultando disso a supremacia da Constituição sobre as demais leis. Essas são produto do Poder Constituído, enquanto aquela é obra do Poder Constituinte. Significa, no dizer de José Afonso da Silva, «que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos: é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas»<sup>5</sup>.

Incontestável é, pois, a supremacia da Constituição sobre as demais normas de direito, estabelecendo-se uma hierarquia de normas, em que a lei constitucional desponta no ápice da pirâmide normativa, razão pela qual é a Constituição chamada de Lei Maior, Lei Magna, nas palavras de Paulo Bonavides, «a mais alta expressão jurídica da soberania»<sup>6</sup>.

Com efeito, as leis infraconstitucionais, produzidas pelo Poder Legislativo, órgão cuja competência é haurida da Constituição, não podem contrariá-la, sob pena de serem consideradas inválidas e inconsistentes perante a ordem jurídica estabelecida<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Cf. *Princípios gerais do Direito constitucional moderno*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1971, vol. I, p. 132.

<sup>4</sup> Nesse sentido, afirma Maria Helena Diniz: «É, realmente, nas Constituições rígidas que se pode verificar a superioridade da norma constitucional criada pelo constituinte, relativamente àquelas elaboradas pelos demais órgãos» (cf. *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 14).

<sup>5</sup> Cf. *Curso de Direito constitucional positivo*, 15ª ed., São Paulo, RT, 1998, p. 47.

<sup>6</sup> Cf. *Curso de Direito constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 267.

<sup>7</sup> A respeito, ensina Ronaldo Poletti: «Se a lei ordinária, o estatuto privado, a sentença judicial, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformam com a Constituição, devem ser fulminados por uma nulidade incomum, qual seja, aquela proveniente da Lei Maior, com base no princípio da supremacia da Constituição» (cf. *Controle da constitucionalidade das Leis*, São Paulo, 2ª ed., Forense, 1995, p. 3).

Tendo em vista a possibilidade da existência de normas que entrem em confronto com a supremacia constitucional, surgiu a técnica especial consistente no controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público.

Incontrovertida, portanto, a primazia da lei constitucional, resta estabelecer qual o órgão competente para expurgar de um determinado sistema jurídico as leis inconstitucionais ou controlar a constitucionalidade do ato normativo, o que, no dizer de Michel Temer, «significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição»<sup>8</sup>.

O exercício do controle de constitucionalidade das leis tanto pode ser confiado a um órgão político como a um órgão jurisdicional.

## 2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

No Brasil, à época do Império, não foi possível, entre nós, o estabelecimento de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, como já vinha ocorrendo nos Estados Unidos da América. É que, de conformidade com a Constituição de 1824, cabia ao Poder Legislativo exercer a guarda da Lei Suprema (art.15, IX), embora não constasse do texto constitucional nenhuma norma dispondo como deveria ser exercida a defesa da Constituição.

Como adverte Clèmerson Merlin Clève, «durante o Império o direito brasileiro sofria a influência das concepções então em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e na França. Pois ambos os países desconheciam qualquer modelo de fiscalização da constitucionalidade. O princípio da “supremacia do Parlamento” (Inglaterra) e a concepção da lei enquanto “expressão da vontade geral” catalisada pelo Legislativo (França) constituíam obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade tal como já experimentada nos Estados Unidos»<sup>9</sup>.

Não foi só o dogma da «supremacia do Parlamento» e da lei como expressão da soberania popular que impossibilitou, no período imperial, a adoção de um sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. A existência do Poder Moderador como um superpoder, encarregado de coordenar a organização política e velar pelo equilíbrio e a harmonia dos demais poderes, nos termos do art. 98 da Constituição de 1824, inviabilizou totalmente a possibilidade de um controle de constitucionalidade confiado ao Poder Judiciário, já que ao Imperador incumbia a solução dos conflitos entre os Poderes. O Poder Moderador era definido no citado artigo da seguinte forma: «O Poder Moderador é a chave de toda a organi-

<sup>8</sup> MICHEL TEMER, *Elementos de Direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo, RT, 1989, p. 41.

<sup>9</sup> CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, RT, 1995, pp. 63/64.

zação política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos»<sup>10</sup>.

Como se observa, a influência do direito europeu no direito brasileiro, mormente o inglês e o francês, bem como a existência do Poder Moderador, titularizado pelo Imperador, a quem competia resolver os conflitos entre os demais Poderes, obstaculizaram o exercício de qualquer controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Com a proclamação da República, instaura-se uma nova ordem institucional no País. As suas instituições políticas passam por profunda re-formulação, tendo sido forte a influência da doutrina constitucional norte-americana na ordem jurídica implantada com o advento da forma republicana de governo, que contribuiu de maneira decisiva para a introdução de um sistema de controle de constitucionalidade das leis.

A primeira Constituição Republicana de 1891 introduziu, ainda que de maneira tímida, o controle da legitimidade das leis pelo Judiciário, ao conferir ao Supremo Tribunal Federal competência para rever as sentenças das justiças estaduais, em última instância, «quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela»; e, «quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas». Idêntica disposição se encontrava na chamada Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto n° 510).

O sistema introduzido é melhor definido pela Lei Federal n° 221, de 29 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal, a qual estabelece, em seu art.13, § 10, que «os juízes e tribunais deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais».

Destarte, a partir do advento da nova ordem constitucional instaurada com a proclamação da República é introduzido o controle de constitucionalidade difuso, também chamado por via de exceção ou incidental, no sistema jurídico brasileiro.

Em seguida, veio a Constituição de 1934, que manteve o controle de constitucionalidade difuso estabelecido pela Carta anterior, porém trouxe três importantes novidades que significaram grande progresso para se chegar à adoção de um controle direto de fiscalização da Constituição.

A primeira dessas novidades, contemplada em seu art. 179, consistiu na exigência de que somente pela maioria absoluta de seus membros pudessem os tribunais declarar a inconstitucionalidade de determinada lei,

<sup>10</sup> Cf. ADRIANO CAMPANHOLE *et al.*: *Constituições do Brasil*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 1985, p. 642.

acolhendo expressamente a orientação jurisprudencial das cortes norte-americanas.

A segunda foi conferir competência ao Senado Federal, órgão incumbido de promover a coordenação dos poderes federais (art. 88), de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (arts. 91, IV, e 96), objetivando dar efeito *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em matéria de constitucionalidade.

A terceira e mais importante das inovações da Constituição de 1934 foi a criação da representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, visando a que o Supremo Tribunal Federal tomasse conhecimento de lei que decretasse a intervenção em uma das entidades federativas e a declarasse constitucional (art.12, § 2º) por inobservância aos chamados princípios constitucionais sensíveis, contidos no art. 7º, letras *a* a *h*<sup>11</sup>.

