

O CASO MARBURY CONTRA MADISON E A ORIGEM DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Thiago Valentim TREVISAN¹
Sérgio Tibiriçá do AMARAL²

RESUMO: A presente pesquisa busca desenvolver um breve estudo acerca das formas de controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: direito constitucional; controle de constitucionalidade; Constituição; controle difuso; controle concentrado; modelo dos EUA.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi uma pesquisa bibliográfica sobre o controle de constitucionalidade, em especial sobre a primeira decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, o caso Marbury vs. Madison. Utilizou-se para elaboração desta apreciação acadêmica os métodos dedutivo e indutivo.

No primeiro capítulo discorreu-se sobre o constitucionalismo, que surgiu no século XVIII, levando em conta as experiências dos antecedentes. Depois, falou-se, rapidamente, sobre a contribuição francesa, tanto dos antecedentes, como da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Em seguida, traçou-se um breve resumo acerca da evolução do Constitucionalismo no Brasil, comentando de maneira concisa a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade nas constituições anteriores, até chegar ao modelo atual, com a Constituição Federal de 1988.

Passou-se então ao estudo do controle de constitucionalidade difuso, que teve início com o emblemático caso estudado (Marbury VS Madison), seguindo

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: thi.trevisan@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Paulista do Ministério Público. Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias e doutorando pela mesma instituição, ITE-Bauru. E-mail: sergio@unitoledo.br

pelas possibilidades de incidência deste instrumento, seus efeitos, a competência e em especial sobre uma nova tendência no estudo do direito constitucional, a qual seja a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, sendo possível, através desta, estender os efeitos originariamente *inter partes* para todos os casos semelhantes (*erga omnes*).

Por fim, abordou-se a possibilidade do controle concentrado de constitucionalidade, instituto criado pelo austríaco Hans Kelsen, e, por meio do qual, o exercício desta função é realizado por um Tribunal Constitucional, contrário ao sistema “*judicial review*” norte-americano.

Apresentou-se, superficialmente, o conceito, a legitimidade, as espécies e requisitos para o exercício desta forma de controle constitucional, de modo a esclarecer noções básicas acerca do tema.

2. CONSTITUIÇÃO

Apenas no século XVIII, o mundo jurídico conheceu o constitucionalismo, que sofreu influência dos chamados antecedentes, como forais, cartas de franquia, pactos de vassalagem, os “bills” da Inglaterra e os “covenants”, como revela Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que cita também a contribuição francesa das “Leis Fundamentais do Reino”, que colocam a França à salvo das fraquezas do monarca³.

O modelo constitucionalista, tal qual conhecemos atualmente, sofreu grande influência das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América do Norte em 1787, após a independência das 13 colônias, e também da França após a revolução Francesa, no ano de 1791. É o chamado modelo liberal clássico, que para se contrapor ao poder absolutista, propõe duas formas de controle: separação dos poderes de Montesquieu e a declaração de direitos num documento escrito.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, p. 8.

Por isso, numa estreita consonância com essa concepção filosófico-política, surgem o constitucionalismo e a teoria constitucional do Estado de Direito liberal-burguês, que é identificada aos conceitos ideológico e material, como se lê no célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – que num Estado sem direitos individuais nem divisão de poderes não existe Constituição⁴. Norberto Bobbio⁵ na obra “A era dos direitos” revela gerações desses direitos, que começariam com a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. Costuma-se dividir os direitos fundamentais, comumente, em três gerações ou categorias, como características próprias dos momentos históricos que inspiraram a sua criação.

Tendo como características principais a organização do Estado e a limitação do poder estatal com a separação das três funções ocupadas por pessoas diferentes e também com a previsão de um rol de direitos e garantias fundamentais, vislumbrou-se à época, o surgimento do Estado liberal.

