



saraiva jur.

Curso de Direito Constitucional

Gilmar Ferreira Mendes
Paulo Gustavo Gonet Branco

12^a edição

CAPÍTULO 10

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Gilmar Ferreira Mendes

I CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE, DEFESA DA CONSTITUIÇÃO, TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE E TÓPICOS ESPECIAIS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As Constituições escritas são apanágio do Estado Moderno. A concepção de um documento escrito destinado a institucionalizar um sistema preconcebido é inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a independência americana [1](#).

A complexidade do seu desenvolvimento histórico e as múltiplas perspectivas de análise atribuem ao conceito de Constituição uma plurissignificatividade inigualável. “A resposta sobre o significado da Constituição – diz Hesse – depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido”[2](#).

Não obstante a riqueza semântica que o envolve e as múltiplas transformações ocorridas, o conceito de Constituição parece preservar um núcleo permanente: “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”[3](#). Vê-se, assim, que a Constituição, no sentido estrito do termo, é formada pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo [4](#).

Ao lado dessa ideia de Constituição material, cogita-se, igualmente, de uma Constituição formal, entendida aqui como conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão [5](#).

Na tentativa de consagrar um conceito que conte coleto a um só tempo, o conteúdo material e a realidade normativa da Constituição, define-a Hesse como ordem jurídica fundamental da coletividade (*Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*)[6](#). Considera que, enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura [7](#).

Todavia, não se há de confundir a Constituição com uma regulamentação precisa e completa. A Constituição,

ensina Hesse, não codifica, mas regula apenas – frequentemente as linhas essenciais – aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição [8](#).

Não existe, pois, uma pretensão de completude (*Anspruch der Lückenlosigkeit*) do sistema constitucional. E é, exatamente, essa característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária (*Beweglichkeit*) ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo (*in die Zeit hinein offen*) [9](#).

Têm-se, assim, a um só tempo, rigidez e flexibilidade. E, segundo Hesse, o ponto decisivo situa-se, precisamente, na polaridade desses elementos. Não se trata de eleger alternativas, mas de coordenar esses momentos [10](#). Conciliam-se, assim, estabilidade e desenvolvimento, evitando-se, de um lado, a dissolução da ordem constitucional, e, de outro, o congelamento da ordem jurídica [11](#).

A Constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade. Nesse sentido, o professor Carlos Blanco de Moraes sobreleva a imprescindibilidade das Constituições na integração da unidade política do Estado, destacando que “a enunciação de princípio e de símbolos onde o povo se reveja, a estruturação de um sistema de governo dotado de uma legitimidade minimamente aceite e a catalogação de direitos de escopo coesivo e a enunciação de fins ou tarefas estatais que amarrem o poder a um projeto coletivo consistem em componentes da Lei Fundamental que prosseguem a unidade política que o Estado reclama” [12](#).

Não se trata, à evidência, de um sistema isento de lacunas. E, de certo modo, é essa ausência de regulamentação minudente que assegura a abertura constitucional (*Offenheit*) necessária ao amplo desenvolvimento do processo político [13](#).

Consagra Hesse, assim, uma concepção material de Constituição que se esforça por conciliar legitimidade material e abertura constitucional [14](#). Limitar-nos-emos aqui a enunciar essa ideia de Constituição como ordem jurídica fundamental, uma vez que ela contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, possibilitando compatibilizar o controle de constitucionalidade – que pressupõe uma Constituição rígida – com a dinâmica do processo político-social [15](#).

2. CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

Como anota Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido” [16](#). Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectiva, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo [17](#).

Em verdade, é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente. “Não estão em causa – diz Jorge Miranda – simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro

quid, ou a descorrespondência entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica” [18](#).

Foi Rui Barbosa, talvez, quem primeiro percebeu, entre nós, que a sanção à violação do Texto Magno integra o próprio conceito de constitucionalidade. Dizia o emérito jurista, com fulcro no magistério de Dicey, que a expressão *inconstitucional* poderia ter, pelo menos, três acepções diferentes, conforme a natureza da Constituição adotada. Vale registrar, a propósito, a sua lição:

“Definindo a qualificação de *inconstitucionalidade* perante os vários sistemas de constituições, escreve Dicey, o insigne constitucionalista inglês:

‘A expressão *inconstitucional*, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir:

I – Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo.

II – Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis *inconstitucionais*. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura.

III – Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo *inconstitucional* quer dizer que esse ato excede os poderes do congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por *inconstitucional*, isto é, *ultra vires*, isto é, nulo’’ [19](#).

Em seguida, concluía o juspublicista:

“Este o princípio estabelecido pelo régimen americano e invariavelmente observado pelos seus executores. ‘Todo ato do Congresso (diz Kent, o grande comentador), todos atos das assembleias dos Estados, toda cláusula das constituições destes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessariamente nulos. É uma verdade óbvia e definitiva em nossa jurisprudência constitucional’.

Esta consequência resulta evidentemente da própria essência do sistema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis*’’ [20](#).

Não se afirma, hoje, o dogma da nulidade com a mesma convicção de outrora. A disciplina emprestada aos efeitos da declaração de *inconstitucionalidade* pelo constituinte austriaco (1920-1929) e os desenvolvimentos posteriores do

tema no direito constitucional de diversos países parecem recomendar a relativização dessa concepção unitária de inconstitucionalidade²¹.

É inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.

Nessa linha de entendimento, assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição²². Convém registrar o seu magistério:

“Embora não se tenha plena consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm uma força jurídica superior à Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato, desde que admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto constitucional explicita, consoante o seu sentido literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que hão de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedural ou material”²³.

Como se vê, não se limita Kelsen a reconhecer a sanção como elemento integrativo do conceito de inconstitucionalidade. Considera indispensável, igualmente, a existência de sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente. Daí afirmar-se que, para Kelsen, a jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito²⁴.

Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que

constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional [25](#).

Finalmente, cumpre advertir que os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não abrangem, tradicionalmente, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se, propriamente, a atos ou omissões dos Poderes Públicos.

A violação da ordem constitucional por entes privados, embora relevantes do prisma do direito constitucional, não se equipararia, segundo esse entendimento, à ofensa perpetrada pelos órgãos públicos, destinatários primeiros de seus comandos normativos [26](#).

3. DEFESA E PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

3.1. Considerações preliminares

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

As formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas:

Quanto ao órgão – *quem controla* –, pode-se ter:

- a) controle político;
- b) controle jurisdicional;
- c) controle misto.

Cogita-se de controle de constitucionalidade político, que outrora também era corretamente chamado modelo de controle francês, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercida por órgão político e não por órgão jurisdicional. Essa referência ao modelo de controle operado na França como controle estritamente político, contudo, não parece mais condizente com a realidade dominante vigente naquele país [27](#).

Ainda se pode dizer corretamente político o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões.

Também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (CF, art. 66, § 1º).

Quanto ao modo ou à forma de controle, ele pode ser:

- a) incidental; ou
- b) principal.

No controle incidental a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário. Cogita-se também de inconstitucionalidade pela via da exceção, uma vez que o objeto da ação não é o exame de constitucionalidade da lei.

