

REDEFINIÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO A PARTIR DE UM ESTUDO COMPARADO COM O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PORTUGUÊS

Maíra de Barros Domingues¹

Resumo: Este trabalho propõe a redefinição do sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro a partir de um estudo comparado com o sistema de controle concentrado português. Antes de demonstrar, porém, os pontos de convergência e divergência entre os sistemas implementados no Brasil e em Portugal, entendeu-se por bem demonstrar os fatores que alicerçaram a criação do controle concentrado. Com efeito, Hans Kelsen, precursor do sistema, encontrou um terreno propício à sua criação, tendo sofrido, sérias objeções. Contudo, a inovação prosperou e passou a ser adotada por diversos países no mundo, inclusive os países supracitados, considerando as suas peculiaridades locais. Dessa forma, percebeu-se que cada país é detentor de qualidades que podem servir como espelho de um para o outro.

Palavras-Chave: Controle Concentrado de Constitucionalidade. Brasil. Portugal. Peculiaridades locais

Abstract: This paper proposes a redefinition of the system concentrated control of constitutionality from a Brazilian study compared to the control system concentrated Portuguese. Before the show, however, the points of convergence and divergence between systems implemented in Brazil and Portugal, it

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA; Mestranda em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará – UFPA; Brasil.

was understood well by demonstrating the factors that underpinned the creation of concentrated control. Indeed, Hans Kelsen, the precursor system, found fertile ground for its creation and has suffered serious objections. However, innovation has thrived and has been adopted by many countries worldwide, including the countries mentioned above, considering their local peculiarities. Thus, it was realized that each country holds qualities that can serve as a mirror of each other.

Keywords: Control Concentrate Constitutionality. Brazil. Portugal. local peculiarities.

1 INTRODUÇÃO



controle de constitucionalidade de normas tem como escopo a verificação da compatibilidade de leis ou atos normativos com a Constituição, podendo ser sistematizado em dois distintos modelos: o sistema difuso e o sistema concentrado de constitucionalidade. O primeiro é realizado a partir de toda e qualquer ação, quando da análise de um caso concreto, em qualquer instância do Judiciário.

O controle concentrado de normas, objeto deste trabalho, é realizado por meio de ações próprias, as quais acionam o órgão de cúpula do Poder Judiciário – no Brasil coube essa função ao Supremo Tribunal Federal e em Portugal coube ao Tribunal Constitucional - para que estes solucionem os questionamentos acerca da constitucionalidade da norma em questão.

Com efeito, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade de normas foi idealizado por Hans Kelsen, tendo sido consagrado na Constituição Austríaca de 1920. Sua principal característica foi a instituição de um Tribunal Constitucional competente pela fiscalização da legitimidade constitucional das normas integrantes do ordenamento jurídico.

O austríaco se baseou em sua teoria hierárquica de normas, segundo a qual a Constituição é a norma hierarquicamente superior dentro de um ordenamento jurídico. Ademais, não se pode olvidar que sua engenharia sofreu forte influência do contexto histórico vigente à época, bem como duras objeções por parte de seus opositores.

Após caracterizar a origem do controle concentrado de normas proponho a redefinição do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro tendo como parâmetro o controle concentrado português. Para tanto, adotou-se como metodologia a realização do estudo comparado, tendo como subsídio o método comparativo o qual é, sem dúvidas, um instrumento de fundamental importância nos estudos de Direito Constitucional processual e substancial.

Dessa forma, serão expostos os pontos de convergência e divergência entre os sistemas concentrados de constitucionalidade brasileiro e português, demarcando a influência que um país exerce sobre o outro, salientando ainda aquilo que pode ser objeto de melhor estruturação no sistema brasileiro.

2 ORIGEM DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS

O modelo de controle concentrado de constitucionalidade de normas foi idealizado por Hans Kelsen, sendo consagrado na Constituição Austríaca de 1920, caracterizando-se, dentre outros fatores, pela instituição de um Tribunal Constitucional competente pela fiscalização da legitimidade constitucional das normas que integram o ordenamento jurídico.

