

Controle de Constitucionalidade

Márcio Luís

- Origem

O controle de constitucionalidade nasceu com o constitucionalismo moderno, ocidental.

Segundo Aristóteles, haveria uma norma suprema, fundamental, e o conselho de cidadãos deveria fazer suas normas em respeito à compatibilidade à norma fundante da polis. Ela corresponderia, atualmente, à constituição, e o controle das normas do conselho seria a ADIN.

O constitucionalismo, no sentido material, surgiu na Inglaterra.

- Sistemas

1. EUA – Sistema Judicial de Controle de Constitucionalidade

1803 – EUA – Marbury v. Madison¹: Surgimento da Constituição formal e, em consequência, do princípio da supremacia da constituição. A partir disso surgiu o controle de constitucionalidade em termos técnicos. A ideia é: se uma lei conflitasse com a constituição, caberia ao juiz declarar a nulidade dessa lei. A lei seria nula.

Estabeleceu-se o Controle de Constitucionalidade Judicial (Sistema do “Judicial Review”), por meio de duas premissas:

- A Constituição é lei suprema e nenhuma lei poderia contrariá-la.

- Caberia ao poder Judiciário, ao aplicar as leis, exercer o controle de constitucionalidade delas (decidir se violavam ou não a

¹ Buscar resumo do julgamento

Constituição; se violassem, o poder judiciário teria autonomia para não utilizá-las).

Nesse momento, a suprema corte se atribuiu um poder que até então nenhum poder judiciário possuía.

1804 – Caso Little v. Berreme²: O poder judiciário invalida um decreto feito pelo presidente sobre matéria que deveria ser objeto de lei. Significou o controle exercido pelo poder judiciário sobre os atos do poder executivo, em relação às competências estabelecidas na constituição.

O EUA já possuía forte valorização do poder judiciário, em decorrência da cultura inglesa.

O Caso Marbury v. Madison virou referência dos pressupostos do controle de constitucionalidade. Esse modelo espalhou-se pela América Latina, com as independências.

2. Segundo sistema: França – Sistema Político de Controle de Constitucionalidade

Com a Constituição da França, no início do século XIX, o poder judiciário não possuía grande poder, pois seus membros eram até então escolhidos pelos reis.

Para os franceses, a lei era sinônimo de liberdade, representante da vontade geral da nação. O sistema francês dava ao parlamento a competência para fazer o controle de constitucionalidade das leis. Havia um Conselho, composto por membros do legislativo e executivo, que

²

fazia decisão vinculante acerca das leis. Se determinasse que era válida, o poder judiciário nunca poderia questioná-la.

O controle deveria ser provocado pelos parlamentares, pelos partidos ou pelo executivo. Ou seja, seria provocado pelos cidadãos ligados à elaboração da lei.

Os países europeus adotaram o modelo francês, muito sob a influência da expansão napoleônica.

3. Modelo Austríaco: 1920: Pós 1ª Guerra Mundial

Com o fim da 1ª Guerra, os países europeus buscavam sua constitucionalização. A Áustria foi assessorada por Kelsen, contraposto por Carl Schmidt. Kelsen colocou na Constituição Austríaca uma teoria do direito como uma relação matemática. Falou da teoria pura do direito a partir da ideia da norma fundamental.

Instituiu o Tribunal Constitucional (Corte), a partir da ideia de que a lei, que é uma construção feita por representantes do povo, não poderia ser revista por juízes (estes não possuíam competência para rever algo muito mais amplo). O modelo americano era, a seu ver, ilegítimo.

Criticou também o modelo francês, dizendo que era extremamente parcial, pois o controle era exercido exatamente pelos produtores da lei.

O Tribunal Constitucional seria como um quarto poder na Áustria. Se qualquer órgão judicial tivesse dúvida sobre a constitucionalidade da lei, deveria sustar o julgamento da ação e remeter a matéria ao Tribunal Constitucional. Este era composto necessariamente por juristas, reconhecidos entre seus pares, indicados

por membros do poder judiciário e eleitos pelo parlamento, para compor o Tribunal durante 10 anos. Isso deu extrema relevância ao Tribunal Constitucional, por ser um órgão eminentemente técnico.