Em geral, associa-se o controle incidental ao modelo difuso, tendo em vista a forma processual própria desse modelo derivado do sistema americano. Canotilho anota, porém, que o modelo português de controle de constitucionalidade admite o controle incidental exercido pela Corte Constitucional [28](#). No Brasil, essa possibilidade também se verifica nos julgamentos de processos subjetivos de competência originária do STF.

O controle principal permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei. Em geral, admite-se a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade ou mecanismos de impugnação *in abstracto* da lei ou ato normativo.

Quanto ao *momento do controle*, ele pode ser:

- a) preventivo; e
- b) repressivo ou sucessivo.

O controle preventivo efetiva-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo. Modelo clássico de controle preventivo é o exercido pelo Conselho Constitucional francês. Tem-se, por provação de diversos órgãos, o controle de constitucionalidade de projetos de lei [29](#). Hodieramente, defende-se também o controle preventivo de tratados internacionais, tendo em vista as consequências que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade [30](#).

Exemplos de controle preventivo de constitucionalidade, no nosso sistema constitucional, são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso e o veto pelo Presidente da República com fundamento na inconstitucionalidade do projeto (CF, art. 66, § 1º).

No sistema brasileiro, admite-se o controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º) [31](#).

Em regra, porém, o modelo judicial é de feição repressiva. Somente se admite, em princípio, a instauração do processo de controle após a promulgação da lei ou mesmo de sua entrada em vigor. Na ação direta de inconstitucionalidade exige-se que tenha havido pelo menos promulgação da lei [32](#).

3.2. Notas sobre os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austriaco ou europeu de controle.

Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v.g., o sistema brasileiro e o sistema português).

É certo, por outro lado, que o desenvolvimento desses dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos.

Assim, o controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. Pode ser:

- a) concentrado (também chamado austriaco);
- b) difuso (também chamado americano);
- c) misto.

O controle concentrado de constitucionalidade (austriaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.

Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austriaco. Especialmente a Emenda Constitucional de 7-12-1929 introduziu mudanças substanciais no modelo de controle de constitucionalidade formulado na Constituição austriaca de 1920.

Passou-se a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça (*Oberster Gerichtshof*) e o Tribunal de Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) elevem a controvérsia constitucional concreta perante a Corte Constitucional. Rompe-se com o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando aqueles órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria³³. Essa tendência seria reforçada posteriormente com a adoção de modelo semelhante na Alemanha, Itália e Espanha.

Em verdade, tal sistema tornou o juiz ou tribunal um ativo participante do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação³⁴. Tal aspecto acaba por mitigar a separação entre os dois sistemas básicos de controle.

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva.

O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a

lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.

Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para afirir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.

Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para afirir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação intervintiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

Em diferentes conformações, os sistemas de controle de constitucionalidade ganharam o mundo, estando presentes hoje em número elevado de países. Até países que recusavam terminantemente a adoção da jurisdição constitucional parecem dar sinais, por vias diversas, de plena aceitação do instituto.

Na França, o Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958, vem adotando gradualmente postura que, em muitos aspectos, aproxima-o de um órgão de jurisdição constitucional [35](#).

Com a Lei de reforma constitucional n. 724, de 23 de julho de 2008, que teve por escopo “a modernização das instituições da V República”, a França passa a contar com um sistema repressivo de controle de constitucionalidade. Ao lado do art. 61 da Constituição francesa de 1958, foi adicionado o art. 61-1, que autoriza o Conselho Constitucional, em face de uma disposição de lei que “atente contra os direitos e liberdades que a Constituição garante”, e quando provocado pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, a declarar a inconstitucionalidade da norma. Ainda mais significativo da evolução do sistema francês de controle da legitimidade da lei, foi a previsão de mecanismo análogo a nossa modulação de efeitos (Lei n. 9.868/99, art. 27). Uma alínea foi incluída no art. 62 da Constituição de 1958, dispondo que “uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no art. 61-1 fica revogada a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou a partir da data fixada na decisão”.

Também a Bélgica instituiu, em 1980, um Tribunal arbitral (*Schiedgerichtshof*) que se incumbe da solução de controvérsias federativas. Na Bélgica, na Holanda e em Luxemburgo, embora não se reconheça a Constituição como parâmetro de controle das leis, admite-se o controle de legitimidade das leis em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos [36](#).

Também o Reino Unido vem dando mostras de uma revisão de conceitos. O Parlamento já não se mostra um soberano absoluto. O *European Communities Act*, de 1972, atribuiu hierarquia superior ao direito comunitário em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport* (N.2) [1991] 37. Com a aprovação do *Human Rights Act*, em 1998, confiou-se aos Tribunais britânicos a afériação da legitimidade das leis em face das disposições da Convenção de Direitos Humanos. Embora não se declare a nulidade ou a invalidade da lei, pode-se constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização 38.

O processo referido acima foi ultimado com a terceira parte da reforma constitucional de 2005 39, que instituiu a Suprema Corte do Reino Unido. O Tribunal, que teve composição e funcionamento disciplinados pelo *Statutory Instrument* n. 1.604 de 2009, e começou a funcionar em 1º de outubro de 2009, tem jurisdição recursal sobre três sistemas legais: Inglaterra e Gales, Irlanda do Norte e Escócia. O argumento determinante para a instituição da Corte foi a necessidade de separar as funções legislativa e judiciária, até então concentradas na Câmara dos Lordes. Segundo o primeiro Presidente da Suprema Corte inglesa, o exercício de tais funções pela mesma instituição confundia a sociedade e era contrário ao princípio da separação de poderes. Não há dúvida que a reforma concede papel relevante ao judiciário inglês, enfatizando sua independência em relação aos outros poderes do Estado 40.

Afigura-se correto afirmar que o Reino Unido assistiu, na última década pelo menos, um crescimento expressivo na ingerência das Cortes sobre os vários níveis de governo. A progressiva flexibilização dos requisitos e da extensão do controle do mérito dos atos normativo teve como resultado, nas palavras de Sunkin, “muitos exemplos de envolvimento judicial nas políticas governamentais, incluindo decisões que afetaram a política educacional, as licenças para empresas de comunicação, a regulação do transporte aéreo, as finanças públicas e as políticas de bem-estar social” 41.

Dai identificarem-se também no Reino Unido os contornos de uma jurisdição constitucional de caráter bastante complexo 42.

3.2.1. Digressões acerca da abertura ao direito internacional

O Estado constitucional, compreendido atualmente como Estado constitucional cooperativo, é um projeto universal, apesar da diversidade tipológica entre os países e das diferenças entre suas culturas nacionais.

Estados constitucionais não existem mais apenas para si mesmos, mas, também, como referências para os outros Estados-membros de uma comunidade 43, em um modelo de cooperação capaz de permitir, ao mesmo tempo, a preservação de suas características nacionais, mas com vocação crescente para o intercâmbio no plano internacional.

São os próprios elementos do Estado constitucional que indicam o modelo de cooperação internacional. Os procedimentos de concretização das democracias, a independência da jurisdição – principalmente da jurisdição constitucional – e os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos são decisivos para a consagração de um modelo de cooperação entre os Estados 44.