O modelo norte-americano de mudar a ordem das coisas viria a provocar uma reviravolta em nível mundial com o *brain storm* do século XVIII também na Europa e em especial na França absolutista de Luiz XVI, com o surgimento de idéias inovadoras em todas as áreas do conhecimento desde as artes até a política; e que fez surgir novas bases para o entendimento da representação política⁶. Nesse contexto surge a obra do abade Emmanuel de Sieyès – *Qu'est-ce que le Tiers État?* – apresentando um novo sujeito no contexto político: o poder emana do povo, o terceiro estado. A Queda da Bastilha em 14 de julho de 1789, na França, representou simbolicamente o fim do absolutismo real, do Estado autocrático e o início da Idade Contemporânea.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segunda constituição do modelo liberal, foi promulgada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, tornando-se uma carta fundamental de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre submeteu: a família, o estamento e as organizações religiosas⁷. Era, pois, uma arma ideológica contra o Ancien Regime,

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional, p. 39.

⁵ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, p.4-6.

⁶ AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A era dos deveres <in> Revista Intertemas

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Obra citada, p. 93.

contra o absolutismo, contra a confusão entre o Monarca e o Estado, contra uma organização acusada de ser irracional. Propunha substituir tudo isso por um governo moderado, incapaz de abusos, zeloso defensor das liberdades individuais⁸.

Posteriormente, importante salientar o afloramento de idéias relacionadas ao liberalismo clássico, marcadas pelas características do absentismo estatal, individualismo, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo, premissas ideológicas que exerceram profunda influência nas constituições brasileiras de 1824 e 1891⁹.

Com os problemas do liberalismo, surge a chamada segunda dimensão dos direitos, com dois documentos, sendo um a Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar.

Nesse sentido, da chamada por Bobbio de segunda geração, importante se faz a menção à Constituição de Weimar (“Weimarer Verfassung”), da República Alemã, no ano de 1919, sendo esta o marco de grande influência na elaboração das outras constituições, em que pese sua característica democrática liberal, contribuiu para a formação do Estado Social, com a intervenção do Estado nas relações privadas.

Sobre o assunto, leciona Pedro Lenza¹⁰: “Conforme falamos, a concepção liberal (de valorização do indivíduo e afastamento do Estado) gerará concentração de renda e exclusão social, fazendo com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico. Evidencia-se, então, aquilo que a doutrina chamou de segunda geração (ou dimensão) de direitos e que teve como documentos marcantes a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, influenciando, profundamente, a Constituição brasileira de 1934 (Estado social de direito)”

Com o chamado surgimento do Estado Social, valores que outrora não consistiam em preocupações do Estado passaram a ser tratados por este, falando-se assim no surgimento dos direitos de segunda dimensão, ou seja, aqueles ligados às relações de produção de trabalho, à educação. Surge ainda um modelo de controle de constitucionalidade diferente, que pode cobrar ações prestacionais

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional, p. 7.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional, p. 119.

¹⁰ LENZA, Pedro – Direito Constitucional Esquematizado, p.6.

desse Estado intervencionista. Além disso, as leis que não estiverem de acordo com esse modelo, podem ser rejeitadas por contrariarem a “Lei Maior”..

Como decorrência lógica dessa evolução na forma de atuação do ente maior, surgiram os chamados direitos de terceira dimensão, que começam com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas.

Conforme destaca Celso de Mello¹¹: “ enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

Atualmente autores chegam a mencionar os direitos de quarta, quinta dimensão, com grande aceitação entre a doutrina, ficando a missão de controlar às cortes constitucionais ou tribunais com essa função, como é o caso do Supremo Tribunal Federal.

Inegável, portanto, a grande importância de se traçar o panorama histórico da evolução do constitucionalismo, eis que evidente a forte influência sofrida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo imperiosa para a devida compreensão do tema que possamos passar ao estudo do exercício do controle de constitucionalidade

3. O CASO MARBURY CONTRA MADISON

¹¹ STF – Pleno – MS n 22.164/SP – Rel. Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p 39.206.

Historicamente, nos Estados Unidos da América do Norte, onde surgiu a idéia de Constituição, também pela primeira vez se teorizou de que caberia ao Judiciário a fiscalização da constituição.