O Tribunal decidia, em abstrato, sobre a validade da lei. E essa decisão era vinculante.

O modelo Kelseniano passou a ser chamado Sistema Austro-Alemão (Germânico, Alemão).

Após, a Áustria caiu nas mãos do fascismo.

Com o fim da 2ª guerra mundial, a Constituição Alemã resgatou a força do Tribunal Constitucional, e a Alemanha foi seguida pelos outros países europeus, à medida que foram se constitucionalizando (redemocratização da Europa, com o fim da 2ª guerra e da URSS). O Peru adotou esse modelo também. A França passa atualmente por um processo de transição para o modelo de Tribunal Constitucional.

Assim, permanecem fortes hoje o modelo americano (Controle Judicial) e o modelo austro-alemão (Tribunal Constitucional).

- Brasil

1822 – Independência

1824 – 1ª Constituição: O Brasil e o México foram os únicos países a serem monarquias na América Latina (O Haiti era um protetorado). No México, o regime durou pouco tempo. A Constituição de 1824 previa competência à Assembleia Nacional (Congresso) para sustar as leis que entendesse incompatíveis ao Império e revogá-las se entendesse necessário.

Havia o Poder Moderador, exercido pelo próprio Imperador. Ele tinha competência para deixar de cumprir a lei, se a entendesse incompatível à constituição do Império. Os atos do imperador não passavam por controle da Assembleia ou do poder judiciário; não podiam ser controlados.

Dom Pedro II usou disso algumas vezes e, quando usou, baixou decreto determinando que os seus subordinados também não cumprissem a lei. O ato do imperador autorizava o descumprimento à lei.

Nosso controle era um controle eminentemente político.

1891 – Constituição Republicana: Seu autor intelectual foi Rui Barbosa. Era como um primeiro ministro no governo de Deodoro da Fonseca. Grande adepto da teoria americana (esta já tinha muitos anos de experiência), criou no Brasil o Controle Judicial de Constitucionalidade.

As decisões americanas eram vinculantes e erga omnes, com eficácia imediata, porque o EUA já possuía a cultura de precedente judicial (inglesa). No Brasil, não havia essa cultura, e a decisão do Supremo Tribunal Federal ganhou caráter apenas indicativo da constitucionalidade, de modo que o juiz continua com liberdade para decidir contrariamente ao STF.

26/09/2012

Com a CR de 1934 (Vargas), resolveu-se um problema referente ao controle, pois, até então as decisões do STF só produziam efeitos inter partes. O Senado ganhou a possibilidade de suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional: O STF comunicava a

inconstitucionalidade ao Senado e este, se quisesse, determinava a suspensão da lei. Esse dispositivo ainda está na CR/88 (art. 52, II).

A outra inovação foi: Como o GG intervia muito nos Estados, para combater as autoridades vindas do “café com leite”, foi criada a Representação para intervenção (o presidente só poderia intervir nos Estados se tivesse autorização vinda do STF). Isso foi possivelmente a origem remota da ADI.

A CR de 1937, para o prof., não pode ser considerada exatamente uma constituição. Ela manteve tudo o que havia na de 34, referente ao controle, mas conferia amplos poderes ao presidente (cláusulas leoninas). Ela legitimou o golpe do GG, em 37. Ele aposentou vários ministros e juizes. Quando GG renunciou, o ministro do STF José Linhares foi quem o substituiu.

Até JK, houve muita confusão.

A ADI passou a vigor no direito brasileiro a partir da CR de 1946, por força de emenda constitucional. Até então, quem declarava inconstitucionalidade de leis eram os juizes. Ela foi criada para retirar o poder dos juizes e concentrá-lo no STF, que era controlado pelo congresso.

Com a ditadura, manteve-se o controle difuso. A CR de 1967 legitimou o procurador geral da república para propor ADI. Ele nunca contestaria o governo. Era um instituto “pra inglês ver”. A CR de 67 manteve os mesmos instrumentos da CR de 46, mas na prática, eles eram inoperantes.

