

# BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

*José Cláudio Carneiro Filho<sup>1</sup>*

## RESUMO

*O presente artigo dispõe sobre os controles preventivo e repressivo de constitucionalidade exercidos no Brasil, nos âmbitos dos três Poderes do Estado.*

**Palavras-chave** : *Controle. Constitucionalidade. Inconstitucionalidade. Preventivo. Anterior. Repressivo. Posterior. Brasil. Judiciário. Legislativo. Executivo.*

## ABSTRACT

*This article is about the preventive and repressive control of constitutionality exercised in Brazil, in areas of the three Powers of the State.*

**Keywords** : *Control. Constitutionality. Unconstitutionality. Preventive. Repressive. Brazil. Judiciary. Legislature. Executive.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEU MOMENTO; 3. O CONTROLE PREVENTIVO; 3.1. O controle preventivo exercido pelo Poder Judiciário; 3.2. O controle preventivo exercido pelo Poder Legislativo; 3.3. O controle preventivo exercido pelo Poder Executivo; 4. O CONTROLE REPRESSIVO; 4.1. O controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário; 4.2. O controle repressivo realizado pelo Poder Legislativo; 4.3. O controle repressivo realizado pelo Poder Executivo; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Neste artigo trataremos do controle de constitucionalidade praticado no Brasil, identificando os dois formatos da classificação tradicional (preventivo e repressivo), bem como a aplicação destes no âmbito dos três Poderes do Estado<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Especialista em Direito Processual Civil pela PUCPR, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Bacellar e Especialista em Direito Público pela Universidade de Lisboa. Consultor jurídico, membro da Comissão de Gestão Pública e Assuntos da Administração da OAB/PR, professor na graduação da Faculdade de Direito OPET e na pós-graduação do NEAD-UFPR.

<sup>2</sup> Nestas breves anotações, quando se falar em Poderes do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), o será em homenagem à letra da Constituição, bem como à raiz histórica do termo. Entretanto, não se desconsidera o fato de que, tecnicamente, o Poder estatal não admite o plural, pois é uno, indelegável e indivisível. O que se reparte, na verdade, são funções, competências. E aqueles usualmente nomeados (na doutrina, jurisprudência e

Não há, no presente estudo, pretensão inovadora, limitando-se o mesmo a traçar, em linhas gerais, os aspectos preliminares do tema, para possibilitar um conhecimento prévio aos acadêmicos no que pertine ao controle de constitucionalidade.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEU MOMENTO

O exercício do controle de constitucionalidade de um ato normativo se justifica para impedir a manutenção da eficácia de norma que seja contrária à Carta Magna<sup>3</sup>. Trata-se da análise “da compatibilidade vertical que necessariamente deve haver entre a Constituição e as normas infraconstitucionais a ela subordinadas”<sup>4</sup>.

Esse controle de constitucionalidade, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, significa “a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico”<sup>5</sup>.

De acordo com o momento deste controle, o mesmo poderá ser preventivo ou repressivo. Assim, trata-se de controle preventivo aquele que se dá antes do ato normativo se aperfeiçoar (controle *a priori*); e fala-se em controle repressivo quando o mesmo ocorre após (*a posteriori*) a perfeição do ato normativo (a promulgação da lei, por exemplo)<sup>6</sup>.

---

textos legais) “Poderes” seriam na verdade “Órgãos Independentes”. Órgãos estatais, portanto, que na classificação hierárquica seriam de natureza independente.

<sup>3</sup> TEMER, Michel. “Elementos de Direito Constitucional”, 16ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000, p. 40,

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Erival da Silva. “Direito Constitucional”, 4ª ed., São Paulo : Prima, 2005, p. 39.

<sup>5</sup> “Curso de Direito Constitucional”, 34ª ed., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 34.

<sup>6</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Curso de Direito Constitucional”, 34ª ed., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 36.