A representação interventiva, sem dúvida, teve muita importância para o aprimoramento do nosso sistema de controle de constitucionalidade, pois, como noticia Gilmar Ferreira Mendes, «muitas decisões proferidas nesse processo serviram para esclarecer importantes questões constitucionais sobre a compatibilidade do Direito constitucional de diferentes Estados com a Constituição Federal e tiveram influência decisiva sobre o desenvolvimento do Direito constitucional estadual»<sup>12</sup>.

Paulo Bonavides destaca, ainda, como importante inovação da segunda Constituição da República, a instituição do mandado de segurança (art. 113, 33), «para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade»<sup>13</sup>.

A Carta de 1937 representou um verdadeiro retrocesso para o nosso sistema de controle de constitucionalidade. A Constituição do chamado Estado Novo, outorgada e autoritária, manteve o modelo instaurado com a proclamação da República. Quanto às novidades advindas com a Constituição de 1934, reproduziu tão-somente a exigência da maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República (art. 96, *caput*).

<sup>11</sup> A respeito, preleciona o ilustre constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes que «embora a representação interventiva configurasse uma peculiar forma de composição de conflitos federativos, a jurisprudência e a doutrina brasileira trataram esse processo como típico processo de controle abstrato de normas. Em uma de suas primeiras decisões deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário do controle incidente de normas, o novo instituto destinava-se à aferição abstrata da constitucionalidade de uma lei estadual, ou, nas palavras de Castro Nunes, de “uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei”. Em outros termos, a inconstitucionalidade deveria ser superada mediante ato legislativo ou quase legislativo que constatasse a invalidade com eficácia *erga omnes*» (cf. *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 61).

<sup>12</sup> *Id.*, *ib.*

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 296.

A Carta outorgada de 1937, por outro modo, procurou diminuir a supremacia do Judiciário sobre o controle de constitucionalidade, quando sujeitou, nos termos do parágrafo único do mencionado art. 96, a matéria a um reexame do Parlamento, ao prescrever, *verbis*: «No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, que a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal»<sup>14</sup>.

Dessa forma, vê-se que, no período da ditadura de Vargas, houve uma verdadeira involução no nosso sistema de controle de constitucionalidade ante o indistigável hipertrofiamento do Poder Executivo, fazendo com que a vontade do ditador pairasse sobre o texto constitucional que ele próprio outorgara. Como anota Clèmerson Merlin Clève, «no contexto do Estado Novo, o Executivo assumiu nítida preeminência, na medida em que, afinal, o Legislativo não foi convocado. Sem o Poder Legislativo, coube ao próprio Executivo exercer, por meio de decreto-lei, a faculdade autorizada pelo art.96, parágrafo único, da Constituição de 1937»<sup>15</sup>.

Na verdade, a Constituição de 1937 sequer chegou a ser aplicada. O presidente Vargas, como afirmara o inolvidável Afonso Arinos de Melo Franco, «preferiu governar indefinidamente, sem qualquer sistema limitativo dos seus poderes, atribuindo a estes uma extensão que o artigo 180 da Carta de 10 de novembro, invariavelmente referido, estava longe de conter»<sup>16</sup>.

Com a queda do Estado Novo e a redemocratização do País, veio a Constituição de 1946, que restaurou o sistema de fiscalização judicial da Constituição, espantando a malsinada regra do art. 96, parágrafo único, do texto constitucional precedente. São mantidos o modelo inaugurado em 1891 e as inovações trazidas pela Carta Magna de 1934, com os aperfeiçoamentos introduzidos pela nova ordem jurídica implantada.

O Senado Federal continuou com a competência para suspender, total ou parcialmente, lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 64 da Lei Magna da redemocratização. Ficou claro, portanto, que tal suspensão só ocorreria nas declarações definitivas da Corte Suprema e não de qualquer

<sup>14</sup> ADRIANO CAMPANHOLE *et al.*, *op. cit.*, p. 435.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>16</sup> Cf. *Direito Constitucional - Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 111. O art. 180 das Disposições Transitórias e Finais da Carta de 37 previa o seguinte: «Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-lei sobre todas as matérias da competência dos Estados».

órgão do Poder Judiciário, como poderia sugerir o texto de 34. Houve dúvida, porém, como acentua Ronaldo Poletti, «sobre se a competência do Senado se estendia também às leis estaduais e municipais, firmando-se o entendimento de que essas leis igualmente seriam suspensas desde que declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal»<sup>17</sup>.

A representação interventiva é restabelecida, embora lhe tenha sido dada configuração diversa daquela preconizada na Constituição de 1934, porquanto a intervenção só seria decretada pelo Congresso Nacional após o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional o ato impugnado submetido a seu exame pelo Procurador-Geral da República, ficando certo que, antes de o Presidente da República efetivar a intervenção, «o Congresso Nacional poderia limitar-se a suspender o ato declarado inconstitucional, se a medida bastasse para a normalização do Estado-Membro»<sup>18</sup>.

Na vigência da Constituição de 1946, a representação interventiva foi disciplinada, inicialmente, pela Lei n° 2.271, de 22 de junho de 1954 e, posteriormente, pela Lei n° 4.337, de 1° de junho de 1964.

A representação interventiva significou um grande passo para a criação do controle de constitucionalidade por via de ação no direito brasileiro. Porém, não se pode dizer que se tenha instaurado com o novo instrumento um amplo sistema de controle abstrato, pois, no caso, a fiscalização judicial cingia-se aos atos vinculados a hipóteses de intervenção federal.

O controle de constitucionalidade pela via direta da ação, na verdade, foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional n° 16, de 26 de novembro de 1965, que deu nova redação à alínea *k* do art.101, inciso I, da Constituição de 1946, acrescentando às competências originárias do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar «a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República».

Observa Clèmerson Merlin Clève «ser curioso o fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais»<sup>19</sup>.

Sacha Calmon Navarro Coelho, ao revés, analisando a Emenda Constitucional n° 16, que restaurou a Justiça Federal de primeira instância e inaugurou o controle de constitucionalidade concentrado, afirma, embora reconhecendo a valia da providência, ser «claríssima a intenção dos governos militares de controlar, via Judiciário, as leis dos Estados-Membros antes que as suas leis e seus atos, utilizando-se, para tanto, do Procurador da

<sup>17</sup> *Op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>18</sup> *Id.*, *ib.*, p. 84.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 70.

República, demissível *ad nutum* pelo Presidente e, portanto, *dependente*, antes que independente do Executivo»<sup>20</sup>.

A propósito dos motivos que levaram à promulgação da Emenda Constitucional em apreço, extrai-se das lições de Gilmar Ferreira Mendes que «o instituto, introduzido no contexto de uma ampla reforma do Poder Judiciário, tinha por escopo, tal como consta da Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, alcançar maior economia processual mediante decisão direta do Supremo Tribunal Federal, reduzindo a sobrecarga de trabalho dos Tribunais inferiores. A decisão do Supremo Tribunal Federal deveria orientar a jurisdição ordinária na decisão de casos semelhantes»<sup>21</sup>.