A imagem da comunidade universal dos Estados constitucionais evidencia que o Estado constitucional não mais terá suas referências apenas em si, mas nos seus semelhantes, que serão como espelhos a refletir imagens uns dos outros para a identificação de si próprios. A manifestação desse fenômeno ocorrerá por meio de princípios gerais, notadamente os que consagrarem direitos humanos universais (como aquelas de objetivos educacionais, paz mundial, proteção ao meio ambiente, amizade, cooperação e ajuda humanitária)⁴⁵. Evidente, portanto, a relação direta entre a concepção de um Estado constitucional cooperativo e a temática da proteção dos direitos humanos.

Quanto a isso, especificamente no contexto americano, ressalte-se que além de menções expressas a “América”, “América Latina” e “América Central” em diversas Constituições dos países que compõem o continente, seja no preâmbulo ou no texto normativo, no plano supranacional merecem destaque a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, há disposições da Constituição brasileira de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Assim, o parágrafo único do art. 4º da Constituição estabelece que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”; dispositivo constitucional que representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais⁴⁷. Da mesma forma, o § 4º do art. 5º – acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004 – dispõe que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Há uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos fundamentais do homem. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

É nesse contexto que deve ser compreendida a importância e a atualidade da proposta de uma Carta de Direitos Humanos do Mercosul, ou seja, um catálogo internacional de direitos humanos a ser seguido por todos os países-membros.

Não há dúvida de que a proteção dos direitos fundamentais no âmbito do Mercosul pressupõe, invariavelmente, que as suas instituições sejam dotadas de poder de decisão de modo a atuarem como garantidoras de direitos fundamentais. De tal forma, uma Corte de Justiça do Mercosul teria o importante papel de orientar a atuação dos Estados-membros rumo a uma efetiva universalização da proteção dos Direitos Fundamentais.

A partir de uma Carta de Direitos Humanos do Mercosul, caberia à Corte de Justiça do Mercosul atuar para a construção de um direito comum entre os países do bloco, articulando as relações entre os Tribunais Constitucionais

dos países-membros.

Quanto a esse importante aspecto, a experiência europeia certamente serve de guia para solução de complexos problemas relacionados à compatibilização entre uma ordem jurídica comunitária e as diferentes ordens jurídicas nacionais que esse tipo de proposta, aqui defendida, suscita.

Uma dificuldade a respeito da viabilidade de se admitir a doutrina da supremacia da ordem comunitária sobre o direito nacional diz respeito, do ponto de vista dos tribunais internos, à aceitação da supremacia do direito comunitário sem a garantia de que esse direito superior não violaria direitos fundamentais ao patrimônio jurídico de um Estado-membro individual [48](#).

No âmbito europeu, uma referência importante a esse respeito é o caso denominado *Solange* (Enquanto), em que o Tribunal Constitucional alemão pronunciou um dos julgamentos mais controversos em toda a história do relacionamento entre a Corte Europeia de Justiça e os tribunais constitucionais: o Tribunal considerou que enquanto (*Solange*) o direito comunitário não dispusesse de um catálogo de direitos fundamentais emanado de um parlamento e similar ao catálogo de direitos fundamentais estabelecido pela Lei Fundamental de Bonn, caberia ao Tribunal Constitucional verificar a compatibilidade do direito comunitário com os direitos fundamentais consagrados no sistema jurídico alemão, decisão que claramente minava a autoridade das instituições comunitárias, na medida em que punha em dúvida sua autoridade para proteger direitos humanos e fundamentais [49](#).

Ressalte-se, no entanto, que em 1977, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu e a Comissão Europeia produziram a Declaração Conjunta sobre Direitos Fundamentais, em que se enfatizava a importância do respeito aos direitos fundamentais consagrados nas tradições constitucionais dos Estados-membros e na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Diante disso, já em 1986, o Tribunal Constitucional alemão em um novo caso – chamado pela doutrina de *Solange II* – proferiu decisão segundo a qual o direito comunitário, por meio da jurisprudência da Corte de Luxemburgo, já demonstrava um grau satisfatório de proteção aos direitos fundamentais e, *enquanto* esse grau satisfatório de proteção fosse assegurado, não analisaria a compatibilidade dos atos comunitários em face dos direitos fundamentais estabelecidos na Lei Fundamental. Assim, o Tribunal Constitucional passou a adotar uma postura de maior deferência ao direito comunitário, mas manteve, a partir do uso da fórmula “*enquanto*”, a possibilidade de uma possível ruptura caso determinadas condições ocorressem, coerentemente com a conclusão tomada no caso *Solange I* [50](#).

É certo, por outro lado, que na própria Comunidade Europeia, antes mesmo de se cogitar da promulgação de uma Constituição europeia, vinha-se desenvolvendo um sistema de controle de atos comunitários em face dos atos básicos da Comunidade e dos direitos fundamentais, ali compreendidos como princípios gerais de direito. É ampla a possibilidade de provocação do Tribunal de Justiça. Estão legitimados para propor ação o Conselho, a Comissão, os Estados-membros (art. 230, 2) e também as pessoas naturais ou jurídicas, desde que afetadas diretamente e individualmente por ação ou regulamento da Comunidade (art. 230, 4) [51](#). O Tratado de Maastricht estabeleceu no art. 234 [52](#) a necessidade de que, em caso de dúvida sobre a legitimidade de ato comunitário, o juiz local suscite a controvérsia perante o Tribunal de Justiça Europeu. Trata-se de providência que guarda estrita semelhança com o processo de controle concreto do sistema

concentrado 53.

Também a Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, desempenha um papel muito similar ao das Cortes Constitucionais nacionais, especialmente no que concerne à questão da defesa dos direitos humanos na Europa. Embora se aponte como déficit no procedimento da Corte Europeia a ausência de decisão de caráter cassatório, afigura-se inequívoco que “o efeito do juízo de constatação” (*Feststellungswirkung*) e a outorga de uma indenização adequada (Convenção, art. 41) acabam por produzir um resultado satisfatório no caso concreto 54.

Esse quadro evolutivo do direito comunitário europeu nos apresenta uma ideia dos problemas de compatibilização entre uma ordem jurídica supranacional e as diferentes ordens jurídicas nacionais que a criação de uma Corte de Justiça do Mercosul poderia gerar; no entanto, tal experiência não deve ser entendida como um presságio de futuros problemas, mas sim como guia para se pensar preventivamente em como solucioná-los e, acima de tudo, como um exemplo positivo dos benefícios que um sistema comunitário de proteção dos direitos humanos pode gerar para a garantia dos direitos dos cidadãos dos países-membros de uma comunidade de Estados.

Independentemente, contudo, da instituição do referido tribunal, a temática do controle de convencionalidade passou a ser estudada no Brasil especialmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, que possibilitou (no art. 5º, § 3º, da Constituição) sejam os tratados de direitos humanos “equivalentes às emendas constitucionais”, desde que aprovados pelo Poder Legislativo (e, posteriormente, ratificados pelo Executivo) por três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos. Na jurisprudência recente, o tema ganhou relevo a partir das decisões do STF que elevaram o *status* dos tratados de direitos humanos a patamar superior ao das leis ordinárias 55.