Um controle de constitucionalidade das leis, por via de exceção, surge pela vez primeira por meio da decisão do caso “Marbury vs. Madison”, no qual o juiz Marshall sustentou a tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária¹². A decisão do juiz declarou, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser tido como nulo, inválido e ineficaz (“null and void and of no effect”).

O caso deu-se, resumidamente, da seguinte forma, segundo a narrativa e Woodrow Wilson¹³ e também de Carl Brent Swisher. Como revela Wilson, em 1800, o então presidente dos Estados Unidos, John Adams, do Partido Federalista, foi derrotado nas urnas por Thomas Jefferson, da oposição republicana. Antes de deixar o cargo, no início de março de 1801, o presidente Adams deu partida em um verdadeiro “trem da alegria”, nomeando seus correligionários para diversos cargos públicos, inclusive os vitalícios do Poder Judiciário, como foi o caso de seu Secretário de Estado, John Marshall para a Suprema Corte. Marshall, entretanto, permaneceu no cargo de secretário de estado até o último dia do mandato de Adams, tendo sido por este incumbido de distribuir os títulos de nomeação assinados pelo presidente a todos os indicados a cargos públicos. Marshall, contudo, não conseguiu desincumbir-se da tarefa a contento¹⁴.

¹² SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*, Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 10-14.

O Chief Justice Marshall indagou de si mesmo: Para que um juiz juraria desincumbir-se de seus deveres conforme a Constituição dos Estados Unidos, se aquela Constituição não formar regra para ser Governo? Se estiver muito acima dele, e não puder ser por ele inspecionada?”

Tendo respondido: “se for o real estado das coisas, este será o pior dos vexames solenes. Prescrever ou realizar esta profanação tornar-se igualmente um crime. Não é, também, inteiramente indigno de observação, que ao declarar qual Serpa a lei suprema do País, a própria Constituição seja primeiramente mencionada: e não as leis dos Estados Unidos, geralmente, mas aquelas apenas que foram feitas em obediência à Constituição, gozarão daquele respeito. Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada”.

¹³ WILSON, Woodrow. *Governo Constitucional dos Estados Unidos*(trad. Jacy Monteiro). São Paulo: Ibrasa, 1963.

¹⁴ WILSON, Woodrow. *Governo Constitucional dos Estados Unidos*, p. 48. O autor diz que o método da escolha do presidente fora-o a tornar-se líder partidário.

William Marbury fora nomeado Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito Columbia. Ele, entretanto, foi um dos que não receberam o título de nomeação assinado pelo presidente Adams. O novo presidente, Thomas Jefferson, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os títulos remanescentes do governo anterior. Entendia o presidente que a nomeação não estava completa, pois faltara a entrega da comissão, quando o ato se perfectibilizaria. Inconformado por não ter tomado posse, Marbury pediu a notificação de Madison para apresentar suas razões. Madison não respondeu e Marbury impetrou o *writ of mandamus* diretamente junto à Suprema Corte¹⁵.

Em vista da complexidade política do caso, a Suprema Corte não julgou o caso. Sua inércia causou indignação da imprensa, que influenciou a opinião pública. Em 1802, tanto na imprensa quanto no Congresso, a Suprema Corte foi violentamente atacada, aventando James Monroe, inclusive, a possibilidade de *impeachment* de seus juizes. A situação agravou-se quando o executivo expressou que uma decisão favorável a Marbury poderia ocasionar uma crise entre os poderes, insinuando que o executivo poderia não cumprir uma decisão do Judiciário. Para o Judiciário, por sua vez, indeferir simplesmente o pleito lhe traria um desgaste e um descrédito impensáveis, arranhando-lhe a posição de Poder independente.