Para justificar a necessidade desse mecanismo de controle de constitucionalidade, Kelsen estabeleceu uma estrutura hierárquica com base na qual estariam organizadas as normas jurídicas, apresentando, ainda, a Constituição como a norma hierarquicamente superior dentro de um ordenamento jurídico,

com pressuposto em um postulado da razão teórica.

Assim sendo, para o jurista austríaco, tanto as regras como os atos jurídicos estariam situados no mesmo grau hierárquico, sendo que ao se executar uma regra qualquer estar-se-ia, também, executando as regras superiores. Dessa forma, as “garantias da Constituição significam, portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis” (Kelsen, 2007, p. 250).

Vários foram os fatores que influenciaram e contribuíram para a criação e desenvolvimento de uma jurisdição constitucional, dentre os quais cabe mencionar o fato de que a Áustria, conforme remonta Moraes (2011, p. 34), até o início do século XX, apostava na supremacia absoluta do Parlamento, o que demonstra o porquê deste país não ter adotado o sistema difuso de constitucionalidade proposto pela, então, Constituição Norte-Americana de 1787, o qual resumia o exercício da jurisdição constitucional na atuação do Poder Judiciário.

Por outro lado, não se pode olvidar aquela que seria a razão mais forte para influenciar a consolidação da justiça constitucional que é o contexto histórico deflagrado no pós 2ª Guerra Mundial, quando a Europa acabara de vivenciar a experiência de governos totalitários – nazismo, na Alemanha e fascismo, na Itália.

Em referência ao contexto histórico europeu, afirma Mauro Cappelletti:

Em síntese, necessário naqueles países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da Suprema Corte norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito... Colocados diante desta exigência, os “países” da Constituição austríaca julgaram dever criar órgão judiciário adequado, um *Verfassungsgerichtshof*, isto é, uma especial Corte Constitucional (CAPPELLETTI, 1992, p. 83).

A construção de Hans Kelsen, como já se pode delinear, encontrou duas objeções. A primeira é que referida construção seria incompatível com a soberania do parlamento e a segunda seria decorrente do princípio da separação de poderes.

Como resposta a primeira objeção, Kelsen, após declarar que a soberania pertence a ordem estatal em si própria e não a um órgão individualmente considerado, esclareceu que é a Constituição que regula o processo legislativo, assim como são as leis que regulam o procedimento no âmbito dos tribunais e da administração, sendo que “a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação (...)” (KELSEN, 2007, p. 151). Por fim, arre-mata afirmando que:

(...) se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo. (KELSEN, 2007, 151).

No que se refere à segunda objeção, Kelsen rebate a afirmação de que a anulação de um ato legislativo por um órgão diferente daquele que o criou concretizaria uma violação a competência do poder legislativo, pois segundo ele, o tribunal constitucional ao anular uma lei está, de fato, estabelecendo uma norma geral, visto que “a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto ela própria uma função legislativa” (KELSEN, 2007, p. 152).

Dessa forma, a Corte Constitucional, mesmo organizada em forma de tribunal, não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional. Isto porque a diferença entre a função jurisdicional e a função legislativa, consiste no fato de que esta cria normas gerais enquanto aquela se incumbe, tão somente, da criação de normas individuais. Ocorre que a anulação de uma

lei implica em estabelecer uma norma geral, o que acabaria incidindo na chamada “elaboração com sinal negativo”.

Entretanto, demonstra a diferença entre a elaboração e a anulação das leis, já que a “livre criação” encontrada na primeira, não é marca característica da segunda, dado que “enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento (...), a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição”. (KELSEN, 2007, p. 153).

Após idealizar e expor toda sua “engenharia institucional”, Hans Kelsen faz questão de mencionar que: “não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis. A organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada uma delas”. (KELSEN, 2007, p.153).

3 REDEFINIÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO A PARTIR DE UM ESTUDO COMPARADO COM O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PORTUGUÊS

Conforme afirmou Cappelletti (1999), a importância do Direito Comparado, antes, o método comparativo, tanto nos estudos de Direito Constitucional processual, quanto substancial, emerge, dentre outros fatores da existência de:

um campo, no qual hoje mais que a sensibilidade, e a cultura, e a realidade mesma dos homens foram e vão rapidamente se internacionalizando, este é, certamente, o campo das normas e dos institutos, dos valores e dos princípios, de caráter constitucional. (CAPPELLETTI, 1999, p.13).