Em suma, se os tratados de direitos humanos podem ser (a) equivalentes às emendas constitucionais ou, ainda, (b) supralegais, o certo é que, estando acima das normas infraconstitucionais, não de ser também paradigma de controle da produção normativa doméstica. Assim, para além do controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro atual de controle comporta controle de convencionalidade das normas domésticas. Daí ter o Ministro Celso de Mello proposto que se submetessem as normas que integram o ordenamento positivo interno “a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico” 56.

3.3. Os diferentes tipos de inconstitucionalidade

3.3.1. Considerações preliminares

A doutrina constitucional esforça-se por estabelecer uma adequada classificação dos diferentes tipos ou manifestações de inconstitucionalidade. E a dogmática tradicional se enriquece, a cada dia, com novas distinções, elaboradas pelos doutrinadores, ou identificadas na cotidiana atividade dos tribunais.

Como já visto, procede-se à distinção entre a inconstitucionalidade formal ou orgânica e a inconstitucionalidade

material, tendo em vista considerações relativas ao conteúdo da norma ou às regras de caráter procedural [57](#).

Cogita-se, igualmente, da chamada inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma conduta positiva do legislador, que se não compatibiliza com os princípios constitucionalmente consagrados. Ao revés, a inconstitucionalidade por omissão decorre, fundamentalmente, de uma lacuna inconstitucional (*verfassungswidrige Lucke*), ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar (*Nichterfüllung von Gesetzgebungsaufträgen*) [58](#).

Alguns doutrinadores contemplam, também, a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente, considerando os diversos momentos de edição das normas constitucionais e as eventuais mudanças ocorridas na situação fática imperante quando da edição da lei [59](#).

Registra a doutrina, ainda, a existência da chamada inconstitucionalidade de normas constitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). Aqui, identificam-se duas correntes: a) uma que admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias; b) outra que sugere, apenas, a possibilidade de contradição entre as normas constitucionais iniciais e outras, oriundas de processo de revisão ou de emenda [60](#).

Não se deve omitir a complexa questão atinente ao processo de inconstitucionalização da norma constitucional (*der Prozess des Verfassungswidrigwerdens von Gesetzen*) e suas consequências sob a ótica da dogmática jurídica [61](#).

3.3.2. Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material

Costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade formal e material, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado.

3.3.2.1. Inconstitucionalidade formal

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedural ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final [62](#).

No direito constitucional brasileiro, lavrou-se intensa controvérsia sobre a eficácia convalidatória da sanção apostila pelo Chefe do Executivo a projetos eivados pela usurpação de iniciativa reservada. Respeitável corrente doutrinária, integrada por Themístocles Cavalcanti, Seabra Fagundes, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, emprestou adesão à tese da convalidação. Outros, como Francisco Campos, Caio Tácito e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, perfilharam orientação diversa [63](#).

Segundo José Afonso da Silva, “a regra de reserva tem como fundamento pôr na dependência do titular da iniciativa a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias. Não se trata de adotar aqui a tendência que

distingue as cláusulas constitucionais em diretórias e mandoriais. Pois, a regra da reserva é imperativa no que tange a subordinar a formação da lei à vontade exclusiva do titular da iniciativa. Ora, essa vontade pode atuar em dois momentos: no da iniciativa e no da sanção. Faltando a sua incidência, o ato é nulo; mas se ela incidir com sanção, satisfeita estará a razão da norma de reserva”⁶⁴.

Esse entendimento logrou ser referendado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrando-se, inicialmente, que a falta de iniciativa do Executivo fica sanada com a sanção do projeto de lei⁶⁵. Já na vigência da Constituição de 1967/69, estabeleceu-se orientação contrária, afirmando-se que a sanção não mais supre a falta de iniciativa, *ex vi* do art. 57, parágrafo único⁶⁶.

Já sob o império da Constituição de 1988 discutiu-se a legitimidade de lei estadual que não teria observado o disposto no art. 169. A Corte chegou à conclusão de que aqui não se cuidava de questão da validade, mas, tão somente, de questão de eficácia do diploma legislativo.

Afirma-se, tradicionalmente, a impossibilidade de se apreciar, no juízo de constitucionalidade, as questões *interna corporis* das Casas Legislativas. A matéria aparece revestida, não raras vezes, de um conteúdo místico, de uma pretensa indenidade dos atos internos do Congresso à investigação judicial. A consolidação do sistema de controle, com amplo poder para julgar as questões constitucionais, coloca em dúvida a exatidão desse entendimento. Se as leis ou as emendas constitucionais são passíveis de apreciação no juízo de constitucionalidade, não se afigura plausível assegurar indenidade aos regimentos internos das Casas Legislativas⁶⁷.

No direito brasileiro, reconhece-se, igualmente, a não censurabilidade dos atos exclusivamente *interna corporis*. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem assentado, v.g., que “matéria relativa à interpretação de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*”⁶⁸. Posteriormente a Corte passou a entender que se a questão discutida disser respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, principalmente no que for atinente ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), é possível a discussão judicial, uma vez que ela passa a ter estatura de controvérsia constitucional. Outrossim, norma regimental ofensiva à Constituição também autoriza o exame judicial⁶⁹.

Como acentuado, não se infirma a afirmação da regularidade formal da lei, nos termos estabelecidos pelo Texto Magno. O controle de constitucionalidade não se mostra adequado, porém, a obstar a tramitação do projeto de lei ou de proposta de emenda constitucional, considerando-se que a violação só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada⁷⁰. Nesse sentido, observou o Ministro Moreira Alves que, nesses casos, “a inconstitucionalidade (...) não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra”⁷¹.

3.3.2.2. Inconstitucionalidade material

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição⁷².

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo 73.

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo 74.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) 75.

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivos internos da vontade do legislador (*motivi interiori della volizione legislativa*) 76. Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo 77.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) assentou, em uma de suas primeiras decisões (23-10-1951), que a sua competência cingia-se à apreciação de legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência. Todavia, “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial” 78.

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas 79. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (*Verbot der Ermessensmissbrauchs; Verbot der Ermessensuberschreitung*). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo 80.

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins 81. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito 82.

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado), já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos

fundamentais de proteção, ou seja, naqueles casos em que o Estado não pode deixar de proteger de forma adequada esses direitos [83](#).

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a da proibição de proteção insuficiente de determinada garantia fundamental.

3.3.3. Inconstitucionalidade originária e superveniente

3.3.3.1. Considerações preliminares

Procede-se à distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente tendo em vista os diversos momentos da edição das normas constitucionais.

Se a norma legal é posterior à Constituição, tem-se um caso típico de inconstitucionalidade (inconstitucionalidade). Se se cuida, porém, de contradição entre a norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional, indaga-se se seria caso de inconstitucionalidade ou de mera revogação.

Considera-se, igualmente, que lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a tornar-se com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas ou na interpretação constitucional [84](#).