### 3. O CONTROLE PREVENTIVO

#### 3.1. O controle preventivo exercido pelo Poder Judiciário

No Brasil, a intervenção preventiva do Judiciário, atingindo o projeto de lei, é bastante tímida. Admite-se, jurisprudencialmente, que ela ocorra nos casos de violação de regra constitucional no trâmite do processo legislativo. A legitimidade ativa para a propositura do remédio constitucional (mandado de segurança) é de todo e qualquer parlamentar da Casa Legislativa onde tramita o projeto de lei em questão.

A título de curiosidade, destaque-se que a República Portuguesa possui maiores e mais efetivos meios de fiscalização preventiva da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. A previsão encontra-se no artigo 278º da Constituição<sup>7</sup>, onde se lê que a legitimidade ativa para provocar essa análise jurisdicional foi colocada no Poder Executivo. Destaque-se, também, que fica o mesmo vinculado a vetar o projeto de lei que tenha sido considerado inconstitucional pela Corte<sup>8</sup>. O Parlamento, por sua vez, poderá

---

<sup>7</sup> Artigo 278º - 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. 2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura. 3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma. 4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções. 5. O Presidente da Assembleia da República, na data em que enviar ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, dará disso conhecimento ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares da Assembleia da República. 6. A apreciação preventiva da constitucionalidade prevista no n.º 4 deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data prevista no número anterior. 7. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o Presidente da República não pode promulgar os decretos a que se refere o n.º 4 sem que decorram oito dias após a respectiva recepção ou antes de o Tribunal Constitucional sobre eles se ter pronunciado, quando a intervenção deste tiver sido requerida. 8. O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso do n.º 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

<sup>8</sup> Artigo 279º - 1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e

realizar a promulgação da norma, mas para isso deverá contar com um quórum qualificado.

### **3.2. O controle preventivo exercido pelo Poder Legislativo**

Essa espécie de controle é identificada com a atuação das usualmente nomeadas Comissões de Constituição e Justiça, presentes em todas as Casas Legislativas. Estas comissões, compostas por parlamentares e assessoradas juridicamente, analisam a constitucionalidade de projetos de lei, antes de serem os mesmos votados pelo colegiado pleno.

Para André Ramos Tavares, esta forma de controle é inócua, pois não raras vezes se encontram leis inconstitucionais (algumas grosseiras e evidentes), mesmo após uma análise e emendas por parte da Comissão de Constituição e Justiça<sup>9</sup>. Na concepção do autor, a razão da ineficiência se daria em virtude da composição dos órgãos responsáveis pelo controle – no caso brasileiro, a Comissão é composta por parlamentares<sup>10</sup>. Portanto, “não seria equivocado afirmar que, freqüentemente, os integrantes desses órgãos têm interesses próprios (políticos ou não-jurídicos) na aceitação ou na emenda de determinados projetos de leis, o que, por si só, já é suficiente para tolher a tão

---

devolvido ao órgão que o tiver aprovado. 2. No caso previsto no n.º 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções. 3. Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Representante da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas. 4. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembleia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

<sup>9</sup> "A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito", *in* "Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador", v. 1, nº 1, p. 36-51, Salvador : UCSal, 2008, p. 36.

<sup>10</sup> "A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito", *in* "Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador", v. 1, nº 1, p. 36-51, Salvador : UCSal, 2008, p. 37.

requisitada e necessária imparcialidade e, assim, inviabilizar uma adequada fiscalização”<sup>11</sup>.

Por fim, a respeito dessa espécie de controle, cumpre ressaltar que não existe presunção de constitucionalidade relacionada aos projetos de lei<sup>12</sup>.

### 3.3. O controle preventivo exercido pelo Poder Executivo

O Poder Executivo também possui uma competência de análise da constitucionalidade dos projetos de lei<sup>13</sup>. Após a aprovação pela Casa Legislativa, o projeto é encaminhado ao Chefe do Executivo, para sancioná-lo ou vetá-lo<sup>14</sup>. Mencionado veto poderá se dar em razão de identificada inconstitucionalidade.