CR/88: Manteve o controle judicial difuso (desde 91); suspensão da eficácia de lei pelo Senado; representação para intervenção da União nos Estados (art. 34); ADI genérica (competência do STF) e ADIN por omissão.

Houve uma mudança na ADIN genérica, porque houve a ampliação dos legitimados: Art. 103, VI. Com essa ampliação, aumentaram também as matérias objeto de ADIN.

Outra inovação: ADPF: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Art. 102, § 1º. Foi prevista a possibilidade de controle concentrado nos Estados (TJs exercerem controle de leis e atos normativos perante as constituições estatais).

Emendas constitucionais: A primeira grande alteração foi a institucionalização da ADC (Ação declaratória de constitucionalidade – Art. 102, I, A. Foi criada em função de tentar sustar o processo legislativo. Essa ação só faz sentido quando se questiona a validade da lei. Seu autor intelectual foi Gilmar Mendes.

Art. 480 a 482 CPC: Arguição de constitucionalidade: o juiz submete seu questionamento ao STF.

EC 45: Cláusula de repercussão geral; Súmula vinculante; Ampliação dos legitimados da ADC (equiparados aos legitimados para ADIN).

Lei 9.868, de 1999: Regulamentou a ADI e a ADC; criou o Amicus curiae (permite intervenção no controle); criou a modulação de efeitos.

Lei 9.882, de 1999: ADPF: Arguição de descumprimento de preceito fundamental (discute-se no STF não apenas a constitucionalidade de leis, mas de atos que envolvem a participação do Estado e da sociedade).

Lei 11.417 e 11.418: Regulam Súmula vinculante e repercussão geral.

Lei 12.562: Regulamenta a Representação para intervenção. Normatiza a jurisprudência do STF para a intervenção federal.

Livros: HABERLE, Peter. “Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

HESSE, Konrad. “A Força normativa da Constituição”.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. “Quem deve ser o guardião da Constituição”.

03/10/2012

- Pressupostos do controle:

a) Supremacia da Constituição: surgiu a partir do caso Marbury X Madison. A partir dela veio a noção de ordem jurídica. Toda a ordem é montada tendo como referência a Constituição. Há a ideia de que o Parlamento é o órgão que corporifica a soberania do povo (isso era uma ideia inglesa, mas os americanos foram os primeiros a colocar essa soberania na Constituição).

Noção de Supra <-> Infra ordenação. As normas de hierarquia inferior retiram suas bases das normas de hierarquia superior. É a ordenação.

b) Unidade da Constituição: é ideia mais recente (pós 2ª Guerra Mundial). A CR só tem contradições aparentes. Essas contradições devem ser analisadas de acordo com uma harmonia entre os princípios que contém. Em primeiro momento, pode haver aparente contradição, mas a CR é una. A mesma CR que garante liberdade de expressão impõe limites ao seu exercício.

c) Fundamento último de validade do sistema: é o fundamento que valida todo o ordenamento jurídico. Validade é adequação à ordem. É a partir da validade é que se pode verificar se uma norma se adéqua ou não à ordem jurídica.

1ª dimensão: Vigência. 2ª dimensão: Validade. Ao lado da validade, foi acrescida a dimensão da legitimidade. 3ª dimensão: Eficácia (Cognição pública, heteronomia, dever de observância, dever de execução, aplicabilidade).

A validade possui dupla dimensão: Formal e Material. – Forma: Na forma, deve-se observar a competência e o processo de elaboração. O Direito é forma. A forma representa a competência para se expedir a norma. Toda competência é previamente investida pelo próprio ordenamento. Além disso, deve-se observar o processo de elaboração da norma.

- Materialidade: permissibilidade do conteúdo.

É a partir da CR que se observa cada um desses elementos, pra se verificar a validade de uma norma perante o ordenamento.

A sociedade tem um senso de juridicidade. A norma legítima é aquela que é reconhecida pela sociedade, em consonância a esse senso. O direito precisa estar de acordo com esse senso.