Não interessa aqui perquirirmos pelas intenções e motivações que estavam por trás da edição da citada Emenda, o que é certo é que essa trouxe efetiva contribuição para o aprimoramento do nosso sistema de fiscalização da Constituição, criando, de uma vez por todas, a técnica de controle *in abstracto*.

A Emenda Constitucional n° 16/1965, não só criou o controle concentrado de lei e ato normativo, como também autorizou os Estados-membros a instituir, no âmbito das competências originárias dos Tribunais de Justiça, processo para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em conflito com a Constituição do Estado<sup>22</sup>.

A Constituição de 1967 e a chamada Emenda Constitucional n° 1, de 1969, conservaram o instituto do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos por via de ação direta. Entretanto, a Carta de 1967 não manteve a autorização contida na Emenda n° 16/1965 para a instituição, pelos Estados-membros, do controle concentrado de leis e atos normativos municipais em face da Constituição do Estado.

A Carta de 1967, igualmente, transferiu do Legislativo para o Presidente da República a competência para suspender o ato estadual impugnado em representação interventiva promovida pelo Procurador-Geral da República.

A Emenda n° 1/1969, por sua vez, admitiu expressamente a representação interventiva no âmbito dos Estados-membros, nos moldes do paradigma federal, visando a assegurar os princípios indicados na Constituição Estadual.

<sup>20</sup> Cf. *O Controle da constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, pp. 176 e 177.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>22</sup> A Emenda Constitucional n° 16/1965, em seu art.19, acrescentou ao art.124 da Constituição de 46 o inciso XIII, que dispunha o seguinte: «a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado» (cf. ADRIANO CAMPANHOLE *et al.*, *op. cit.*, p. 302).



A Constituição de 1988 avançou bastante em matéria de controle da constitucionalidade das leis. Começou por ampliar o número de legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, retirando do Procurador-Geral da República a titularidade exclusiva da representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, objeto de muitas críticas, pois, ficando ao crivo do Procurador-Geral a arguição ou não da inconstitucionalidade de lei levada ao seu conhecimento, este acabava se transformando em juiz da representação, usurpando competência que era própria do Supremo Tribunal Federal.

A grande controvérsia existente antes do advento da vigente Constituição era a de saber se o Procurador-Geral da República, ao receber uma representação argüindo inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, estaria obrigado a submetê-la ao Supremo Tribunal Federal. Entendiam alguns que, ainda que o Procurador-Geral não concordasse com o pedido que lhe fosse dirigido, teria de encaminhá-lo à Suprema Corte, embora o fizesse ofertando parecer em sentido contrário. O que ele não podia era transformar-se em juiz da representação, invadindo competência daquela Corte<sup>23</sup>.

Em 1970, o Movimento Democrático Brasileiro, único partido de oposição à época, provocou o Procurador-Geral da República, solicitando a instauração do controle concentrado contra o Decreto-Lei n° 1.077, de 26 de janeiro de 1970, que estabelecera a censura prévia de livros, jornais e periódicos. A representação foi arquivada pela dita autoridade, por inferir não estar ela constitucionalmente obrigada a submetê-la ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Em razão do arquivamento da mencionada representação pelo, à época Procurador-Geral da República, Ministro Xavier de Albuquerque, ingressou o M.D.B. com Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, a qual foi rejeitada, tendo a Corte acolhido a doutrina daqueles que reconheciam ao Chefe do Ministério Público Federal o direito de submeter ou não a questão ao Pretório Excelso, já que detinha, com exclusividade, a competência constitucional para instaurar o controle abstrato de normas.

Essa questão sobre a discricionariedade ou não do Procurador-Geral da República para ofertar representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal gerou bastante polêmica doutrinária. Celso Ribeiro Bastos sustentou uma posição intermediária, argumentando que, se a representação é formulada por pessoa jurídica de direito público, estaria o Procurador-Geral obrigado a encaminhar a representação, em razão da presunção de estar essa conforme o interesse público, o que não significa afirmar que

<sup>23</sup> Sobre o assunto, confira PAULO BONAVIDES, *op. cit.*, p. 299, e GILMAR FERREIRA MENDES, *op. cit.*, pp. 66 a 77.

tenha ocorrido, efetivamente, a inconstitucionalidade, porém «o móvel que acionou a pessoa jurídica é um motivo de interesse público»<sup>24</sup>.

Hoje, contudo, com as inovações da atual Constituição, a questão que gerou tanta controvérsia se encontra inteiramente superada, pois, de conformidade com o seu art. 103, estão legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidades de classe de âmbito nacional.

Outra novidade trazida pela nova ordem constitucional vigente foi a declaração de inconstitucionalidade por omissão, inspiração da Constituição Portuguesa. Nessa forma de controle abstrato o que se objetiva é reprimir a omissão por parte dos poderes públicos que atentem contra a Constituição.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal dará ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 103, § 2º).

A respeito da inconstitucionalidade por omissão, leciona Jorge Miranda que esta «não tem carácter preventivo, nem substitutivo. Não tem carácter preventivo, mas sim natureza de fiscalização *a posteriori*, porque o Tribunal Constitucional não interfere na formação de quaisquer actos e só pode agir em consequência duma omissão juridicamente relevante a cujo prévio reconhecimento tem de proceder. Não tem carácter substitutivo, porque não pode o Tribunal adoptar as medidas que repute necessárias, ainda quando o órgão legislativo, ao qual tenha sido comunicada a verificação, não supra a omissão»<sup>25</sup>.

Constata-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade por omissão não produz efeitos jurídicos precisos, como ocorre com a decisão decorrente da inconstitucionalidade por ação. Assim, conclui-se que o provimento judicial prolatado na ação de inconstitucionalidade por omissão não tem o condão de criar «qualquer obrigação jurídica para o órgão legislativo, apenas *declara* uma obrigação preexistente»<sup>26</sup>.

Igualmente, foi feliz a Carta de 1988, quando, ao tratar dos Tribunais dos Estados, autorizou o constituinte estadual a instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da C.F.), o que não se verificava no sistema anterior.

<sup>24</sup> Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 72 a 76.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 402.

<sup>26</sup> *Id.*, *ib.*

A nova ordem constitucional manteve o controle incidental, presente na história do constitucionalismo brasileiro desde a primeira Carta Republicana, perpassando todas as demais até a ora vigente.

Foi preservada a representação interventiva, com o objetivo de resguardar a compatibilidade do direito estadual com os chamados princípios sensíveis da Carta Magna (art. 34, VII), sendo aquela pressuposto da intervenção federal, nos termos do art. 36, III e § 1º, competindo sua execução ao Presidente da República, quando o Supremo Tribunal Federal der provimento à representação do Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1988, de igual modo, sustentou a possibilidade de se outorgar força de lei às decisões sobre inconstitucionalidade proferidas, incidentalmente, em casos concretos, mediante suspensão de execução da lei impugnada pelo Senado Federal (art. 52, X). Em face dessa fórmula que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, se afigura hoje obsoleta, em razão do peculiar significado atribuído ao controle abstrato de normas<sup>27</sup>, deve o Supremo Tribunal Federal, após o trânsito em julgado, comunicar a decisão ao Senado Federal, a fim de que possa esse órgão político apreciar, «sob sua ótica, a conveniência e oportunidade de suspender ou não execução do texto inquinado»<sup>28</sup>.