O veto é a forma pela qual o Executivo participa do processo de formação das leis e “que exerce um controle sobre o próprio Poder legislativo, contrabalançando possíveis influências partidárias, regionais setoriais que tenham prevalecido no Congresso, por meio de um juízo mais isento e descolado desses interesses”<sup>15</sup>. Isso se daria em razão do caráter legitimador do Presidente, com seu vínculo representativo de toda uma nação, e não apenas de um Estado da Federação, ou então com um segmento social ou econômico específico. Raciocínio semelhante se estende aos demais Chefes

---

<sup>11</sup> "A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito", in "Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador", v. 1, nº 1, p. 36-51, Salvador : UCSal, 2008, p. 37.

<sup>12</sup> POLETTI, Ronaldo. "Controle da constitucionalidade das leis", 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 118.

<sup>13</sup> Recomenda-se a leitura da obra "Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha", 5ª ed., 4ª tiragem, Editora Saraiva: São Paulo, 2009, p. 159 e ss, de Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>14</sup> "O Direito comparado nos revela, além do veto do Executivo, uma multiplicidade de tipos, segundo a sua origem: o veto parlamentar, imposto, no âmbito do bicameralismo, geralmente pela Câmara Alta, v. g., na Inglaterra e na Alemanha; o veto popular, por meio do qual o corpo eleitoral opõe-se à entrada em vigor de um texto aprovado pelo Parlamento, como ocorre na Suíça, e veto da jurisdição constitucional na fiscalização preventiva da constitucionalidade, de forma provocada ou obrigatória" (SAMPAIO, José Adércio Leite. "A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional", Belo Horizonte : Del Rey, 2002, p. 513).

<sup>15</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. "A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional", Belo Horizonte : Del Rey, 2002, p. 513.

dos Executivos, que no Brasil são eleitos de forma majoritária, e não proporcional (como se dá com os deputados e vereadores).

O veto, além de ser considerado uma espécie de controle preventivo da constitucionalidade, também é classificado como um controle político. Diz-se que há este tipo de controle sempre que a verificação da constitucionalidade for confiada a órgão não pertencente do Poder Judiciário<sup>16</sup>.

A este respeito, Regina Ferrari não concorda que o veto possa ser considerado um controle de constitucionalidade político e prévio exercido pelo Executivo. Nas palavras da autora, “o veto será motivo de apreciação pelo Congresso, que, segundo disposição constitucional, pode rejeitá-lo por maioria qualificada, o que nos levaria a transferir para o Poder Legislativo tal faculdade de apreciação de inconstitucionalidade”<sup>17</sup>. Não cremos que seja este um argumento suficiente para desnaturar a existência de um controle prévio de constitucionalidade por parte do Poder Executivo. Para se considerar o exercício de uma atividade de controle, não se faz elemento necessário a definitividade. Se assim o fosse, não se poderia considerar como controle de constitucionalidade aquele difuso exercido pelo Judiciário, pois sujeito a reforma enquanto não se configurar a coisa julgada (e mesmo após ainda é discutível a definitividade)<sup>18</sup>. No mesmo sentido, qualquer controle realizado pelo Legislativo ou Executivo poderá ser questionado no Judiciário (se não no mérito, ao menos quanto à forma, nisso se incluindo a motivação e o procedimento), o qual terá a última palavra. Portanto, em nossa opinião, o fato do Chefe do Executivo não deter a última palavra no momento da aprovação de uma lei, não desnatura a função de controle.

#### **4. O CONTROLE REPRESSIVO**

---

<sup>16</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Curso de Direito Constitucional”, 34ª ed., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 37.

<sup>17</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 29-30. Ressaltamos que não se trata de maioria qualificada, mas sim de maioria absoluta, conforme dispõe o parágrafo quarto do artigo 66 da Constituição.