Em 1803 era presidente da Suprema Corte o Juiz John Marshall, exatamente o secretário de estado do presidente Adams que não entregara a Marbury seu título de nomeação. Apesar da situação ético-jurídica muito grave, tendo ele interesse pessoal no caso, Marshall decidiu: reconheceu, quanto ao mérito, o direito de Marbury de tomar posse no cargo, mas não concedeu a ordem de que fosse cumprida a decisão em face de uma preliminar: julgou inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía à Suprema Corte competência originária para expedir de *mandamus*. Argumentou Marshall que a Constituição fixara a competência da Suprema Corte e somente ela poderia estendê-la, sendo inconstitucional qualquer lei ordinária que o fizesse.

¹⁵ SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*, Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 98.

"Reconheceu-se, assim, que a Corte poderia interferir nos textos legislativos contrários à Constituição, demonstrando que a interpretação das leis terá que ser *in harmony of the Constitution*¹⁶".

O modelo norte-americano foi aprimorado por outras decisões da Corte, mas a doutrina acabou ganhando espaço em outros Estados, que entenderam a importância de uma corte exercer a função de guardião do documento que organizava o Estado e trazia uma "declaração de direitos".

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Inicialmente é importante que controlar significa checar todas as espécies normativas primárias diante da Constituição, pois todas as normas deve estar de acordo com a chamada hierarquia normativa de Hans Kelsen, onde as normas encontram seu fundamento de validade na norma anterior até alcançar a Constituição¹⁷.

Entretanto, para que se chegasse a tal estágio, o constitucionalismo brasileiro passou por um processo evolutivo.

Pelo modelo da Constituição Imperial Brasileira de 1824, de influência francesa, a constitucionalidade só poderia ser avaliada, pelo mesmo poder que fez a lei, semelhante ao modelo britânico. Todavia, sob o regime republicano da Constituição de 1891, influenciada agora pelo modelo norte-americano, é que foi introduzido o controle difuso de constitucionalidade, passando os juízes e tribunais federais a processar e julgar:

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, p.105

¹⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, p. 117.

As causas do modelo eram que uma das partes devia fundar a ação ou a defesa do ato inconstitucional em disposição da Constituição Federal. Fica claro uma tendência de fazer uma adaptação do modelo norte-americano.

Todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, eram fundadas em disposições da Constituição Federal, leis e regulamentos do Poder Executivo ou em contratos celebrados com o mesmo Governo.¹⁸

Na vigência da Constituição Federal de 1934, segunda do período republicano, havia também controle de constitucionalidade. Admitia-se o recurso extraordinário, quando o questionamento sobre a vigência ou validade de Lei Federal em face da Constituição e a decisão do Tribunal local, negasse aplicação à lei impugnada; e quando se contestasse a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição Federal. Admitia a Constituição promulgada de 34, a intervenção federal nos Estados; atribuía ao Senado, competência para suspender a execução no todo ou em parte de qualquer lei ou ato, de liberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; estabelecia a necessidade da maioria absoluta dos juízes, no âmbito dos colegiados judiciários, para a decisão sobre inconstitucionalidade¹⁹.

O golpe perpetrado por Getúlio Vargas ocorreu com a outorga da Constituição Federal de 1937, que acabou com os direitos fundamentais e ainda restringiu as prerrogativas do Congresso e a autonomia do Poder Judiciário, já que em determinadas hipóteses o presidente da República poderia ir de encontro a este, fazendo valer as leis que o Poder Legislativo reputasse inconstitucional²⁰. Num caso concreto, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional um dispositivo do regulamento do Imposto de Renda, o chefe de governo, discricionariamente, arrogando-se atribuição que caberia ao Parlamento por 2/3 (dois terços) de seus membros para declarar a inconstitucionalidade, estabeleceu no parágrafo único do artigo 96 séria restrição, característica do regime vigente. A Constituição chamada de “Polaca” e elaborada por Francisco Campos deu plenos poderes ao Executivo e

¹⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, p. 532. “o controle difuso caracteriza-se, principalmente pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. (...) A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois objeto principal da ação.

¹⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, p. 125.