Conservou, outrossim, a atual Carta Política, o *quorum* da maioria absoluta dos membros dos tribunais ou de seu respectivo órgão especial para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (art. 97).

No que tange ao recurso extraordinário, a vigente Carta da República, como se depreende do art. 102, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*, alterou-o, dando-lhe feição unicamente constitucional.

Outra novidade trazida pelo constituinte de 1988 foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, § 1º), a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Essa disposição só veio a ser regulamentada recentemente pela Lei nº 9.882/1999<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 43.

<sup>28</sup> Sobre o assunto, cf. PAULO NAPOLEÃO NOGUEIRA DA SILVA, *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, São Paulo, RT, 1992, pp. 108 a 110. Com relação ao papel político do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso, assenta Nagib Slaibi Filho que a prática constitucional adotada pela Câmara Alta tem sido, «se reputado conveniente, baixar a resolução suspendendo a eficácia de lei ou decreto, ainda que sejam estaduais e municipais, a despeito de alguns autores vislumbrarem, aí, uma forma de intervenção não expressamente prevista em sede constitucional (cf. arts. 34 e 35). Contudo, há de ser observado que a forma federativa exige o controle da constitucionalidade dos atos praticados pelos entes federados inferiores e tal controle, se foi dado pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal (art.102), também foi dado ao Senado Federal (art.52, X), o qual, é, aliás, um tribunal com competência para processar e julgar os membros da Suprema Corte» (v. *Anotações à Constituição de 1988*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 107).

<sup>29</sup> Sobre essa regulamentação, teceremos maiores considerações a seguir, quando tratarmos

No que se refere ao Procurador-Geral da República, embora tenha esse perdido o monopólio da ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição conferiu-lhe papel fundamental no sistema de controle concentrado de normas, pois, além de participar do elenco dos legitimados a instaurar a fiscalização *in abstracto* perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103 da C.F., funciona nas ações de inconstitucionalidade e demais processos de competência da mais Alta Corte como *custos legis*, na conformidade do disposto no § 1º do mencionado art. 103.

A Constituição de 1988 inovou, também, ao determinar a citação prévia do Advogado-Geral da União, nas ações direta de inconstitucionalidade, para proceder à defesa do texto impugnado (art. 103, § 3º).

Essa exigência constitucional tem sido muito criticada<sup>30</sup> por colocar o Advogado-Geral da União na posição delicada de ter que defender um texto normativo, ainda que manifestamente inconstitucional, ferindo, inclusive, o princípio maior de fidelidade à Lei Máxima.

Na realidade, essa preceituação há de ser interpretada sistematicamente, entendendo-se que a manifestação do Advogado-Geral da União não será, necessariamente, em defesa do texto impugnado, caso conclua que este fere de maneira incontestável disposição da Lei Maior, pois, destarte, estaria afrontando sua própria consciência jurídica e, acima de tudo, a ordem constitucional que lhe compete defender como advogado, cidadão e agente público<sup>31</sup>.

---

do controle de constitucionalidade da Lei municipal em face da Constituição Federal. Antes, porém, da edição da citada Lei nº 9.882/1999, Oscar Vilhena Vieira preconizava a necessidade de se buscar com urgência uma interpretação adequada do preceito. Lecionava o ilustre autor: «O termo decorrente parece indicar claramente não se tratar de preceitos inscritos no corpo da Constituição, mas por ela admitidos e incorporados. Um bom exemplo da possibilidade da Constituição aceitar, e portanto proteger, preceitos não inscritos em suas disposições, pode ser encontrado no § 2º do art. 5º da C.F., que permite a incorporação ao nosso ordenamento jurídico de outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A interpretação conjunta desses dois dispositivos permite a fiscalização pelo Supremo, por via direta, da obediência a preceitos decorrentes e não corporificados no texto constitucional» (cf. *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência política*, São Paulo, RT, 1994, p. 88).

<sup>30</sup> Gilmar Ferreira Mendes, examinando o assunto, preleciona: «É difícil identificar a *ratio* dessa disposição. Uma interpretação gramatical poderia levar à conclusão de que o Advogado-Geral da União esta compelido a defender a constitucionalidade da lei, mesmo naqueles casos em que o controle abstrato de normas foi instaurado a pedido do Presidente da República. Essa interpretação poderia legitimar o entendimento de que o Advogado-Geral da União está obrigado a defender a constitucionalidade da lei questionada, mesmo nos casos de manifesta inconstitucionalidade. Evidentemente, essa conduta haveria de convertê-lo em um advogado da inconstitucionalidade» (cf. *op. cit.*, pp. 42-43).

<sup>31</sup> Nesse aspecto, o constituinte cearense, a nosso ver, foi mais feliz, ao dispor, no § 1º do art. 127 da Constituição do Estado, que: «Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese de lei ou ato normativo, citará previamente o Procurador-Geral do

Ainda a respeito dessa disposição, o Ministro Moreira Alves, citado por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, formula as seguintes indagações: «a) terá o Advogado-Geral da União “de defender uma lei estadual ainda quando argüida sua inconstitucionalidade por haver invadido o âmbito de competência legislativa da União Federal?”; b) “Como explicar esse dever, em hipóteses como essa, daquele que, por definição, é o defensor dos interesses da União?”; c) “E, em qualquer caso, para que essa defesa técnica necessária, se ela já é feita pelo Poder Legislativo ou pelo Chefe do Executivo, ou por ambos, que editaram a lei ou o ato normativo?”»<sup>32</sup>.

Incontestavelmente, são irrespondíveis as indagações formuladas pelo Ministro Moreira Alves, o que demonstra a desnecessidade da mencionada disposição constitucional, porquanto, até mesmo para se estabelecer um mínimo de contraditório nesse processo objetivo, a intervenção do Advogado-Geral da União seria dispensada, já que, como ficou salientado, a defesa do ato impugnado é feita pelos órgãos que o editaram.

A nova Constituição, por fim, ainda como novidade, trouxe o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), objetivando dar concreção aos direitos e liberdades constitucionais, bem como às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício.

Esse instituto, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem por escopo suprir o silêncio do Poder Público na edição de normas regulamentadoras necessárias à defesa dos direitos individuais e coletivos.

Nessa ótica, pondera Ivo Dantas que «o Mandado de Injunção —no tocante aos seus efeitos— funciona, dentro do novo quadro criado pelo texto constitucional, como se fora um controle incidental de inconstitucionalidade por omissão, apesar de que, ao contrário do tradicional controle incidental, o que se discute não é outra questão jurídica (e daí o sentido simbólico-retórico da comparação), mas sim, a omissão que se apresenta como empecilho ao gozo de direitos individuais»<sup>33</sup>.