Dado esse contexto de enlace dos diferentes institutos jurídicos existentes nos países do mundo, propõe-se comparar o controle concentrado de normas brasileiro com o controle concentrado de normas português para, ao final, ensaiar algumas audaciosas mudanças que poderiam ser implementadas no or-

denamento jurídico brasileiro visando ao aprimoramento de suas instituições.

A priori, cumpre ressaltar que, Brasil e Portugal adotam o sistema misto de constitucionalidade, o qual compreende o controle difuso e o concentrado. Disso se infere a complexidade que caracteriza o controle de constitucionalidade nesses países. Porém, ressalte-se que o foco deste trabalho é o controle concentrado de normas, conforme passaremos a analisar.

3.1 PARÂMETRO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade caracteriza-se pela função precípua de manutenção da supremacia constitucional. Tendo em vista o reconhecimento de que a Constituição é o documento político supremo, sendo a expressão máxima da normatividade do ordenamento jurídico, Brasil e Portugal convergem quanto ao parâmetro do controle de constitucionalidade vigente em seus territórios.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 e a Constituição Portuguesa de 1976, bem como os princípios implícitos e explícitos nelas consagrados, servem de parâmetro do controle de constitucionalidade para Brasil e Portugal, respectivamente.

3.2 OBJETO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O constituinte português de 1976 consagrou as normas jurídicas como objeto do controle concentrado em Portugal, o que implica dizer que os atos praticados pelos poderes públicos não poderiam ter sua constitucionalidade suscitada perante o Tribunal Constitucional, uma vez que não se enquadravam no conceito restrito delimitado pela Carta Portuguesa.

Com subsídio no entendimento exposto, os atos políticos e administrativos quedaron-se excluídos do processo de verificação de constitucionalidade, uma vez que somente estão sujeitos a análise de responsabilidade política e a verificação de legalidade exercida pelos Tribunais Administrativos, respectivamente.

Com esse entendimento, subsume-se que o Tribunal Constitucional somente está atrelado a verificação de constitucionalidade quando se tratar de normas jurídicas, não havendo que se falar em controle de constitucionalidade de atos emanados pela administração pública, ainda quando estes tenham o condão de impor regras aos administrados.

Ademais, o acórdão nº 26/85 estabeleceu que, em que pese a existência de um ato materialmente administrativo, se ele estiver sob a forma da lei, poderá ter sua constitucionalidade questionada perante o Tribunal Constitucional.

Em contrapartida, conforme verificado quando da análise do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, seu objeto mostra-se mais amplo, uma vez que recai sobre leis e atos normativos que não se coadunam com as regras e princípios exarados na Constituição ou, ainda, recai na resolução de eventuais conflitos relacionados com a aplicação da norma.

Assim, o conceito de lei incide sobre todas as espécies normativas dispostas no artigo 59 da Carta Constitucional brasileira de 1988 - emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, bem como decretos e resoluções – as quais podem ser objeto do controle de constitucionalidade, tendo em vista que são atos normativos primários.

Já o conceito de ato normativo engloba normas de caráter vinculante que podem, inclusive, ser emanadas de autoridades não integrantes do Poder Legislativo, sendo caracterizadas pelo conteúdo, os quais vinculam toda a sociedade, dado o caráter geral e abstrato que possuem.

Dessa forma, infere-se que os atos administrativos, desde que possuam caráter abstrato, vinculante e retirem seu fundamento de validade diretamente da Constituição podem ser objeto do controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido resta consolidado o entendimento do Pretório Excelso:

Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Item 2 - no que se refere a créditos provenientes do Estado do Amazonas e Anexo II, item 1.1, do Comunicado CAT36, da Coordenadoria da Administração Tributária do Estado de São Paulo.

2. O Comunicado CAT-36/2004, da Coordenadoria de Administração Tributária do Estado de São Paulo, constitui mero ato administrativo desprovido de normatividade, isto é, não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à fiscalização abstrata de sua constitucionalidade, conforme a consolidada jurisprudência desta Corte.