²⁰ ACQUAVIVA, Marcus Claudius. Teoria Geral do Estado, p. 88-89.

deixou pouco espaço para o Judiciário. O modelo constitucional manteve o controle difuso, mas por ser um governo totalitário, havia a grande influência do Executivo nas decisões do Judiciário²¹.

A Constituição Federal de 1946, que vigorou até 1967 admitia, com a Emenda Constitucional 16/65, o controle concreto e abstrato de constitucionalidade; o controle indireto através, do recurso do STF ou suscitação incidental das turmas; o alargamento do objeto de controle para abranger leis federais ou estaduais; a maioria absoluta, em qualquer hipótese, para a declaração de inconstitucionalidade.²²

Com o Golpe Militar, a situação jurídica sofreu mudanças, e houve uma nova constituição em 1967²³. A nova “Lei Maior” imposta pelo Golpe Militar admitia quanto ao controle de constitucionalidade, o controle difuso e também; o controle concreto, direto e abstrato. Nos tribunais estaduais, havia a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, mas resta ressaltar que até mesmo presidentes de tribunais, foram afastados. Foi o caso do desembargador Edgard de Moura Bittencourt²⁴, que presidia o Tribunal de Justiça e acabou sendo aposentado compulsoriamente e outros desembargadores que foram colocados em disponibilidade. O controle tinha a abrangência de lei federal e estadual e ainda previa que a Constituição Estadual regulasse a intervenção no município, mas sujeita à apreciação pelo Tribunal de Justiça sob a observância dos princípios da Constituição do Estado. Havia a previsão de medida liminar nas ações relativas à inconstitucionalidade, mas a utilização dos instrumentos deixou a desejar, devido ao modelo autoritário.

A Constituição de 1969, que para alguns não chega a ser uma constituição, mas apenas uma mudança na anterior, piorou a situação dos direitos fundamentais e também no tocante ao controle de constitucionalidade, que sofria influência dos militares.

²¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, p. 126.

²² Atribui-se desde então à nossa Suprema Corte competência para processar e julgar originariamente “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Bonavides, Paulo – *Curso de Direito Constitucional*, p. 298.

²³ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 71. O autor citar como uma constituição outorgada ou imposta.

²⁴ AMARAL, Sérgio Tibiriçá. O closed caption como direito fundamental de informação de terceira geração. Dissertação de Mestrado; ITE – Bauru, 2003, p.437.

Como se pode notar, os governos autoritários de Getúlio Vargas e também do Golpe Militar de 1964 não se preocuparam com controle de constitucionalidade de maneira efetiva, pois não respeitaram os direitos e garantias fundamentais. Juízes e até mesmo ministros do Supremo Tribunal acabaram sendo afastados, quando não se renderam aos dispositivos autoritários. Foram ainda criados tribunais militares, de exceção, que feriam o devido processo legal, a ampla defesa e o princípio do juiz natural. O controle somente foi reconhecido em casos de menor importância, pois o clima era de temor e apreensão com os militares que detinham o poder. Houve o predomínio total do Poder Executivo em detrimento do Judiciário, que restou atrofiado no período.

Na atualidade, o controle de constitucionalidade ocorre de duas maneiras. Dois parâmetros devem ser checados, sendo que o primeiro é o controle formal de constitucionalidade, ou seja, saber se as normas obedeceram ao processo legislativo previsto na Constituição. Uma Lei Complementar só pode ser aprovada por duas votações de maioria absoluta, sendo que se houver um erro numa das votações e não houver esse quórum, há um vício formal, que torna a lei inconstitucional. Uma Emenda Constitucional, por exemplo, que for rejeitada somente pode ser apresentada novamente na próxima sessão legislativa, ou seja, no próximo ano. Caso a emenda seja aproveitada no mesmo ano, há um erro de forma.

O segundo parâmetro é o conteúdo material, que estabelece que as espécies normativas primárias devem guardar compatibilidade com a “Lei Maior”. Portanto, uma lei que estabeleça a pena de morte em tempos de paz estará frontalmente atentando com a Constituição.