<sup>18</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. “O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização”, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

#### 4.1. O controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário

Após a leitura dos tópicos anteriores, fácil notar que o controle de constitucionalidade é mutável no espaço e no tempo. Cada Estado, a cada época, terá um controle diferenciado de seus atos normativos infraconstitucionais.

Na Inglaterra, encontramos um “princípio de supremacia do Parlamento”, o que por si só afasta o dito controle de constitucionalidade. Na França, não obstante a valorização da Carta Magna, desde a Revolução de 1789 vigora a idéia de que a lei é expressão da vontade geral, e portanto não haveria razão para dela se desconfiar<sup>19</sup>. Além disso, falando-se em desconfiança, a dos franceses em relação ao Judiciário contribuiu para afastar as possibilidades deste vir a controlar o Legislativo ou o Executivo.

De outro lado, nos Estados Unidos foram utilizadas, no campo constitucional, as concepções de Sir Edward Coke, a qual “atribuía aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis, negando, se fosse o caso, aplicação àquelas que ferissem a *common law*”<sup>20</sup>.

Num contexto norte-americano, após a declaração de independência, a Carta Magna não definia quem seria o órgão responsável para dirimir confronto entre uma lei ordinária e a própria Constituição. Daí a importante contribuição de Marshall, como Presidente da Suprema Corte<sup>21</sup>, que, no caso *Marbury contra Madison*<sup>22</sup>, “pôs fim” à indeterminação através de um discurso

---

<sup>19</sup> Tratando-se, como refere Clèmerson Merlin Clève, de adoção da tese rosseauiana, embora Rousseau ofertasse tal conclusão a partir de um modelo ideal de democracia direta, e não a representativa que se dá na França – e na maioria dos Estados (“A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro”, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 60).

<sup>20</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro”, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 64. Destaque-se que no país de origem de Sir Edward Coke essas idéias foram abandonadas a partir da revolução gloriosa de 1688.

<sup>21</sup> Inicialmente, a Corte era composta por um Chief Justice (presidente das sessões da Corte) e cinco Associate Justices. O Chief Justice é indicado para este cargo pelo Presidente, com aprovação pelo Senado.

<sup>22</sup> Apesar de impertinente um aprofundamento do tema nesta dissertação, registre-se que o tal “marco para um controle jurisdicional da constitucionalidade” foi contaminado na origem por diversos vícios. Basta comentar que John Marshall deveria ter se declarado impedido de julgar, pois o caso girava em torno de recentes ações e omissões dele enquanto *Secretary of State*.

bem elaborado, exaltando a supremacia das normas constitucionais, bem como a competência do Judiciário para realizar um controle.

Interessante a transcrição<sup>23</sup> de alguns trechos do voto do *Chief Justice* no célebre caso citado no parágrafo anterior. Afirma Marshall, em seu voto, que “é uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição *veta* qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição, ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinarias; ou está no mesmo nível conjunctamente com as resoluções ordinarias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Si é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza illimitavel. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseguintemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível”<sup>24</sup>.

Na sequência, definindo a competência jurisdicional, Marshall expõe que, “emphaticamente, é a provincia e o dever do Poder Judiciário dizer o que a lei é. Aquelles que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma com a outra, os tribunaes devem julgar acerca da efficacia de cada uma dellas. Assim, si uma lei está em opposição com a Constituição; si, applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingencia de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflicto regerà o caso. Esta é a verdadeira essencia do Poder

---

Além disso, as artimanhas utilizadas pelo Chief Justice, em fria análise, não condiziam com as atitudes esperadas de um Juiz da Suprema Corte.

<sup>23</sup> A qual mantivemos em português antigo, conforme constava na obra de tradução consultada.

<sup>24</sup> MARSHALL, John; “Decisões constitucionais de Marshall”, Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 25.

Judiciário. Si, pois, os tribunais tem por missão atender a Constituição e observá-la e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se applicam”<sup>25</sup>.