3. Agravo regimental desprovido. (ADI 3350 SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 28.08.2008).

Verifica-se assim uma clara dissidência entre o estabelecido nos ordenamentos português e brasileiro no que se refere aos atos administrativos como objeto do controle de constitucionalidade. Isso porque enquanto o constituinte português os excluiu da verificação de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, o constituinte brasileiro os abrangeu exigindo apenas que tenham o caráter abstrato, geral e vinculem a sociedade como um todo.

Não se pode olvidar, contudo, que ao permitir que atos administrativos sejam objeto do controle de constitucionalidade e tenham, portanto, a possibilidade de, reconhecida a incompatibilidade com o texto constitucional, serem devidamente retirados do ordenamento jurídico, estar-se-á permitindo e incentivando a denominada judicialização da política.

Em suma, o fenômeno da judicialização da política retrata mecanismos que incentivam e facilitam que decisões eminentemente políticas sejam decididas pelo Poder Judiciário, o qual decide com clara ênfase jurídica, ao invés de se concentrar no âmbito de atuação do Legislativo e Executivo, espaços estes

tradicionalmente consagrados como de deliberações de assuntos políticos.

Assim, questiona-se se a verificação de constitucionalidade dos atos administrativos não deveria ficar restrita a esfera administrativa, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação de poderes. Contudo, em que pese o questionamento aqui desenvolvido, a análise que ora se impõe poderá ser realizada em outra oportunidade, tendo em vista a não desvirtuação do foco que ostenta o presente trabalho.

Ainda no que concerne ao objeto do controle concentrado de constitucionalidade merece destaque a análise das normas pré-constitucionais, ou seja, aquelas normas anteriores a Constituição vigente.

Conforme já exposto, o ordenamento constitucional português permite que normas anteriores a Constituição Federal, bem como aquelas já revogadas, caducas ou suspensas tenham sua constitucionalidade analisada pelo Tribunal Constitucional.

No Brasil, por sua vez, não há a possibilidade das normas pré-constitucionais terem sua constitucionalidade questionada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mas tão somente sua receptividade frente às normas vigentes.

Dessa forma, não se pode questionar a constitucionalidade das normas pré-constitucionais em face da Constituição vigente, mas tão somente verificar se elas foram ou não recepcionadas pelo atual ordenamento jurídico. Nesse sentido, aplicamos a teoria da recepção, segundo a qual a norma pré-constitucional, quando contrária materialmente à nova Constituição, não será recepcionada por esta, ou seja, será revogada pelo novo ordenamento jurídico nascente.

O instrumento adequado para se questionar a recepção da norma pelo atual ordenamento jurídico é a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Esta é uma das ações específicas do controle concentrado brasileiro a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Repise-se que seu objeto

é a recepção ou revogação da norma, não havendo que se falar em constitucionalidade ou inconstitucionalidade da mesma.

Quanto ao tema, andou bem o constituinte brasileiro quando comparado ao constituinte português, uma vez que consagrou uma ação voltada a questionar a receptividade da norma e não a sua constitucionalidade. Tal premissa torna-se veemente quando se analisa os fundamentos que permeiam tal posicionamento.

Com efeito, esse entendimento recai sob a premissa de que não se pode questionar a constitucionalidade de uma norma se o parâmetro de constitucionalidade difere daquele que serviu de fundamento para a sua edição. Por isso não há que se falar em inconstitucionalidade, mas tão somente em recepção ou revogação da norma editada sob a égide da Constituição passada.

3.3 MANIFESTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade recai, tanto no Brasil, quanto em Portugal sob os enfoques formal, material ou ainda em relação a ambos.

Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade pode ser referente ao conteúdo expresso na norma questionada, o qual não se coaduna com os preceitos contidos no texto constitucional, bem como pode ser referente ao processo legislativo ao qual perpassou a norma até que fosse promulgada, a exemplo de um projeto de lei não proposto pela autoridade constitucionalmente competente para tanto ou ainda promulgado por autoridade incompetente. Assim, diz-se que no primeiro caso estamos diante de uma inconstitucionalidade material, enquanto no segundo caso, temos estamos diante da denominada inconstitucionalidade formal.