4.2. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade é oriundo da decisão estudada referente ao caso pioneiro dos Estados Unidos da América do Norte, podendo ser realizado por qualquer Juiz ou Tribunal do Poder Judiciário. A forma processual utilizada é a mais variada: ação ordinária, embargos à execução, mandado de

segurança, habeas corpus, enfim, qualquer dos meios processuais colocados à disposição do indivíduo²⁵.

Nessa espécie de controle de constitucionalidade, o interessado que requer a prestação jurisdicional, se defende da norma considerada inconstitucional, motivo pelo qual, o controle difuso é também chamado de via de exceção ou via de defesa²⁶.

O foro competente para discussão da medida é o ordinário, no entanto, qualquer Juiz ou Tribunal, diante do caso concreto, pode declarar a inconstitucionalidade da norma: Tribunal Militar, do Trabalho, Justiça Federal, TRT, e até mesmo o Supremo Tribunal Federal, observadas as regras de competência processual estabelecidas na Constituição.

A decisão do Poder Judiciário para o caso concreto será sempre *incidenter tantum*, ou seja, os efeitos da sentença concernem apenas às partes envolvidas no litígio. O juiz reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma e por via de consequência, julga o feito procedente ou improcedente, sendo que a questão de inconstitucionalidade antecede o mérito da questão.

O debate da inconstitucionalidade pela via de exceção pode chegar até o Supremo Tribunal Federal, desde que a parte interessada assim o faça, quer pela competência originária da corte, quer pela via recursal adequada.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, deve comunicar a decisão ao Senado, que, valendo-se da competência estabelecida no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, tem a faculdade de, por meio de resolução, suspender a execução da norma. Trata-se de ato de política legislativa. É ato de poder discricionário – *critério de conveniência e oportunidade* - regime interno do Supremo Tribunal Federal, elaborado em 1985, consoante o disposto no artigo 178; “declarada incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao senado federal, para efeitos do artigo 42, VII, da Constituição Federal”.

²⁵ MORAES, Alexandre. Direito constitucional, p. 641. “importante ressaltar que a via de defesa poderá ser utilizada, também, através das ações constitucionais do *habeas corpus*, e do mandado de segurança”.

²⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, p. 146.

Nos termos do artigo 52, X, da Magna Carta, por intermédio da espécie normativa “resolução”, o Senado pode suspender, em todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal instituto consiste em uma nova tendência da atualidade, trata-se da transcendência dos motivos determinantes da sentença em controle difuso, o qual vem sendo amplamente discutido, muito embora seja ainda uma perspectiva inovadora e incerta no Supremo²⁷.

Estender a sentença prolatada pelo Supremo, pertinente à inconstitucionalidade (não à prestação de fundo do pleito – caso concreto), para toda a sociedade (efeito *erga omnes*) parece ser o posicionamento mais moderno da doutrina, lembrando, entretanto, que os efeitos são sempre a partir de sua edição, ou seja, *ex nunc* (retro-eficaz).

Trata-se de via de exceção, ou seja, exige prestação jurisdicional concreta; *v.g.*, devolução de um tributo pago indevidamente, não-incidência de determinado tributo. A sentença é dividida em duas partes: o reconhecimento da inconstitucionalidade (*incidenter tantum*) e, como conseqüência, a procedência ou improcedência da ação²⁸.

Nesse sentido, o Senado suspenderá apenas a execução da norma impugnada (determinará que a norma fique sem execução), não podendo, como no caso do exemplo supracitado, ordenar que o tributo seja devolvido.

Acerca do tema, leciona Pedro Lenza: “Declarada inconstitucional a lei pelo STF, no controle difuso, desde que tal decisão seja definitiva, e deliberada pela maioria absoluta do pleno do Tribunal (art. 97 da CF/88), o art. 178 do Regimento Interno do STF (RISTF) estabelece que será feita a comunicação logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do artigo 52, X, da CF/88²⁹”

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, porém, entende, excepcionalmente, no sentido da dispensabilidade da aplicação do artigo 97 da Constituição Federal, desde que presente dois requisitos:

²⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, p. 149.