Por fim, o *Chief Justice* compreende que “aquelles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos á necessidade de sustentar que os juizes e os tribunais devem fechar os olhos para a Constituição e só fitá-los na lei”<sup>26</sup>.

Ronaldo Poletti bem destaca que o Juiz Marshall “foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia”, pois esta já era recorrente na jurisprudência norte-americana<sup>27</sup>.

Além disso, cumpre dizer que, quinze anos antes do célebre voto de Marshall, outro federalista já havia publicado as bases jurídicas para o controle jurisdicional das leis no sistema norte-americano. Alexander Hamilton, no *Paper nº78 de O Federalista*<sup>28</sup>, assim defendeu: “Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que de tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os

---

<sup>25</sup> MARSHALL, John; “Decisões constitucionais de Marshall”, Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 26.

<sup>26</sup> MARSHALL, John; “Decisões constitucionais de Marshall”, Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 26.

<sup>27</sup> “A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juizes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte, invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da confederação” (POLETTI, Ronaldo. “Controle da constitucionalidade das leis”, 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 25). Sobre a ausência de “novidade”, Adhemar Ferreira Maciel registra que John Marshall, antes de ser Presidente da Suprema Corte, enquanto ainda advogado, em uma ironia do destino, defendeu tese contrária ao controle de leis pelo Judiciário - no caso *Ware contra Hylton*, em 1796 – e perdeu (MACIEL, Adhemar Ferreira. “O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade”, *in* Revista de Informação Legislativa, ano 43, nº 172, out./dez. 2006, p. 39).

<sup>28</sup> *O Federalista* é um conjunto de artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, participantes da Convenção da Filadélfia, a qual deu origem à Constituição Americana de 1787. As publicações eram periódicas na imprensa nova-iorquina, surgindo posteriormente uma coletânea em 1788. Há tradução dos manifestos, para a língua portuguesa, feitos por Heitor de Almeida Herrera (HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John. “O federalista”, tradução de Heitor de Almeida Herrera, Brasília : Universidade de Brasília, 1984).

atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra”<sup>29</sup>. Porém, para Hamilton, “não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem”<sup>30</sup>. Assim, afasta qualquer preconceito relacionado à idéia de supremacia do Poder Judiciário sobre o Legislativo, afirmando que a supremacia é do Povo. Em suas palavras, “o poder do povo é superior a ambos” e “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas ordinárias”<sup>31</sup>.

O autor compreende que, em se tratando de uma “constituição limitada”<sup>32</sup>, é essencial a integral independência das cortes de justiça, para possibilitar o controle dos atos legislativos. Por constituição limitada entende a que “contém certas exceções específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex-post-facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na

---

<sup>29</sup> HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John. “O federalista”, tradução de Heitor de Almeida Herrera, Brasília : Universidade de Brasília, 1984, p. 577.

<sup>30</sup> HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John. “O federalista”, tradução de Heitor de Almeida Herrera, Brasília : Universidade de Brasília, 1984, p. 577-578.

<sup>31</sup> HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John. “O federalista”, tradução de Heitor de Almeida Herrera, Brasília : Universidade de Brasília, 1984, p. 578.

<sup>32</sup> HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John. “O federalista”, tradução de Heitor de Almeida Herrera, Brasília : Universidade de Brasília, 1984, p. 577. Salvo melhor juízo, mais adequado seria o termo “limitativa”, pois a Constituição é o sujeito que limitará, e não o objeto/sujeito a ser limitado (no caso, a função legislativa). “Constituição limitada” denota um prejuízo, uma fraqueza, ao passo que “Constituição limitativa” ou “limitadora” correspondem à realidade, ao poder do qual goza a Carta Magna como sujeito ativo da limitação, e não passivo. Aqui, se procedente nossa crítica, isenta-se de culpa o tradutor, pois o termo original utilizado por Hamilton foi, de fato, “limited Constitution”. Hamilton também se utiliza deste específico termo em outros escritos seus (como o de número 81, da obra já citada, na página 596).

prática através das cortes de justiça, que tem o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição”<sup>33</sup>.