Essas questões têm enorme relevância prática, pois repercutem diretamente sobre a competência dos órgãos judiciais incumbidos de dirimi-las. Se eventual conflito entre o direito pré-constitucional e o direito constitucional superveniente resolve-se no plano do direito intertemporal, há de se reconhecer a competência de todos os órgãos jurisdicionais para apreciá-lo. Ao revés, se se cuida de questão de inconstitucionalidade, a atribuição deverá ser exercida pelos órgãos jurisdicionais especiais competentes para dirimir controvérsias dessa índole, segundo a forma adequada.

A distinção entre inconstitucionalidade originária e superveniente depende, fundamentalmente, do próprio sistema adotado, podendo entender-se que a superveniência de norma constitucional importa na derrogação do direito anterior com ela incompatível. E, nesse caso, a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada com todas as suas implicações, no âmbito de direito intertemporal [85](#).

Alguns doutrinadores consideram que a situação de incompatibilidade entre uma norma legal e um preceito constitucional superveniente traduz uma valoração negativa da ordem jurídica, devendo, por isso, ser caracterizada como inconstitucionalidade, e não simples revogação [86](#).

Da controvérsia sobre a caracterização do conflito entre o direito anterior e a Constituição ocupou-se o Tribunal Constitucional italiano, de início, tendo firmado o entendimento “no sentido de que todo contraste entre uma lei anterior e a Constituição produz, antes de uma ab-rogação, uma ilegitimidade constitucional” [87](#). Também a Constituição portuguesa, de 1976, consagra o controle de constitucionalidade do direito anterior (art. 282º, n. 4) [88](#).

Outros ordenamentos constitucionais, como o alemão, de 1919 e de 1949, e o brasileiro, de 1891, de 1934 e de 1937 (arts. 83, 187 e 183), consagraram, de modo expresso, as chamadas normas de recepção (*Rezeptionsnorm*), que contêm, fundamentalmente, duas disposições: a) o direito vigente antes da promulgação da Constituição deve continuar a vigorar *en bloc*; b) o direito incompatível com a Constituição terá a sua vigência interrompida com a entrada em vigor de novo texto constitucional [89](#). Nesse sentido, estabeleceu-se, no art. 178, § 2º, da Constituição de Weimar, que “as demais leis e regulamentos continuam em vigor, desde que não estejam em contradição com a Constituição”.

Tais cláusulas de recepção ensejaram o entendimento de que a colisão de normas não haveria de ser considerada em face do princípio da supremacia da Constituição, e sim tendo em vista a força derogatória da *lex posterior*. O próprio Tribunal Constitucional alemão considera que o dever de suscitar a questão de inconstitucionalidade, no controle concreto de normas, adstringe-se às leis posteriores à Constituição [90](#). Em verdade, a Corte Constitucional Alemã parece ter-se valido aqui de uma solução de compromisso para compatibilizar posições antagônicas. O Tribunal entende que a expressão *lei* (*Gesetz*), contida no art. 100, I, que disciplina o controle concreto de normas, refere-se, tão somente, às leis em sentido formal editadas após a promulgação da Constituição (*nachkonstitutionelles Gesetz*) [91](#).

Dessarte, os juízes e tribunais ordinários não estão compelidos a submeter ao Tribunal Constitucional as questões atinentes à compatibilidade entre o direito anterior e a Lei Fundamental, uma vez que não se vislumbra qualquer risco para a autoridade do legislador constitucional. E essa autoridade não seria afetada em caso de simples constatação de incompatibilidade segundo o princípio *lex posterior derogat priori* [92](#). Ao revés, o controle abstrato de normas, previsto no art. 93, par. 1º, n. 2, da Lei Fundamental, que pressupõe divergência ou dúvida sobre a compatibilidade formal ou material de direito federal ou estadual com a Lei Fundamental, pode ter como objeto direito anterior ou superveniente à Constituição [93](#).

Como se vê, a questão transcende o âmbito meramente acadêmico, assumindo nítido interesse prático. Se se trata de matéria de direito intertemporal, dispensável se afigura a adoção dos procedimentos aplicáveis à declaração de inconstitucionalidade, podendo qualquer juiz, ao apreciar um caso concreto, deixar de aplicar a lei anterior. A matéria refugirá, pois, ao âmbito de juízo de constitucionalidade, situando-se na esfera da simples aplicação do direito (*Rechtsanwendungsrecht*) [94](#).

Se, ao revés, a incompatibilidade entre uma disposição legal e uma norma constitucional caracteriza uma inconstitucionalidade, o tema há de ser apreciado pelas Cortes Constitucionais, se for o caso, tomando-se todas as cautelas inerentes ao processo de declaração de inconstitucionalidade. Daí asseverar Victor Nunes Leal que “o problema não é bizantino, porque a Constituição exige maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 200) e permite que o Senado suspenda, no todo ou em parte, a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64)” [95](#).

A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal, sob a Constituição de 1967/69, não deixava dúvida de que a compatibilidade do direito anterior com norma constitucional superveniente haveria de ser aferida no âmbito do direito intertemporal [96](#). Assim, na Rp. 946, o Supremo Tribunal reconheceu que o art. 902, § 1º, da Consolidação das Leis do

Trabalho havia sido revogado pela Carta Magna de 1946 [97](#). Também na Rp. 969, constatou o Tribunal a derrogação dos arts. 75, § 1º, da Lei n. 1.341, de 30-1-1951, e 27, § 1º, da Lei n. 4.737, de 15-7-1965, pelo art. 125 da Constituição Federal de 1967 [98](#). E, na Rp. 1.012, não se conheceu da arguição de inconstitucionalidade relativa à Lei n. 5.048, de 22-12-1958, do Estado de São Paulo, tendo o Ministro Moreira Alves ressaltado que “a lei ordinária anterior, ainda que em choque com a Constituição vigorante quando de sua promulgação, ou está em conformidade com a Constituição atual, e, portanto, não está em desarmonia com a ordem jurídica vigente, ou se encontra revogada pela Constituição em vigor, se com ela incompatível” [99](#).

Não parecia subsistir dúvida, pois, quanto ao efeito derogatório, no processo de contrariedade entre norma constitucional superveniente e o direito ordinário em vigor no regime de 1967/69.

A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/69, tratava dessa colisão, tal como já mencionado, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*.

Já sob o império da nova Constituição teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de discutir amplamente a questão na ADIn 2, da relatoria do Ministro Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provocada pela clara manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal [100](#), prevaleceu a tese tradicional, esposada pelo Ministro Paulo Brossard.

Em síntese, são os seguintes os argumentos expendidos pelo Ministro Brossard:

“Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fôra assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.

Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham” [101](#).

A despeito das objeções bem fundamentadas suscitadas pelo Ministro Pertence – firme na convicção de que recusar

a via da ação direta para aferir a constitucionalidade das normas anteriores à Constituição é expurgar do STF missão e responsabilidade que são suas, bem como de que qualificar de revogação o fenômeno de comparação da compatibilidade entre uma norma e a Constituição não exclui a possibilidade de também entendê-lo como controle de constitucionalidade, portanto, sindicável pela via da ação direta perante a Corte Constitucional –, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continua a entender que a questão da inconstitucionalidade somente se põe quando se cuida de lei posterior à Constituição.