Infelizmente, entre nós não foi dada efetividade a esse importante instrumento de garantia dos direitos fundamentais.

Estado, que se pronunciará sobre a lei ou ato impugnado». Como se vê, na hipótese, não se fala em defesa do ato impugnado, porém, em pronunciamento sobre dito ato.

<sup>32</sup> Cf. *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 107.

<sup>33</sup> IVO DANTAS: *O valor da Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 120.

### 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Não obstante os avanços trazidos pela atual Constituição, pertinentes ao controle abstrato das leis e atos normativos, ela restou omissa no que tange a esta forma de controle para as leis e atos normativos municipais contestados perante a Constituição Federal<sup>34</sup>.

Em razão desta omissão, algumas Constituições Estaduais previram este tipo de controle, atribuindo competência aos respectivos Tribunais de Justiça para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade dele decorrentes, o que, a nosso ver, não parece ser possível à luz do disposto no art. 125, § 2º, da Lei Magna, porquanto o preceptivo delegou aos Estados-membros instituírem tal controle somente no que diz respeito às leis e atos normativos estaduais e municipais que contrariem a Constituição Estadual.

Ora, como é sabido, o Poder Constituinte estadual decorre do Poder Constituinte originário, cuja obra é a Constituição Federal, razão pela qual aponta Anna Cândida da Cunha Ferraz como um dos traços desse Poder —que ela muito bem denomina de Poder Constituinte Decorrente— «a subordinação ao Poder Constituinte Originário e à sua obra, a Constituição Federal. Em regra, o caráter subordinado advém da própria Constituição Federal, na medida em que essa impõe limites ao seu exercício, limites de fundo, expressos ou implícitos»<sup>35</sup>.

Com efeito, não pode o Constituinte estadual extrapolar os limites do que lhe foi delegado pelo Constituinte originário. Assim, tem-se inferido que, diante da omissão da Constituição Federal, o controle das leis e atos normativos municipais que contrariem a Lei Maior da Nação só pode se dar de maneira difusa, pela via de exceção, jamais pela forma concentrada da ação direta<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> A respeito, cf. nosso *Controle da constitucionalidade das Leis municipais*, 2ª, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 93-119. Cf. também REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, *Controle da constitucionalidade das Leis municipais*, 2ª, São Paulo, RT, 1994.

<sup>35</sup> Cf. *Poder constituinte do Estado-membro*, São Paulo, RT, 1979, p. 66.

<sup>36</sup> Em consonância com este posicionamento colhe-se a lúcida colocação feita por Silvio Roberto Mello de Moraes, nos seguintes termos: «Na ausência da previsão legal, entendemos que o controle jurisdicional da constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em contraste com a Constituição Federal só poderá se dar de forma difusa e concreta e não por via de ação direta. A par disto, algumas Constituições estaduais previram esta forma de controle, atribuindo aos seus respectivos Tribunais de Justiça a competência para julgá-los, o que, ao nosso ver, extrapola o conteúdo da norma prevista no art. 125 § 2º da Lei Maior, bem como colide com o novo perfil do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição da República» («Apontamentos sobre o controle jurisdicional de Leis e Atos Normativos Estaduais e Municipais na Constituição do Estado do Rio de Janeiro», in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas*, RT, nº 2, p. 231).

Entre os Estados que adotaram essa espécie de controle em sua Constituição figura o Rio Grande do Sul, que, no entanto, teve suspenso dito dispositivo por liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, cuja ementa é a seguinte: «Ação Direta de Inconstitucionalidade — Constituição do Estado do Rio Grande do Sul — Preceito que defere competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de lei ou ato normativo municipal questionado perante a Constituição Federal — suspensão cautelar deferida. É irrecusável a plausibilidade jurídica da tese segundo a qual os Estados-membros não dispõem de competência para instituir, no âmbito de seu ordenamento positivo, sistema de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos *municipais*, contestados em face da *Carta Federal*. Essa questão assume inegável relevo, pois reintroduz, uma vez mais, perante a Suprema Corte, a discussão em torno da possibilidade jurídica de o Estado-membro criar, por autônoma deliberação, um sistema próprio de fiscalização e tutela *in abstracto* do direito objetivo positivado no texto constitucional *federal*, e processualizar, em conseqüência, uma forma instrumental — ação direta — que viabilize, no plano das normas municipais, o seu controle em face de nossa Lei Fundamental. — Debate doutrinário em torno da questão. Precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal no regime constitucional *anterior*. — A Constituição de 1988, ao prever o controle concentrado no âmbito dos Estados-membros erigiu a própria *Constituição estadual* à condição de parâmetro único e exclusivo de verificação da validade das leis ou atos normativos locais (art. 125, § 2º). Precedente da Corte (liminar concedida)»<sup>37</sup>.

Do voto do Ministro Celso de Melo, colhe-se o seguinte trecho: «Das múltiplas e delicadas questões de ordem constitucional que podem emergir do preceito impugnado, há uma que se me afigura de notável relevância. Refiro-me ao problema da coisa julgada e da universalidade de sua eficácia. Atente-se à circunstância de que uma decisão eventualmente proferida pelo Tribunal de Justiça, ao apreciar, em sede jurisdicional concentrada, a legitimidade constitucional de lei ou ato normativo *municipal* perante a Constituição *Federal*, nos termos preconizados pela Carta estadual, geraria, essencialmente pelos efeitos subordinados e excludentes que pertinem à própria natureza da jurisdição constitucional concentrada, situação jurídica de todo incompatível com a posição institucional do Supremo Tribunal Federal, que se submeteria, inobstante sua condição de órgão maior incumbido do controle dos atos estaduais em face da própria Carta Federal, à imperatividade dos pronunciamentos de um órgão judiciário inferior»<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> RDA, 181/182, p. 271; Lex - JSTF, nº 148, p. 22.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 273; *Idem*, pp. 24/25.

Assim, têm a jurisprudência do Supremo e a doutrina concluído pela impossibilidade de se exercer, por via de ação direta, o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, à míngua de um comando constitucional neste sentido, pois o constituinte não previu semelhante competência à Corte Suprema, nem a cometeu aos Tribunais de Justiça dos Estados, como sói acontecer ante a indelegável função confiada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, de guarda da Constituição da República Federativa do Brasil.

Entretanto, a Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a pretexto de regulamentar o art. 102, § 1°, da Constituição Federal —que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei—, estabeleceu, no parágrafo único, inciso I, de seu art. 1°, caber também a mencionada arguição: «quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição».

Dessa forma, o legislador ordinário abriu uma porta para o controle concentrado da lei municipal, perante o Supremo Tribunal, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional em torno da norma, admitindo, por força da disposição legal acima transcrita, que os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade possam intentar, igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme autoriza o art. 2°, inciso I, da Lei em causa, visando a obter do Pretório Excelso uma solução antecipada sobre a validade da lei ou do ato normativo municipal acoimado de ilegítimo.