Contudo, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos da administração não tem sua origem nos Estados Unidos da América. Como bem historia Adhemar Ferreira, já no século XIII, no Reino de Aragão (Espanha), existia uma corte (*Consistorio*), presidida por um *justicia mayor*, a qual se encarregava de controlar as leis do reino. Conforme noticia o autor, por intermédio da Inglaterra, que mantinha relações comerciais intensas com o Reino de Aragão, este ideário foi levado à Colônia (EUA). Por um período de tempo, *sir* Edward Coke (1552-1634), quando *chief justice* da *Court of Common Pleas* da Inglaterra, afirmava, neste país, que acima do rei e do Parlamento estava a lei, cabendo ao juiz declarar a nulidade de qualquer provimento que se lhe mostrasse contraveniente. Os livros de Coke (*Institutes*), levados por alguns peregrinos do Mayflower, em 1620, para o Novo Mundo, faziam parte da formação de todo operador do Direito, encontrando-se a teoria da *judicial review* “no sangue” do norte-americano que lidava com as leis. Neste sentido, inclusive John Marshall, quando era convencional da assembléia da Virgínia no momento da ratificação da Constituição federal, enfatizara que toda lei que fosse contrária à Constituição deveria ser declarada `nula e írrita’<sup>34</sup>.

Na mesma linha, a partir de uma interpretação de dispositivo do Código Filipino, Alfredo Buzaid defendeu que os juristas lusitanos do início do século XVII também tinham a compreensão da necessidade de um controle de compatibilidade entre uma “lei menor” e uma “lei maior”. Havendo conflito entre uma “ordenação do Reino e uma lei municipal, caberia ao corregedor das comarcas decretar a nulidade desta, a fim de salvar a autoridade daquela”<sup>35</sup>. O autor transcreve trecho do Código Filipino (Liv. I, Tít. 58, n 17) para lastrear sua concepção: “E informar-se-á *ex officio*, se há nas Câmaras algumas posturas prejudiciais ao povo e ao bem comum, posto que sejam feitas com a solenidade devida, e nos escreverá sobre elas com seu parecer. E achando

---

<sup>33</sup> HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John. “O federalista”, tradução de Heitor de Almeida Herrera, Brasília : Universidade de Brasília, 1984, p. 577.

<sup>34</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. “O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade”, *in* Revista de Informação Legislativa, ano 43, nº 172, out./dez. 2006, p. 38-39.

<sup>35</sup> BUZAID, Alfredo. “Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”, São Paulo : Saraiva : 1958, p. 19-20.

que algumas não foram feitas, guardada a forma de Ordenações, as declarará por nulas, e mandará que se não guardem”. Para Alfredo Buzaid, este dispositivo transcrito “sugere duas idéias marcantes, relativamente às quais o legislador filipino revelou uma intuição notável: a) a existência de uma hierarquia de leis, de modo que a inferior ceda ao império e autoridade da superior; b) a competência, atribuída a um órgão judiciário, de decretar a nulidade de lei incompatível com as Ordenações”<sup>36</sup>.

Enfim, e em suma, o controle jurisdicional da constitucionalidade não foi uma criação estadunidense, e, mesmo nessas terras, não se originou com o célebre julgado de Marshall. Entretanto, mantém-se o valor histórico e jurídico do caso *Marbury contra Madison*, que simbolizou uma quebra de paradigma no tema.

A partir da compreensão jurisprudencial e doutrinária de que o Poder Judiciário seria legitimado para exercer a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis, a maioria das constituições modernas passou a indicar expressamente tal competência.

No caso brasileiro, o controle repressivo jurisdicional da constitucionalidade pode ser efetuado de forma difusa ou concentrada. Trata-se do chamado “sistema misto”.