Nenhum ato pode destoar da CR. Ela não admite nada incompatível a ela.

d) Presunção de validade: O órgão de controle pode desautorizar a sociedade ao cumprimento de uma norma. A presunção é relativa e pode ser desconstituída ou afirmada no controle de constitucionalidade. O controle é o que garante a funcionalidade do ordenamento jurídico.

e) Autorreferencialidade da CR: A cultura ocidental é focada na emancipação, nas garantias e deveres fundamentais, individuais e coletivos. Lógica civilizatória da CR. Lógica da plenipotencialização das aptidões. “Proteger, emancipar e plenipotencializar”.

Se um tratado é mais protetivo que a CR, por mais que seja de hierarquia infraconstitucional, esse tratado prevalecerá. A rigidez hierárquica perdeu espaço para uma fluidez. Volta-se à materialidade da CR. Direito não está no texto, mas no contexto.

O princípio da igualdade é o reconhecimento absoluto das diferenças.

Aula do dia

Objeto do controle de constitucionalidade

...

C - Atos normativos infraconstitucionais/ em relação a Constituição – possuem diversas instancias normativas. Normas infraconstitucionais

Temos normas legais, supralegais e infralegais.

*O que seriam essas normas infraconstitucionais, porem **supralegais**?

Não temos normas supralegais, diferentemente do que existe nos EUA. O nosso sistema não prevê de forma expressa normas supralegais. Como o STF admitiu então normas supralegais? Por meio de uma interpretação do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º. Tratados de direitos

humanos são aprovados como emendas. Esses tratados também se estendem aos direitos humanitários.

A CF diz que os tratados sobre direitos humanos que foram aprovados por 3/5 terão status constitucional, tendo status constitucional derivado. Mas o tratado que não for aprovado por emenda, será um decreto legislativo, formalmente seguido de um decreto presidencial, sendo um ato complexo.

STF diz que por força de uma interpretação do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, há, portanto, um status diferenciado. Construção jurisprudencial dessas normas supralegais. É a única hipótese que nos temos. E atenção: não significa que seja um tratado inteiro não, pode ser apenas um dispositivo do tratado que seja assim recepcionado, se trouxer uma nova garantia para o povo. Tem que analisar caso a caso.

*Normas **legais** – artigo 59 traz exemplos de normas legais. Junto com a noção de lei, vem a noção de processo legislativo. Essa norma legal pode ser federal, estadual, municipal ou distrital. Não existe hierarquia entre essas normas legais não. O que há é uma delimitação de competência material.

Lei ou ato normativo – lei é o que passa pela noção de processo legislativo, mas o que seria o ato normativo? O STF começou a construir essa ideia de ato que não é a lei. São normas que não resultam de processo legislativo, porque se resultassem de processo legislativo seria lei. Esses atos são equiparados a lei por força de sua normatividade, já que num primeiro momento são normas impessoais e abstratas. Muito embora não passem pelo processo legislativo, se equivalem. Ex: Resolução de uma agência reguladora; decreto presidencial que extingue cargo público, há que cargo tem que ser

extinto por lei; regimentos de tribunais, que podem ter natureza de ato normativo semelhante a lei; resoluções e normas do TSE que envolvem matéria eleitoral.

É preciso que o ato seja abstrato e impessoal. Normas concretas têm seu núcleo normativo esgotado com uma determinada situação. Resolução do Senado que cassa mandato do Demostenes é ato concreto, é lei em sentido formal, mas não em sentido material. Tem mais natureza de jurisdição do que natureza legal. É a mesma resolução que altera o regimento da câmara e a que cassa um mandato, mas essa que cassa o mandato parece muito mais com um acórdão que foi formalizado entre os senadores.

Nesses atos legais, o STF somou ainda os atos normativos não legais, mas que equivalem aos legais. Posso, por ex., questionar a constitucionalidade de um regimento de um tribunal que não é lei, mas que se equipara a lei. Logo, se tem os legais e os equiparados aos legais.

Cada vez mais, campo normativo vai crescendo, já que o espaço normativo vai crescendo enquanto o espaço legislativo vai diminuindo.