A inovação advinda da Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999, embora haja merecido o aplauso de alguns doutrinadores —que viram nesse novo instrumento um mecanismo adequado para resolver de forma rápida questões relevantes de ordem constitucional sem esbarrar no tão censurado emperramento da máquina judiciária—<sup>39</sup>, por parte de outros tem sido alvo de críticas hostis.

A principal delas consiste na ampliação que o legislador deu à expressão *descumprimento de preceito fundamental*, considerando como tal qualquer «controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição». Argumenta-se haver o legislador se afastado inteiramente do texto constitucional, o qual apenas o autoriza a regular a forma como o descumprimento de preceito fundamental pode ser argüido perante a Corte Maior, não lhe sendo, pois, permitido elastecer a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Cf. ZENO VELOSO, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, pp. 300-301.

<sup>40</sup> Nesse sentido é o posicionamento de Alexandre de Moraes, para quem: «O legislador



Por conseguinte, não se pode conceber que o legislador comum, a pretexto de regulamentar a norma insculpida no § 1º do art. 102 da Carta Política, amplie o seu significado, equiparando ao descumprimento de preceito fundamental as controvérsias entre leis ou atos normativos e preceptivos constitucionais, pois essas, por mais relevantes que sejam, como pontua Alexandre de Moraes, «não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede do controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado»<sup>41</sup>.

Com efeito, comungando com o professorado pelo ilustre constitucionalista, entendemos que o legislador ordinário andou mal quando equiparou ao descumprimento de preceito fundamental a controvérsia constitucional relevante de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à Constituição, porquanto, em assim agindo, alargou, por via do processo legislativo comum e não do especial de emenda à Constituição, o raio de competência do Supremo Tribunal Federal, criando a possibilidade de arguição, perante a mais Alta Corte de Justiça do País, de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, fora das hipóteses de fiscalização abstrata elencadas na Carta da República.

Assim sendo, parece-nos indisfarçável a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/1999, uma vez que a hipótese legal ali criada não constitui descumprimento de preceito fundamental pelo poder público, o que contraria o disposto no art. 102, § 1º, da Lei Maior, além de ampliar a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, sem que haja sido processada qualquer alteração, nesse sentido, no Estatuto Político.

Concluimos, portanto, que o controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo municipal em face da Constituição Federal continua a processar-se tão-somente pela via difusa, consoante entendimento já pacificado por nossa Corte Constitucional e consagrado à quase unanimidade da doutrina.

#### 4. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, introduziu no nosso sistema jurídico um novo instrumento de controle concentrado de

---

ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências do STF, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo Texto Magno. Essa manobra foi eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição» (cf. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*, São Paulo, Atlas, 2000, pp. 267-268).

<sup>41</sup> *Op. cit.*, p. 267.

constitucionalidade das leis e atos normativos federais: a chamada ação declaratória de constitucionalidade.

Dita introdução deu-se com a alteração do art.102, inciso I, alínea *a*, incluindo-se na competência originária do Supremo Tribunal Federal o processar e julgar da mencionada ação.

Foi, ainda, acrescentado ao citado artigo o § 2º, o qual estabelece a eficácia das decisões definitivas de mérito proferidas em tais ações pela Corte Suprema.

Adicionou-se, igualmente, ao art. 103 da Carta Política o § 4º, no qual são indicadas as autoridades legitimadas a propor a ação de que se cogita.

A inovação suscitou, de imediato, intensa polêmica em torno da ação declaratória de constitucionalidade, pelo que muitos sustentam a sua inoquidade e a inconstitucionalidade da Emenda que a criou.

Entre os inúmeros vícios apontados pelos que se insurgem contra a adoção desse novo instituto, na forma preconizada pela mencionada Emenda n° 3/1993, cumpre destacar os seguintes:

- I) ausência de parte, vez que não se identifica o pólo passivo na citada ação, faltando-lhe simetria com a ação direta de inconstitucionalidade;
- II) semelhante ação se apresenta com características mais graves do que a avocatória, por comprometer os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do acesso do cidadão ao Judiciário, ofendendo direitos fundamentais, em evidente vício de inconstitucionalidade ante o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal;
- III) a ação declaratória comprometeria o órgão de cúpula do judiciário com a elaboração legislativa, ferindo o princípio da separação dos poderes, também protegido pelas chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, III, da C.F.).

Já os que defendem a legitimidade político-constitucional da citada ação declaratória, refutam as críticas formuladas, aduzindo que as ações de controle concentrado de constitucionalidade são processos de natureza objetiva, que não necessitam de partes e podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico<sup>42</sup>.

Com relação ao comprometimento dos princípios fundamentais da ampla defesa, do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e do acesso ao Judiciário, diz-se que os argumentos apresentados se prestariam também para a ação direta de inconstitucionalidade<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Cf., para uma ampla discussão sobre o assunto, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES (coordenadores), *Ação declaratória de constitucionalidade*.

<sup>43</sup> A respeito, leciona Gilmar Ferreira Mendes: «Se a ação declaratória de constituçiona-

No que diz respeito à alegação de que tal ação comprometeria o órgão de cúpula do Judiciário com a elaboração legislativa, essa é rebatida com o argumento de que o controle de constitucionalidade é atividade substancialmente de natureza legislativa, razão pela qual não se deve aplicar à risca as leis do processo por tratar-se de ato apenas formalmente jurisdicional<sup>44</sup>.

O que certo é que o Supremo Tribunal Federal, contra o voto isolado do Ministro Marco Aurélio, decidiu ser constitucional a citada emenda, apenas exigindo alguns requisitos para admissão da ação em causa, entre os quais, a comprovação da existência de controvérsia judicial com relação à constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, pondo em risco a sua presunção de validade e vulnerando a segurança jurídica<sup>45</sup>.

O Ministro Sepúlveda Pertence chegou a sugerir que fosse incluída no rito dessa ação uma fase editalícia, dirigida aos entes legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, de modo a instaurar um mínimo de contraditório indispensável a qualquer processo judicial, no que foi acompanhado pelos Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso<sup>46</sup>.

lidade, que, efetivamente, nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado, for ofensiva a tais princípios, ter-se-á de reconhecer que as inconstitucionalidades apontadas haverão de afetar, igualmente, a própria ação direta de inconstitucionalidade». Finalmente, conclui o ilustrado constitucionalista que, «ao contrário do que se afirma, a possibilidade de que determinada controvérsia constitucional seja decidida, desde logo, pelo órgão que a Constituição erigiu como seu guardião haveria de ser vista como reforço da garantia dos direitos individuais pelo Judiciário e pela Administração em geral» (cf. «Ação declaratória de constitucionalidade: A inovação da Emenda Constitucional n° 3, de 1993», na *op. cit.* na nota anterior, pp. 56-57).