O primeiro mencionado (difuso) ocorre a partir da análise de um caso concreto, onde qualquer magistrado, em qualquer instância, pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica. Neste caso, a declaração somente surtirá efeitos perante as partes envolvidas na lide (*inter partes*), naquele caso concreto.

De outro lado, o controle concentrado se dá por análise da norma em abstrato, independente de qualquer situação em concreto, pretendendo declarar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. No âmbito federal, é competente para realizar esta análise o Supremo Tribunal Federal, provocado através de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental.

---

<sup>36</sup> BUZAID, Alfredo. “Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”, São Paulo : Saraiva : 1958, p. 19-20.

Essa declaração irradia efeitos contra todos (*erga omnes*), e, em regra, de forma retroativa (*ex tunc*)<sup>37</sup>. Ainda, de forma concentrada e abstrata, tem-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, recentemente regulamentada legalmente (Lei nº12.063/09, que acrescentou artigos à Lei nº.9.868/99).

O importante papel exercido pelo Judiciário nesta matéria, ou, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, é claramente ressaltado pelo Ministro Celso de Mello: “O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional”<sup>38</sup>.

Por fim, saliente-se que, em conformidade com a tese que defendemos perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, possível também o controle repressivo por parte do Judiciário quando no exercício de função administrativa, ao rejeitar aplicação de lei que considere inconstitucional.

#### **4.2. O controle repressivo realizado pelo Poder Legislativo**

Em termos amplos, uma forma de exercer um controle repressivo da constitucionalidade, a partir do Poder Legislativo, é justamente através da revogação da lei considerada inconstitucional.

---

<sup>37</sup> A regra é relativizada pela discricionariedade que possui o Supremo Tribunal para modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, com autorização legal para tanto, inclusive. O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 estipula que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>38</sup> MS 26603, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007.

De maneira específica, a Constituição prevê, em seu artigo 62, que em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Além da relevância e urgência mencionadas, existem outras limitações e critérios para o exercício deste poder atípico por parte do Chefe do Executivo, os quais estão relacionados essencialmente nos incisos e alíneas do parágrafo primeiro do artigo citado. E, no parágrafo quinto, encontramos que a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. Ou seja, antes de analisar a oportunidade e conveniência da manutenção da norma editada pelo Executivo, deverá realizar um controle de constitucionalidade da mesma.

Do mesmo modo, pode-se considerar controle de constitucionalidade repressivo o incluso na competência do Congresso para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (inciso V do artigo 49 da Constituição).

Porém, os controles supranarrados deverão ocorrer pela forma democrática, com a discussão política e votação pelo órgão colegiado, onde a inconstitucionalidade será, em última análise, um elemento para auxiliar na persuasão da escolha política dos parlamentares - oportunidade e conveniência.

Além disso, também podemos admitir um controle repressivo da constitucionalidade por parte do Legislativo quando no exercício de função atípica, administrativa, ao rejeitar aplicação a lei inconstitucional, no mesmo sentido mencionado no tópico anterior para o Judiciário. Este controle independará da vontade do órgão colegiado, sendo que partirá (como regra) de uma única autoridade administrativa. Alguns autores compreendem que essa discussão não se instauraria no seio do Poder Legislativo, pois este poderia controlar a inconstitucionalidade “de modo mais singular e

incontroverso”<sup>39</sup>, simplesmente revogando a lei suspeita mediante a edição de outra. Todavia, não compartilhamos dessa concepção. Compreendemos que a possibilidade de rejeição de normas inconstitucionais encontra-se na função atípica do Legislativo (ou seja, quando no exercício da função administrativa), sendo portanto passível de solução nesta seara, e não em outra. Isso porque, além do usualmente moroso debate político que envolve toda edição de lei (mesmo as revocatórias), precisamos recordar que nem sempre a Casa Legislativa em questão terá competência para discutir, legislativamente, a norma que julga inconstitucional. Ou seja, não terá poderes para revogar aquela lei, pois a mesma foi editada pelo Poder Legislativo (ou Executivo até) de outra esfera (imaginemos uma Câmara de Vereadores perante uma norma estadual ou federal inconstitucional). Neste sentido, pedimos vênias para discordar daqueles que julgam impertinente a discussão do tema nesta seara.