Anote-se, todavia, que, em julgamento realizado em 1º-8-2006, o Tribunal rejeitou a preliminar de não conhecimento da ADI 3.619 [102](#), proposta contra os arts. 34, § 1º, e 170, I, da Consolidação do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Ressaltou o relator, Ministro Eros Grau, que os preceitos impugnados, embora reproduzissem normas assemelhadas veiculadas originalmente na Resolução n. 576/70, estavam inseridos no Ato n. 1, de 2005, que consolidou, em texto único, diversas resoluções anteriores. É, portanto, afirma, “posterior à vigente Constituição do Brasil, sendo revestido de autonomia suficiente para ser submetido ao controle concentrado de constitucionalidade”. Nas palavras de Pertence, proferidas no mencionado julgamento “uma norma pré-constitucional, ao se incorporar a um diploma pós-constitucional, que a poderia alterar, transforma-se em norma pós-constitucional, de modo a admitir, conforme a jurisprudência do Supremo, o controle abstrato”.

Observe-se, ainda, que, ao apreciar a ADI 3.833 [103](#), que impugnou o Decreto Legislativo n. 444/2003 em face da EC n. 41/2003, o Tribunal houve por bem afirmar que, a despeito de se cuidar de direito pré-constitucional, poderia a Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não recepção do direito anterior.

Trata-se de uma reorientação jurisprudencial quanto ao tema.

O tema, porém, perde a relevância prática, com o advento da Lei n. 9.982/99, que, ao regulamentar a ADPF, admitiu o exame direto da legitimidade do direito pré-constitucional em face da norma constitucional superveniente [104](#).

3.3.3.2. Vício formal: inconstitucionalidade originária

Se a controvérsia relativa aos aspectos materiais do ato assume o caráter de uma autêntica *vexata quaestio*, parece dominar maior uniformidade, na doutrina, no que tange aos aspectos formais. Assenta-se que, no tocante aos pressupostos de índole formal, há de prevalecer o princípio do *tempus regit actum* [105](#).

No mesmo sentido, assevera García de Enterría que “essa inconstitucionalidade superveniente há de referir-se precisamente à contradição dos princípios materiais da Constituição, e, não, às regras formais da elaboração das leis que a Constituição estabelece no momento presente” [106](#).

No Direito português, não se coloca em dúvida, igualmente, a intangibilidade dos pressupostos dos atos legislativos adotados em face de lei constitucional superveniente [107](#). Ressalta Canotilho que “a inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à contradição com as regras formais ou processuais do tempo da sua elaboração” [108](#).

Da mesma forma, a matéria parece isenta de maiores controvérsias entre nós. Sepúlveda Pertence, ainda como Procurador-Geral da República, enfatizou, em parecer de 10-3-1987, que a afériação originária do vício formal “é verdade tão axiomática que poucos autores se preocupam em explicitá-la” [109](#).

Concluiu Sepúlveda Pertence:

“Assim, ninguém discute, o Código Comercial, de 1850, sobrevive incólume à queda do Império, a cuja Constituição se submetera a sua elaboração legislativa.

Assim, também, o advento da Constituição de 1946, que não admitia decretos-leis, não prejudicou a constitucionalidade formal dos que se haviam editado sob o Estado Novo.

De igual modo, é óbvio, a EC 6/63, abolindo a delegação legislativa, não afetou a validade formal da questionada LD 4/62, editada no exercício de delegação, ao seu tempo, permitida” [110](#).

Não deixa, todavia, de provocar dúvida a caracterização da *incompetência superveniente* do órgão legiferante, mormente nos regimes de índole federativa [111](#). Cuidar-se-ia aqui de defeito formal ou material?

A Corte Constitucional italiana tem reconhecido a vigência das leis estatais anteriores que disciplinam matéria agora reservada à legislação regional, admitindo a sua integração no ordenamento regional até a promulgação de lei nova (princípio da continuidade) [112](#).

No Direito alemão, a matéria mereceu especial atenção do constituinte (Lei Fundamental, arts. 124 a 126), que outorgou ao Tribunal Constitucional a competência para dirimir eventuais dúvidas sobre a vigência de lei como direito federal (art. 126). Portanto, cabe à Corte Constitucional aferir, no âmbito do controle concreto ou abstrato de normas, a vigência de lei pré-constitucional como direito federal. Não se trata, pois, de verificar a validade, mas a qualidade da norma. “A validade da norma – diz Pestalozza – pode constituir uma questão preliminar, mas não o objeto principal do processo” [113](#).

Assim, tanto pode o Tribunal concluir que a lei foi revogada por contrariar dispositivo constitucional quanto reconhecer a sua insubsistência como direito federal, ou constatar a vigência enquanto direito federal [114](#).

Entre nós, a referência ao tema parece limitada aos estudos de Pontes de Miranda, que formula as seguintes proposições:

“Sempre que a Constituição dá à União a competência sobre certa matéria e havia legislação anterior, federal e local, em contradição, a Constituição abrogou ou derrogou a legislação federal ou local, em choque com a regra jurídica de competência. Não se precisa, para se decidir em tal sentido, que se componha a maioria absoluta do art. 116.

Se a legislação, que existia, era só estadual, ou municipal, e a Constituição tornou de competência legislativa federal a matéria, a superveniência da Constituição faz contrário à Constituição qualquer ato de aplicação dessa

legislação, no que ela, com a nova regra jurídica de competência, seria sem sentido. A maioria do art. 116 não é necessária. *Aliter*, se só há a ab-rogação ou a derrogação, se inconstitucional a continuação da incidência; e. g., se antes de ser estadual, ou municipal, forá federal (discute-se se há repristinação ou inconstitucionalidade).

Se havia legislação federal e estadual e a competência passou a ser, tão só, do Estado-membro, ou do Município, a legislação federal persiste, estadualizada, ou municipalizada, respectivamente, até que o Estado-membro ou o Município a ab-rogue, ou derogue”¹¹⁵.

Evidentemente, não há cogitar de uma federalização de normas estaduais ou municipais, por força de alteração na regra de competência. Nesse caso, há de se reconhecer eficácia derogatória à norma constitucional que tornou de competência legislativa federal matéria anteriormente afeta ao âmbito estadual ou municipal.

Todavia, se havia legislação federal, e a matéria passou à esfera de competência estadual ou municipal, o complexo normativo promulgado pela União subsiste estadualizado ou municipalizado, até que se proceda à sua derrogação por lei estadual ou municipal. É o que parece autorizar o próprio princípio da continuidade do ordenamento jurídico¹¹⁶.

3.3.3.3. Configuração da inconstitucionalidade e mudança nas relações fáticas ou jurídicas

A doutrina admite a caracterização da inconstitucionalidade da lei tendo em vista significativa alteração das relações fáticas.

Assim, a norma legal que não podia ser acolhida de inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se suscetível de censura judicial em virtude de uma profunda mudança nas relações fáticas, configurando o processo de inconstitucionalização (*der Prozess des Verfassungswidrigwerdens*)¹¹⁷.