<sup>44</sup> Com relação à assertiva em apreço, assevera o Ministro Moreira Alves, em seu voto como Relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade 1-1 DF, que «é inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la que preexistia controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza, inequivocamente esse risco» (cf. inteiro teor do citado voto em IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, *op. cit.*, pp. 191-203).

<sup>45</sup> A propósito, ponderou o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso que «a ação declaratória de constitucionalidade da lei pressupõe controvérsia a respeito da lei, o que é aferido diante da existência de um grande número de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada. Não deve ser esquecido, de outro lado, que, se a finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é a proteção da ordem jurídica —finalidade imediata— não é menos certo que subjacentes à ordem jurídica estão direitos subjetivos, direitos individuais que a ordem jurídica protege. Por isso, um mínimo de contraditório é indispensável na ação de constitucionalidade» (cf. *op. cit.* na nota anterior, p. 234).

<sup>46</sup> O Ministro Carlos Velloso, em seu já mencionado voto, asseverou que, «intervindo na

Entretanto, essa ritualística não preponderou no Plenário da Corte, tendo prevalecido o entendimento esposado pelo Ministro Moreira Alves no sentido de que somente a lei poderá determinar que todos os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, ou alguns deles, possam intervir no processo relativo à ação declaratória de constitucionalidade. Afirma que essa disciplina é eminentemente processual, não podendo ser aplicada por analogia, à minguada de norma referente a processo objetivo<sup>47</sup>.

Como se vê, há uma preocupação generalizada no sentido de dar-se à ação declaratória de constitucionalidade um mínimo de contraditório, comum em toda e qualquer ação, mesmo naquelas que têm curso em processo objetivo, por força do disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, principalmente quando se sabe que, no caso da ação em tela, a decisão dela decorrente terá repercussão em processo subjetivo entre as partes, haja vista o efeito vinculante de que trata o § 2º do art. 102 da *Lex Magna*<sup>48</sup>.

Essa preocupação acentua-se mais ainda na ação declaratória de constitucionalidade pelo fato de que, à exceção do Procurador-Geral da República, os demais legitimados a impulsionar esse tipo de controle são, ao mesmo tempo, os responsáveis pelo ato normativo, cuja presunção de constitucionalidade pretende-se seja preservada, o que prejudica o estabelecimento do contraditório desejado.

Por essas e outras razões é que se tem sustentado a inconstitucionalidade da Emenda nº 3/1993, no que concerne à criação da ação declaratória de constitucionalidade.

---

ação, poderão os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, observado o requisito da pertinência, impugnar a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal objeto da ação declaratória de constitucionalidade e, com isto, estarão ajudando a Corte Constitucional a decidir com acerto» (*Id.*, *ib.*, pp. 234-235).

<sup>47</sup> Prevaleceu no Plenário do Supremo Tribunal o entendimento esposado pelo Ministro Moreira Alves de que «Não sendo indispensável, em processo objetivo, que haja legitimado passivo para contestar a ação, só a lei poderá, para a colheita de mais alegações (ou para o fortalecimento das já conhecidas) em favor da inconstitucionalidade do ato normativo em causa, determinar que todos os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, ou alguns deles, possam intervir no processo relativo à ação declaratória de constitucionalidade». E conclui o ilustre magistrado: «Essa disciplina é eminentemente processual, e, na falta de norma referente a processo objetivo, que possa ser aplicada por analogia, depende ela de norma legal que razoavelmente a regule, estabelecendo os direitos e deveres processuais desses intervenientes» (v. mesma obra citada supra, p. 202).

<sup>48</sup> Nesse sentido, ressalta o Hugo de Brito Machado: «Como a atividade, desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, de controle direto de constitucionalidade, é de natureza legislativa, poder-se-á sustentar que o princípio do contraditório a ela não se aplica. É razoável, porém, sustentar-se a necessidade de observância do contraditório, nessa atividade, por haver sido a ela atribuída forma jurisdicional» (cf. «Ação declaratória de constitucionalidade», na mesma obra sobre o tema já tantas vezes citada em notas anteriores, p. 117).

Não desfraldamos, no entanto, a bandeira dos que vêm sempre inconstitucionalidade nesse instituto. Entendemos possível reconhecer sua legitimidade desde que se lhe inflija interpretação adequada, como, por exemplo, exigir, para o seu exercício, existência de várias decisões de constitucionalidade controvertidas em processos de partes, devendo as razões de impugnação da norma federal adversada, expostas nas pendências judiciais concretas, ser carreadas aos autos da ação em referência, de modo a estabelecer-se um mínimo de contraditório. Procedendo-se dessa forma, os vícios de inconstitucionalidade tantas vezes apontados tendem a ser minimizados.

O que se percebe, como bem ressalta José Afonso da Silva<sup>49</sup>, é que semelhante instituto configura muito mais um meio de impugnação do que uma ação propriamente dita, porquanto o que se visa com seu exercício é a uma rápida solução para a questão constitucional em debate nos processos concretos, a ser definida pela Corte Suprema em resguardo da segurança jurídica.

Deveras, a ação declaratória de constitucionalidade apresenta-se como um controle concentrado exercido não a partir da lei em tese, de per si, porém em decorrência de questão de inconstitucionalidade suscitada no âmbito de processos subjetivos concretos. Eis a razão por que sua proposição pressupõe a existência de inúmeras demandas nas quais a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal é contestada.

Aliás, a técnica de admissão do controle difuso no campo da jurisdição concentrada tem sido experimentada na Europa, num reconhecimento de que, embora tal sistema tenha suas desvantagens por produzir efeitos desiguais para os diversos litigantes, permite uma melhor aferição da constitucionalidade da norma a partir do seu confronto semântico advindo do caso concreto.

Outra restrição que se tem feito ao instituto da ação declaratória de constitucionalidade, e aí nos parece procedente, reside na redução do leque dos legitimados a intentá-la, em descompasso com o elenco de órgãos e entidades habilitados a propor ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Lei Maior<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> José Afonso da Silva leciona «que, de certo modo, a ação declaratória de constitucionalidade equívale a um meio de fazer subir ao Pretório Excelso o conhecimento da questão constitucional controvertida em processos concretos, daí a sua natureza mais de meio de impugnação do que de ação» (*op. cit.*, pp. 60-61).

<sup>50</sup> A respeito da exclusão das autoridades e entidades constantes do art. 103 como legitimados a propor a ação declaratória de constitucionalidade, Marcelo Figueiredo afirma que essa ausência é incompreensível, «já que o controle da constitucionalidade por simetria e equilíbrio do sistema deveria ser equitativo. As mesmas pessoas legitimadas a promover a ação direta de inconstitucionalidade deveriam poder ingressar com a ação declaratória de constitucionalidade» (cf. «A ação declaratória de constitucionalidade — Inovação infeliz e inconstitucional», in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, *op. cit.*, pp. 156-157).