#### **4.3. O controle repressivo realizado pelo Poder Executivo**

O controle repressivo da constitucionalidade, quando realizado pelo Executivo, se traduz na rejeição de normas legais por considerá-las incompatíveis com a Constituição Federal.

André Ramos Tavares esclarece que “o controle político *repressivo*, pouco comum, seja pelo seu uso efetivo, seja pelo seu enfrentamento doutrinário, é exercido pela Administração Pública quando esta se nega a fazer cumprir certa lei, em vista de uma suspeita de inconstitucionalidade”<sup>40</sup>.

Destaque-se que não é pacífico na doutrina a possibilidade de se executar o referido controle administrativo da constitucionalidade. O tema gera inúmeras polêmicas, e suas considerações, em um ou outro sentido, acarretam notórias consequências teóricas – para o estudo do Direito Constitucional e Administrativo – bem como práticas – no cotidiano da Administração Pública.

---

<sup>39</sup> ASSIS, Alexandre Camanho de. “Inconstitucionalidade de Lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade”, *in* RDP, ano 22, nº91, jul.-set./1989, p. 118.

<sup>40</sup> TAVARES, André Ramos. “A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito”, *in* “Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador”, v. 1, nº 1, p. 36-51, Salvador : UCSal, 2008, p. 37.

Conforme mencionamos, esta matéria foi objeto de aprofundado estudo por nós realizado na Universidade de Lisboa, mas é impraticável seu desenvolvimento, mesmo que resumidamente, nos propósitos desta breve e genérica exposição. Basta, aqui, a menção sobre a possibilidade da mesma ocorrer, em nossa concepção, e não se limitando apenas ao Chefe do Executivo, ou à Cúpula da Administração, essa competência.

## 5. CONCLUSÃO

A partir da superficial exposição que realizamos sobre o tema, percebe-se que é legítimo falar-se que, dentro da tese por nós defendida, todos os Poderes estatais são competentes para exercer tanto o controle de constitucionalidade preventivo quanto o repressivo.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ASSIS, Alexandre Camanho de. “Inconstitucionalidade de Lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade”, *in* RDP, ano 22, nº91, jul.-set./1989.
2. BUZAID, Alfredo. “Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”, São Paulo : Saraiva : 1958.
3. CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro”, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
4. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
5. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Curso de Direito Constitucional”, 34ª ed., São Paulo : Saraiva, 2008.
6. HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John. “O federalista”, tradução de Heitor de Almeida Herrera, Brasília : Universidade de Brasília, 1984.
7. MACIEL, Adhemar Ferreira. “O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade”, *in* Revista de Informação Legislativa, ano 43, nº 172, out./dez. 2006.

8. MARSHALL, John; "Decisões constitucionais de Marshall", Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
9. MENDES, Gilmar Ferreira. "Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha", 5ª ed., 4ª tiragem, Editora Saraiva: São Paulo, 2009.
10. OLIVEIRA, Erival da Silva. "Direito Constitucional", 4ª ed., São Paulo : Prima, 2005.
11. POLETTI, Ronaldo. "Controle da constitucionalidade das leis", 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000.
12. SAMPAIO, José Adércio Leite. "A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional", Belo Horizonte : Del Rey, 2002.
13. TAVARES, André Ramos. "A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito", *in* "Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador", v. 1, nº 1, p. 36-51, Salvador : UCSal, 2008.
14. TEMER, Michel. "Elementos de Direito Constitucional", 16ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000.
15. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. "O dogma da coisa julgada: *hipóteses de relativização*", São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.