***Infralegis** – Ex: ato administrativo; uma portaria ministerial; um decreto que regulamenta uma lei de acesso a documentos públicos; Esse decreto que tem natureza infralegal está no artigo 84, IV, enquanto o decreto com natureza legal está no artigo 84, VI. No caso do indulto, o decreto que o concede tem natureza legal, já que não está regulamentando uma lei que descreve como deve ser processado o indulto não.

No mesmo regimento, no mesmo diploma normativo, eu posso ter normas legais e infralegis. Se a norma regulamentar uma lei, ela é

infralegal, mas se regulamentar algo que não se refere a outra lei, estamos diante da norma legal.

Se a norma for infralegal, cabe primeiro um controle de legalidade. O controle de constitucionalidade é reflexo. A inconstitucionalidade será discutida direto quando se fala de normas legais e supralegais. Quanto as supralegais, eu primeiro faco um controle de legalidade para so depois fazer um controle de constitucionalidade.

Se o ato é legal, eu faco controle de constitucionalidade, não interessando se o ato foi feito por juiz ou legislador. O que importa sera diferenciar o controle difuso do concentrado.

D – Atos concretos do Poder Público/ em relação a CF

Ato do poder publico e ato concreto. E aquele que, num primeiro momento, incide sobre uma pessoa ou grupo de pessoas, estabelecendo consequências reais sobre essas pessoas. Gera efeitos reais , concretos sobre a vida das pessoas. Ex: desapropriação. Nesse caso, se o ato for feito sem a indenização justa e previa, ela será inconstitucional.

Agora temos que perceber a conduta: comissiva ou omissiva. Esse ato pode ser comissivo ou omissivo.

Esse ato do poder publico pode ser objeto do controle de constitucionalidade também. Posso ter a própria inconstitucionalidade de um ato concreto. O ato do poder publico concretiza uma norma supralegal, legal ou infralegal. Esse ato pode concretizar qualquer norma.

Para esses atos, tenho que analisar em uma dupla dimensão: a constitucionalidade do ato e a constitucionalidade ou legalidade do conteúdo desse ato. Se o conteúdo do ato for supralegal, caberá para o

conteúdo um controle de legalidade, mas o próprio ato pode ser inconstitucional. (ex.: sentença que foi formalizada sem o devido processo legal). Mas o conteúdo desse ato pode ser legal ou supralegal, cabendo tanto para o conteúdo quanto para o ato um controle de constitucionalidade.

A norma não consegue concretude por ela mesma. Toda norma requer um ato de concretude.

Num primeiro momento, esses atos do poder publico so são possíveis por meio de controle difuso. So posso ir no Supremo para discutir isso por meio de mandado de segurança.

Foi criada a ADPF, sendo que por meio dela e possível – duplo objeto: ato concreto pode gerar controle concentrado, mas o STF vem tratando isso de forma muito limitada, de forma residual. A ADPF pode, apesar de vir de um ato concreto, dar origem a uma questão mais ampla.

24/10/2012

- Natureza jurídica do controle:

- Função de Estado: a) Função legislativa: Caso Marbury v. Madison: O controle era função legislativa negativa, equivalente à retirada (revogação) de uma lei do sistema. O Estado era muito mais simples do que é hoje. Mas hoje pode-se falar também na função legislativa positiva, com a colocação de uma norma no sistema.

b) Função jurisdicional: Pode-se inserir uma norma no sistema, dando uma nova interpretação a ela (STF: União estável de pessoas do mesmo sexo). Pode resultar de soluções de conflitos.

c) Função de controle: O MP, por meio de TAC, pode fazer o controle de constitucionalidade. Faz um TAC com vistas a assegurar a validade de normas constitucionais.

O controle incide na validade da norma, mas acaba influenciando na eficácia dela. Para o prof., não atinge a vigência (tanto é que o STF pode mudar de entendimento).

A modulação de efeitos permite que uma norma declarada inválida produza efeitos.

Os manuais tratam o controle como função legislativa negativa (entendimento clássico). Outros falam que é função jurisdicional. São os predominantes. O prof. acha que é função de controle: é monitoramento da validade das normas perante os atos. Verificação se os atos são adequados ou não no sistema. O controle pode aparecer em qualquer função de Estado, sendo incidental.