²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, p.306.

²⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, p. 150

- a) existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo plenário do Supremo Tribunal Federal;
- b) existência, no âmbito do tribunal “a quo”, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada.³⁰

4.3. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – HANS KELSEN

O modelo concentrado de constitucionalidade surgiu na Áustria. Conforme explica o italiano Mauro Cappelletti³¹, no sistema austríaco, diferentemente do sistema norte-americano da nulidade, “a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa (aufhwbr) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que seria contrária à “Lei Maior”.

Este instituto recebe tal nomenclatura por ser exercido por um único órgão, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Hans Kelsen, o criador do modelo de controle concentrado, com brilhantismo, salientou que “se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir essa questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico (...) se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único Tribunal este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos em que a lei se

³⁰ RE n.º 190.725, Rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão e STF – Agravo de Instrumento n.º 172.992-, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, p. 23.537, que, porém, ressalva sua posição contrária (RTJ 99/273)

³¹ Cappelletti, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado, p. 116.

refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito³².”

O objetivo de tal controle, em suma, é obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, sem a necessária ocorrência de um caso concreto, visando assim, a invalidação da norma inconstitucional. Busca-se dessa forma, garantir a segurança das relações jurídicas, eis que estas não podem ser baseadas em normas inconstitucionais³³.

Para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, que diferentemente do controle difuso, sempre possui efeito *erga omnes*, a Constituição Federal disponibiliza ações próprias, que devem ser ajuizadas diretamente no Supremo Tribunal Federal, sendo estas: ação direta de inconstitucionalidade – ADIN - (genérica, interventiva e por omissão), ação declaratória de constitucionalidade – ADECON – e arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – esta última trazida pela lei 9.882/99.

As ações do controle concentrado são:

- a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (art. 102, i “a”), que tem como campo material lei ou ato normativo federal ou estadual;
- b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, iii), que por sua vez, possui como campo de atuação lei estadual que viole os princípios “sensíveis” do artigo 84;
- c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, parágrafo 2.º), para o exercício do controle de constitucionalidade das normas de eficácia limitada do Princípio Programático;
- d) Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, i, “a”, in fine; ec n.º 03/93), que incide sobre lei ou ato normativo federal de relevante controvérsia jurisprudencial;
- e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, parágrafo 1º), que possui o campo material mais amplo: lei ou ato (não precisa ser normativo) que viole preceito fundamental, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988.

³² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p. 288/290

³³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 730.

Inicialmente, havia apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, além do citado controle difuso, que merece apreciação em separado. A partir da Emenda n.3, começa uma segunda ação, a declaratória de constitucionalidade, que ganhou inúmeras críticas devido a ausência do princípio do contraditório e ainda por criar o efeito vinculante. Posteriormente, fechando o controle concentrado, o ordenamento ganha a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que amplia o campo de abrangência, incluindo normas municipais e anteriores a Constituição de 1988.

Já em relação à viabilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, os requisitos são os seguintes, que estão expostos na legislação infraconstitucional e também na “Lei Maior”:

- a) existência de lei ou ato normativo dotado de generalidade e abstração;
- b) questionamento da compatibilidade da lei ou ato normativo com um dispositivo constitucional que lhe sirva de parâmetro;
- c) único foro competente: supremo tribunal federal³⁴;
- d) efeito “erga omnes”, portanto, para todos;
- f) meios processuais específicos para a fixação dos características acima: Adin (três tipos – genérica, interventiva e omissão – Adino), Adecon e ADPF;
- g) autores legitimados constantes no artigo 103, que passaram a ser os mesmos depois da emenda n.º (45 de 2004);

Importante ressaltar que o controle concentrado apresenta substanciais diferenças com relação ao difuso, via de defesa, no qual as pessoas podem buscar sair da incidência da norma inconstitucional.

³⁴ Araujo, Luiz Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 61.