A dogmática jurídica limita-se a distinguir os atos constitucionais dos atos inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade supõe a simples declaração ou o singelo reconhecimento de uma situação preexistente. O processo de inconstitucionalização (*Verfassungswidrigwerden*) não se coloca como alternativa dogmática, salvo quando resultante de uma mudança das relações fáticas. Eventual alteração no entendimento jurisprudencial, com a consequente afirmação da inconstitucionalidade de uma situação, até então considerada constitucional, não autoriza a caracterização da inconstitucionalidade superveniente¹¹⁸. Esforça-se por contornar o inevitável embaraço decorrente desse modelo, afirmando que a mudança no entendimento jurisprudencial ensejou apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade, anteriormente configurada¹¹⁹.

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução da jurisprudência e, especialmente, a possível mutação constitucional, decorrente de uma nova interpretação da Constituição. Como esclarece Carlos Blanco de Moraes, novas interpretações surgem a partir de alterações tácitas ou implícitas no texto constitucional, sem prejuízo de se manterem intocadas as letras dos preceitos. Segundo o autor, “a mutação informal não é um instituto, mas um fenômeno. E um fenômeno difícil de definir, de limitar e de qualificar quanto à sua natureza, pese o fato de, como realidade fática e jurídica, produzir impactos incontornáveis no plano da

metódia da interpretação constitucional, da legitimidade democrática e da separação de poderes” [120](#).

Se as repercussões das mutações constitucionais no plano material são inegáveis, são inúmeros também os desafios no plano do processo em geral e, sobretudo, do processo constitucional.

Nesse sentido, vale registrar a doura observação de Larenz:

“De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações facticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impede a uma solução – por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito – quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’” [121](#).

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá “ *fingir*” que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer o ajuste do resultado, adotando técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

A relevância da evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade está a demonstrar que o tema comporta inevitáveis desdobramentos. A eventual mudança no significado de parâmetro normativo pode acarretar a censurabilidade de preceitos até então considerados compatíveis com a ordem constitucional. Introduz-se, assim, a discussão sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na espécie. Não é de excluir, igualmente, a possibilidade de que uma norma declarada constitucional pelo Judiciário venha a ter a sua validade infirmada em virtude da evolução hermenêutica. E, nesse caso, lícito será indagar sobre os efeitos e limites da coisa julgada no juízo de constitucionalidade.

Cumpre assinalar, tão somente, a inegável importância assumida pela interpretação no controle de constitucionalidade, assegurando-se possível a caracterização da inconstitucionalidade superveniente como decorrência da mudança de significado do parâmetro normativo constitucional, ou do próprio ato legislativo submetido à censura

judicial.

Nesses casos, além de um eventual processo de inconstitucionalização (situação de transição), pode-se ter a própria declaração de inconstitucionalidade da lei anteriormente considerada constitucional. Impõe-se, por isso, muitas vezes, a adaptação da técnica de decisão, abandonando-se uma simples e pura declaração de nulidade [122](#).

3.3.4. Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição. A garantia jurisdicional da Constituição constitui elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais, as quais possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos. São eles atos de criação de normas jurídicas ou atos de execução de Direito já criado, ou seja, de normas jurídicas já estatuídas [123](#).

A ideia de controle de constitucionalidade advém do fato de a Constituição apresentar-se como a base indispensável das demais normas jurídicas, que, na lição de Kelsen, “regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal” [124](#).

Se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas, mas todos têm o mesmo objetivo de expurgar do ordenamento jurídico as normas que são incompatíveis com a Constituição.

Já o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão é relativamente recente. Antes, a inconstitucionalidade da lei configurava sempre caso de inconstitucionalidade por ação, ou seja, resultante de um afazer positivo do legislador.

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna [125](#) como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação [126](#).

Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional [127](#). É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

O constituinte brasileiro de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com

a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta da constitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

Caso clássico de omissão parcial é a chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Tem-se a “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade” se a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.

Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. É concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo [128](#); a *exclusão de benefícios* é explícita [129](#) se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos [130](#).

O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação [131](#). Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma constitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma constitucionalidade menos grave. É que constitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, mas a disciplina diferenciada das situações (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*) [132](#).

Essa peculiaridade do princípio da isonomia causa embaraços, uma vez que a técnica convencional de superação da ofensa (cassação; declaração de nulidade) não parece adequada na hipótese, podendo inclusive suprimir o fundamento em que assenta a pretensão de eventual lesado [133](#). Assim, se a lei concede um benefício a um grupo de pessoas e silencia em relação a outro em situação idêntica, provoca situação que dificilmente poderia ser resolvida com o caso da declaração de nulidade.

Para solucionar constitucionalidade decorrente de omissão, é imperiosa a adoção de novas técnicas de decisão de constitucionalidade, como as sentenças manipulativas de efeitos aditivos e a declaração de constitucionalidade sem pronúncia de nulidade [134](#).

3.3.5. Inconstitucionalidade de normas constitucionais

3.3.5.1. O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e as “cláusulas pétreas”

O controle de constitucionalidade contempla o próprio direito de revisão reconhecido ao poder constituinte derivado.

Parece axiomático que as Constituições rígidas somente podem ser revistas com a observância dos ritos nelas prescritos. São exigências quanto ao quórum, à forma de votação, à imposição de *referendum* popular, ou de ratificação [135](#). Alguns textos consagram, igualmente, *vedações circunstanciais* à reforma da ordem constitucional. É o que estabelece, v.g., a Carta brasileira de 1967/69, ao prever que “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de emergência” [136](#). A Constituição imperial de 1824 vedava qualquer reforma antes de

completados quatro anos de vigência (art. 174) [137](#).

Não raras vezes, impõe o constituinte limites materiais expressos à eventual reforma da Lei Maior. Cuida-se das chamadas *cláusulas pétreas* ou da garantia de eternidade (*Ewigkeitsgarantie*), que limitam o poder de reforma sobre determinados objetos. Assim, a Constituição de 1891 vedava projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, § 4º). A Constituição de 1934 consagrava a imutabilidade do regime republicano (art. 178, § 5º), e a Carta Magna de 1946 reproduziu a cláusula pétreas adotada pelo Constituinte de 1891 (art. 217, § 6º). O texto de 1967/69 não inovou na matéria (art. 47, § 1º). A Constituição de 1988 elegeu como cláusulas pétreas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º).

A Constituição americana contém cláusula que impõe a representação paritária dos Estados no Senado Federal (art. 5º). Todavia, segundo Loewenstein, nada impede a eliminação desse preceito [138](#).

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, veda, expressamente, qualquer reforma constitucional que introduza alteração na ordem federativa, modifique a participação dos Estados no processo legislativo, ou suprima os princípios estabelecidos nos seus arts. 1º (intangibilidade da dignidade humana) e 20 (estado republicano, federal, democrático e social, divisão de Poderes, regime representativo, princípio da legalidade) [139](#).

Tais *cláusulas de garantia* traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade [140](#). É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade [141](#). Nesse sentido pronunciou-se o Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição [142](#).

Dai falar-se de inconstitucionalidade de normas constitucionais, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas.