De fato, o constituinte de 1988, conforme já frisado, proporcionou grandes avanços no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade das leis, merecendo destaque a ampliação dos legitimados a instaurar tal controle por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, essa conquista há muito reclamada —já que até então somente o Procurador-Geral da República era detentor dessa legitimidade, agindo, muitas vezes, de forma a usurpar a função precípua do Supremo Tribunal Federal de se manifestar sobre a validade de determinada lei, na condição de guarda maior da Constituição— sofreu um retrocesso quando do surgimento da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Pois esta, ao acrescentar o § 4º ao art. 103, legitimando a propor a ação em causa exclusivamente o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, e o Procurador-Geral da República, promove um verdadeiro desequilíbrio jurídico, por não relacionar como titulares desse novo tipo de ação as mesmas pessoas e entidades legitimadas a ingressarem com a ação direta de inconstitucionalidade, em total desrespeito à simetria e ao equilíbrio que devem nortear o sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Essa providência, adotada pelo poder reformador, não se nos apresenta de todo justificável. Afinal, não existe, nessa espécie de controle, interesse individualizado, conforme já assentado em grande parte da doutrina e da jurisprudência. De outro modo, não faltaria interesse jurídico dos excluídos, pelo que se deveriam manter para esse novo instrumento de controle concentrado os mesmos legitimados constantes do art.103, sem rompimento com a lógica do sistema eleito pelo constituinte de 1988.

Ficou assente, ainda, que na citada ação não há lugar para a atuação do Advogado-Geral da União, na forma estabelecida pelo § 3º do art. 103 da Constituição Federal. É que na ação declaratória de constitucionalidade não se impugna ato normativo ou lei federal. Ao contrário, o que se busca, nessa via, é o reconhecimento de sua validade constitucional. Não se justificando, portanto, a intervenção do Advogado-Geral da União na hipótese, já que a ele foi conferida a tarefa de atuar como curador da presunção de constitucionalidade da lei, pelo que sua participação só faz sentido no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, com a finalidade de defender a legitimidade do ato atacado.

Já a audiência do Procurador-Geral da República, na qualidade de *custos legis*, faz-se necessária por força do disposto no art. 103, § 1º, da Carta da República, que exige essa audição em todos os processos da competência do Supremo Tribunal Federal.

Outra matéria discutida com referência à ação declaratória de constitucionalidade diz respeito à possibilidade ou não de os Estados-membros instituírem, por meio de emenda, o prefalado instrumento de controle con-

centrado no âmbito de suas Constituições. A doutrina tem-se dividido sobre o assunto. Enquanto Nagib Slaibi Filho<sup>51</sup>, Alexandre de Moraes<sup>52</sup> e Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>53</sup> admitem possam os Estados Federados criar esse tipo de ação no subsistema de controle de constitucionalidade, permitido pelo art. 125, § 2º, da Constituição da República, desde que atendido o paradigma federal, José Afonso da Silva<sup>54</sup>, por sua vez, entende não ser tal providência possível, à míngua de previsão constitucional.

## 5. CONCLUSÃO

Em conclusão, temos de reconhecer que a vigente Carta Política em muito contribuiu para o aprimoramento do controle de constitucionalidade no Brasil, quer pelo elastério que deu ao rol de legitimados a impulsionar a fiscalização abstrata de constitucionalidade, quer pela autorização confiada aos Estados-membros para instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face de suas constituições.

No entanto, para que se possa tornar mais efetivo, entre nós, o controle de constitucionalidade, dever-se-á, em uma futura reforma do Judiciário, transformar o Supremo Tribunal numa Corte Constitucional exclusiva, retirando-lhe a competência para conhecer de matéria que diga respeito a legislação infraconstitucional, reservando-lhe tão-somente a apreciação das questões próprias da jurisdição constitucional. Só assim o nosso Pretório Máximo poderá exercer, na sua exata extensão e com todas as galas, a nobre função de guardião-mor da Lei Fundamental do Estado brasileiro<sup>55</sup>.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, CELSO RIBEIRO: *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.  
— *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984.  
BONAVIDES, PAULO: *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

<sup>51</sup> Cf. *Ação declaratória de constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1994, pp. 92 a 97.

<sup>52</sup> Cf. *Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, p. 531.

<sup>53</sup> Cf. *op. cit.*, pp. 116 e segs.

<sup>54</sup> Cf. *op. cit.*, p. 61.

<sup>55</sup> Ver nosso «O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional», in *Themis - Revista da Esmec*, Fortaleza, v. 1, n° 1, 1997, pp. 93 e segs.; e *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n° 135, jul/set, 1997, pp. 185 e segs.

- CAMPANHOLE, ADRIANO *et al.*: *Constituições do Brasil*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 1985.
- CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, RT, 1995.
- COELHO, SACHA CALMON NAVARRO: *O Controle da constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992.
- DANTAS, IVO: *O Valor da Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996.
- DINIZ, MARIA HELENA: *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984.
- FERREIRA, PINTO: *Princípios gerais do Direito constitucional moderno*, 5ª ed., São Paulo, RT, vol. I, 1971.
- FERRARI, REGINA MARIA MACEDO NERY: *Controle da constitucionalidade das Leis municipais*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1994.
- FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA: *Poder constituinte do Estado-membro*, São Paulo, RT, 1979.
- FRANCO, AFONSO ARINOS DE MELO: *Direito constitucional - Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- KELSEN, HANS: *Teoria pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 4ª ed., Coimbra, Armênio Amado Editor, 1976.
- MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA, e MENDES, GILMAR FERREIRA (coords.): *Ação declaratória de constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- MENDES, GILMAR FERREIRA: *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- MORAES, ALEXANDRE DE: *Direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1998.
- *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*, São Paulo, Atlas, 2000.
- MORAES, SILVIO ROBERTO MELLO DE: «Apontamentos sobre o Controle Jurisdicional de Leis e Atos Normativos Estaduais e Municipais na Constituição do Estado do Rio de Janeiro», *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas*, RT, nº 2, 1993.
- POLETTI, RONALDO: *Controle da constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Forense, São Paulo, 1995.
- ROCHA, FERNANDO LUIZ XIMENES: *Controle da constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- «O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional», *Themis — Revista da Escola Superior da Magistratura do Ceará*, Fortaleza, v. 1, n. 1, 1997; e *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 135, jul./set. 1997.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA: *Curso de Direito constitucional positivo*, 15ª ed., São Paulo, RT, 1998.
- SILVA, PAULO NAPOLEÃO NOGUEIRA DA: *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, São Paulo, RT, 1992.
- SLAIBI FILHO, NAGIB: *Ação declaratória de constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- *Anotações à Constituição de 1988*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989.



- TEMER, MICHEL: *Elementos de Direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo, RT, 1989.
- TUCCI, ROGÉRIO LAURIA; TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E: *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- VELOSO, ZENO: *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2000.
- VIEIRA, OSCAR VILHENA: *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência política*, São Paulo, RT, 1994.



# **ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES**