5 CONCLUSÕES

Diante do exposto, pode-se observar, através de uma retrospectiva histórica, a evolução do controle constitucional, em especial, devido à grande influência exercida pelos modelos: norte-americano, francês e austríaco.

De se mencionar, em especial, o emblemático caso *Marbury vs Madison*, onde ao prolatar decisão decretando a nulidade de qualquer disposição legal contrária ao preceito constitucional, o juiz John Marshall, da Suprema Corte norte-americana, decidiu de forma inovadora, podendo ser considerado pioneiro, em termos do controle difuso de constitucionalidade. O modelo ganhou respaldo da doutrina e o Brasil acabou se apropriando da idéia de declarar a inconstitucionalidade nos casos concretos.

O controle difuso, via de exceção ou de defesa é aquele praticado por qualquer juízo ou tribunal, que ao reconhecer a inconstitucionalidade de lei, ou ato normativo dentro da prestação jurisdicional, de um caso concreto que lhe foi provocado, prolata uma decisão no caso concreto. Portanto, opera-se em regra, *inter partes*. Quando do seu exercício, a questão refere-se à constitucionalidade, ou não, apreciável antes de adentrado o mérito, pois é uma preliminar necessária saber se a norma está ou não de acordo com a “Lei Maior”. Tal controle excepciona o interessado dentro de toda a comunidade do cumprimento da regra, ou seja, retira a pessoa da incidência de uma norma inconstitucional.

O modelo surgiu nos Estados Unidos da América do Norte e ganhou no Brasil um destaque especial como um mecanismo de defesa para as pessoas comuns, uma vez que como visto, as ações do controle concentrado tem um rol de legitimados.

Dessa forma, destaca-se o papel do Poder Judiciário na compatibilização das normas infraconstitucionais à Magna Carta, bem como do Senado Federal, que dentro da sua discricionariedade, em sede de controle difuso de constitucionalidade, pode suspender a execução de todo ou em parte de uma lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, permitindo o alcance *erga omnes*.

Por outro lado, apresentou-se o controle concentrado de constitucionalidade, que limita a competência de apenas um Tribunal, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, que embora não seja só uma corte constitucional, como da Alemanha, cuida de fazer a função de guardião da “Magna Carta”. Só que a possibilidade de apreciação de inconstitucionalidades através de ações próprias só pode ser interposta por um grupo restrito de legitimados, sendo eu há neutros e universais e interessados especiais, sendo que estes últimos ainda precisam demonstrar pertinência temática, como o caso dos governadores dos Estados e do Distrito Federal.

Em suma, o controle de constitucionalidade em vigência no país, visa a análise, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja por demais juízos e tribunais, de todos os regramentos, as espécies normativas primárias previstas no artigo 59, que devem encontrar seu fundamento de validade na Constituição. São analisados os aspectos formais, de elaboração ou materiais, do conteúdo. Os dispositivos incompatíveis com a “Magna Carta”, que devem ser, de uma forma ou de outra, extirpados do ordenamento jurídico brasileiro, garantindo-se, assim, a eficácia da Constituição e a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudius. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O closed caption como direito fundamental de informação de terceira geração**. Dissertação de Mestrado; ITE – Bauru, 2003.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **A era dos deveres** <in> Revista Intertemas. Revista da Toledo. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**, 5. E 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001 E 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, 15. ed., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONAVIDES, Paulo, 10. ed., **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 7.a reimpressão, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4. ed.. Coimbra : Almedina, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Nelson Nery. **Curso de ciências políticas**, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIUM, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 19. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “**Fidelidade Partidária e Voto Distrital**” in **Temas Atuais** – Séria Política, n. 1, Sociedade Brasileira de Cultura, 1971.

-----**Estado de direito e constituição**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

-----**Curso de direito constitucional**, 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**, Rio de Janeiro: Forense, 1962.

WILSON, Woodrow. ***Governo Constitucional dos Estados Unidos***(trad. Jacy Monteiro). São Paulo: Ibrasa, 1963.