- Definição de controle

As funções de Estado se realizam por meio de processos, conjuntos de procedimentos.

O controle é um processo de monitoramento e aferição da validade (presunção relativa de validade).

Objetos: a) Atos normativos constitucionais originários, em relação ao núcleo constitucional originário. São normas que foram originariamente previstas na CR. Otto Bachof discutiu isso na Alemanha: Segundo ele, é possível uma norma da Constituição ser declarada inconstitucional (Teoria da Inconstitucionalidade da norma constitucional originária). O núcleo da constituição é a descentralização do poder, com o fito de assegurar as garantias constitucionais. O STF não admite essa tese: ADI 4097: STF entendeu que Art. 14, § 4º (inalistáveis) é constitucional, porque o próprio constituinte que criou a igualdade estabeleceu exceções a ela. Isso foi respondido em nome do Princípio da Unidade da CR.

b) Atos normativos constitucionais derivados, em relação aos limites expressos e não expressos (adstritos ou implícitos) ao poder reformador. São atos que resultam de emendas ou de revisão constitucional. Os limites são expressos: Art. 60, CR e princípios constitucionais sensíveis (Art. 34, VII): circunstanciais, formais, materiais. Limites não expressos: ex: limites que decorrem do art. 60 (acesso ao ensino fundamental). Limite implícito: alteração do art. 60. É o limite dos limites: não se pode alterar o art. 60. Há outros: inalterabilidade de competências...

O STF aceita o controle sobre normas derivadas. ADI 939: os princípios básicos limitadores ao poder de tributar são garantias fundamentais, como limites ao poder de reforma. Ex: o Princípio da Anterioridade limita o Estado, independente de ser ou não criado por emenda constitucional.

Atenção: norma constitucional derivada pode ser objeto de controle; apenas as normas constitucionais originárias que não. Nos EUA, este também não é possível. Na Alemanha, os dois são possíveis.

Art. 19, II, CR: é vedado aos entes recusar fé aos documentos públicos.

07/12/2012

[...]

Final da aula:

Existe uma margem para legislação municipal. Para o professor, o Direito internacional privado é quase majoritariamente federal, mas, tratado em outros âmbitos, leva a aplicação da lei do âmbito ao qual a questão se restringe. Mas, a jurisprudência do STJ entende que são normas federais.

f) Omissões em relação ao dever de implementação de normas constitucionais.

Eficácia	X	Aplicabilidade
Plena		Imediata
Contida (contível)		Imediata
Limitada		Mediata (indireta)

Norma constitucional de eficácia plena: Repasse de recursos; Direito fundamental de permanecer em silêncio; de identificar quem é o responsável por sua detenção.

Norma constitucional de eficácia contida: Racismo. Pode haver o regulamento, a contenção, futuros, para fins de melhor definição da norma.

A maioria dos direitos fundamentais não tem eficácia plena, mas eficácia contida. Não são absolutos.

As normas de eficácia limitada podem ser classificadas como de:

- Princípio institutivo: é necessária norma para definir os conceitos.

- Princípio organizativo: é necessária norma para definir a organização, a aplicação. Ex: Tribunal do Júri: é preciso regular a escolha dos membros, a atuação do tribunal...

- Princípio programático: podem ser: Dependentes apenas da edição de norma regulamentadora; Dependentes de edição de normas regulamentadoras + Ações do Estado (com ou sem a participação da sociedade civil ou da iniciativa privada): Ex: Matérias orçamentárias (é preciso regular a Saúde e efetivamente aplicar os recursos).

A doutrina é pacífica para entender que, se se tratar de omissão à previsão constitucional, deve-se utilizar ADIN por omissão. Se for norma de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata, cabe Mandado de injunção. Em casos que envolvam princípios programáticos, a omissão tem que ser específica e, nesse caso, cabem outras ações: MS, Ação ordinária de responsabilidade...

No controle dos atos privados, no Brasil, a regra é o controle difuso.