Na experiência brasileira pós-1988 registram-se diversos casos de declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional [143](#). A propósito, o Ministro Sepúlveda Pertence abordou o tema, ponderando que a Constituição de 1988 havia operado extensa ampliação das limitações materiais do poder de reforma constitucional, atestando, ainda, que “no campo das ações diretas”, verificou-se “inevitável que praticamente a cada emenda constitucional siga-se uma ação direta, com a qual as forças políticas vencidas no processo de elaboração da emenda constitucional, suscitem perante o Supremo Tribunal, dada a amplitude das cláusulas pétreas do art. 60, a existência ou não de violação dos limites materiais, ou mesmo dos limites formais ao poder de reforma constitucional” [144](#).

Registre-se, a propósito, que entre os anos de 1988 e 2015, o STF declarou inconstitucionais, total ou parcialmente, as seguintes normas constitucionais: EC n. 3/93; EC n. 19/98; EC n. 20/98; EC n. 21/99; EC n.

41/2003; EC n. 45/2004; EC n. 52/2006 e EC n. 62/2009.

É importante ressaltar ainda que a declaração de inconstitucionalidade de emendas tem dado ensejo a polêmicas quanto à eficácia temporal das decisões do Supremo. Nesse sentido, no julgamento das ADI 4.357 e 4.425, em que se declarou a inconstitucionalidade da EC n. 62/2009, suscitou-se a necessidade de modulação de efeitos da decisão da Corte, uma vez que a referida emenda já vinha sendo aplicada desde a sua promulgação. Em março de 2015, o Plenário do STF concluiu o julgamento dessa modulação de efeitos, estabelecendo que o regime especial de precatórios previsto pela EC n. 62/2009 continuaria válido por mais 5 (cinco) exercícios financeiros, a contar de primeiro de janeiro de 2016 [145](#).

3.3.5.2. Limites imanentes ao poder constituinte

Muito mais complexa se afigura a questão dos limites imanentes ao poder constituinte. Ninguém ignora que o constitucionalismo moderno se caracteriza, dentre outros aspectos, pelo esforço desenvolvido no sentido de positivar o direito natural. A ideia de princípios superiores ou naturais, a concepção de direitos inatos, é antiga. Todavia, a consolidação desses postulados em um documento escrito (*Urkunde*), de índole duradoura ou permanente, e, por isso mesmo, superior às providências ordinárias, marcadas pela transitoriedade, constitui traço característico do conceito de Constituição, inaugurado com a Carta Magna americana, de 1787 [146](#).

Assim, os chamados direitos fundamentais, consagrados nas diferentes Declarações de Direitos, lograram obter a sua constitucionalização. O próprio *direito de resistência* encontrou abrigo no direito constitucional positivado (Constituição americana, art. II da Primeira Emenda; Lei Fundamental de Bonn, art. 20, par. 4º) [147](#).

E, se as ideias jusnaturalistas formavam a base da Constituição, consolidando uma elevada ideia de justiça, competia aos tribunais revelar essa concepção. Daí observar Carl Swisher que “aquilo que for justo será constitucional e aquilo que for injusto será inconstitucional” [148](#). A existência de uma justiça natural superior [149](#), a valoração dos princípios eternos de justiça e o sentimento de que “as limitações definidas oriundas da justiça natural cerceavam a autoridade legislativa, independentemente das restrições constitucionais expressas”, parecem permear, inicialmente, todo o direito constitucional americano [150](#). A introdução da *due process clause*, pela 14ª Emenda, realiza, segundo o *justice Field*, a Declaração de Independência dos direitos inalienáveis do homem, direitos que são um dom do Criador, que a lei apenas reconhece, não confere [151](#). A referência de Field traduz a concepção jusnaturalista da “lei recebida” (*sound law*), segundo a qual constituía atribuição dos legisladores e juízes *descobrir e não fazer as leis* [152](#).

Embora a teoria das limitações implícitas tenha encontrado excepcional desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial nos Estados Unidos, conforme comprovam os escritos de Cooley e Story [153](#), e, a despeito de se reconhecer a base jusnaturalista dos direitos fundamentais, a sua aplicação ao poder constituinte não parece ter merecido grande acolhida da doutrina e jurisprudência americanas [154](#). Nesse sentido, assevera Loewenstein que a doutrina da posição preferencial (*preferred opinion*) dos quatro direitos fundamentais contidos na 1ª Emenda (liberdade de confissão, de opinião e imprensa, de reunião e de petição) vem-se consolidando na jurisprudência da Suprema Corte [155](#). Não

obstante, a controvérsia sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais não foi arrostanda pela *Supreme Court*. E, segundo o jurista, isso se deve não só ao fato de as alterações constitucionais se mostrarem raras, mas também por se considerar estranha ao pensamento jurídico americano a ideia de uma limitação imposta ao legislador constituinte [156](#).

Ao revés, a jurisprudência constitucional alemã do pós-guerra admite o controle da reforma constitucional e reconhece a existência de princípios suprapositivos, cuja observância se afigura obrigatória para o próprio constituinte.

Em decisão proferida no segundo semestre de 1951, a Corte Constitucional alemã consagrou, expressamente, que os princípios de direito suprapositivo vinculavam o constituinte:

“Uma assembleia constituinte é hierarquicamente superior à representação parlamentar eleita com base na Constituição. Ela detém o *pouvoir constituant*.

Elá restaura uma nova ordem constitucional, dotada de especial eficácia, para o Estado em formação.

Esse *status* peculiar torna a Assembleia Constituinte imune a limitações de ordem externa. Elá está vinculada, tão somente, ao Direito anterior de índole suprapositiva (...)” [157](#).

O Tribunal Constitucional admitiu, portanto, a existência de postulados de direito suprapositivo, cuja observância se afigurava imperativa, inclusive para o legislador constituinte. A Corte reconheceu, ademais, a sua competência para aferir a compatibilidade do direito positivo com os postulados do direito suprapositivo [158](#).

Essa afirmação não passava, porém, de um *obiter dictum*, que jamais assumiu relevância jurídica.

4. TÓPICOS ESPECIAIS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1. Apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos

4.1.1. Considerações gerais

Questão de importância capital para o exercício das atividades jurisdicionais das Cortes Constitucionais diz respeito à possibilidade de exame de fatos legislativos ou prognoses legislativas aceitos ou adotados pelo legislador ao promulgar uma dada norma. Em muitos casos, as dificuldades acentuam-se em razão de não ser admissível, em variados processos especiais, a produção adicional de provas ou a realização de perícias. De qualquer sorte, ainda que se aceite uma instrução processual ampla, coloca-se sempre a indagação sobre os limites dos poderes de que se encontra investido o Tribunal para rever os fatos e prognoses legislativos adotados e, assim, chegar à conclusão de que a norma não se mostra compatível com a Constituição.

No que concerne à relação da Corte Constitucional com os tribunais ordinários, especialmente no contexto do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), reitera-se a orientação segundo a qual a verificação e a apreciação de fatos (*Tatbestand*) são da competência da jurisdição ordinária. Enfatiza-se, nessa linha, que o Tribunal não é uma simples Corte de Revisão. Na prática, identificam-se, porém, vários casos em que o Tribunal Constitucional relativiza esse