Nada obsta, ainda, que sejam reconhecidas tanto a inconstitucionalidade material quanto a formal em relação a uma

mesma norma.

Nesse contexto, ressalte-se a título de curiosidade, que vários países no mundo que adotam o controle concentrado reconhecem a existência desses três tipos de inconstitucionalidade.

Da mesma forma, como era de se esperar, Brasil e Portugal reconhecem a inconstitucionalidade total e parcial da norma, sendo tais modalidades caracterizadas nos exatos termos em que estudadas anteriormente quando da análise das manifestações de inconstitucionalidade nos países supramencionados.

Quanto à possibilidade de utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição verifica-se que, com acerto, tanto a jurisprudência brasileira, quanto a portuguesa consagraram seu uso. Logo, constata-se que o objetivo da aplicação da referida técnica é o de preservar a norma e evitar as lacunas no ordenamento jurídico. Importante ressaltar que a utilização da interpretação conforme a Constituição tem guarida quando diante de uma norma polissêmica, ou seja, uma norma que congregue diferentes significados.

Assim, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal Constitucional português podem escolher o sentido que atende aos ditames exigidos pela Constituição dos seus países, tendo como objetivo maior a manutenção da norma no ordenamento jurídico.

Por fim, ressalte-se que a jurisprudência portuguesa reconhece a inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa e a inconstitucionalidade parcial qualitativa da norma. A primeira ocorre quando o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade de apenas uma parte da disposição de um período ou frase do texto formulador da norma, enquanto que a segunda recai sobre certo segmento ou secção ideal da norma questionada.

No Brasil, a regra que mais se assemelha a esta exposta

acima, diz respeito a declaração de inconstitucionalidade parcial, a qual segundo o Supremo Tribunal Federal, não se restringe ao texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea.

3.4 COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade de normas em Portugal é realizado por um Tribunal Constitucional, o qual apresenta a função de verificar a compatibilidade das normas vigentes com a Constituição, nos moldes propostos por Kelsen.

O Tribunal Constitucional português é composto por 13 juízes, sendo que 10 são designados pela Assembléia da República e três são cooptados por estes. Ressalte-se que nesta composição estão compreendidos seis magistrados e sete professores universitários. Cada magistrado possui um mandato de nove anos, sendo vedada a renovação.

Os juízes que compõem o Tribunal Constitucional gozam de garantias tais como a independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade por suas decisões. Da mesma forma, referidos juízes apresentam as mesmas incompatibilidades que os demais magistrados como, por exemplo, não podem desempenhar qualquer função pública ou privada, salvo o magistério e a pesquisa científica jurídica, tampouco podem exercer atividade político-partidária.

Quanto ao processo de verificação de inconstitucionalidade já vimos que este é objetivo, uma vez que não possui partes, nem interesses subjetivos a serem tutelados.

O Brasil, por sua vez, apresenta grandes divergências quanto à estruturação da competência para a realização do controle de constitucionalidade se comparado a Portugal, a começar pela inexistência de um Tribunal Constitucional brasileiro.

Com efeito, o constituinte brasileiro de 1988 outorgou ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de guardião da

Constituição, cabendo a ele o julgamento das ações do controle concentrado de normas, bem como atuar como última instância recursal, dado sua posição de cúpula do Judiciário brasileiro.

Assim, não se pode afirmar que o Supremo Tribunal Federal seria o Tribunal Constitucional brasileiro, visto que além da função de verificar a constitucionalidade das normas, ele congrega outras funções que o constituinte lhe destinou, o que, ressalte-se não ocorre com aquele.

Outra distinção visível quanto ao tema, diz respeito a composição do Supremo Tribunal Federal. Conforme exarado no artigo 101 da CRFB/88, o referido órgão é composto de onze ministros, os quais são escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Devem ainda ser nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal.

Nesse ínterim, importante destacar que, ao contrário do Tribunal Constitucional português o qual apresenta 7 professores universitários em sua composição, demonstrando a preocupação do constituinte com a valorização do saber jurídico e a promoção da profissão, o Supremo Tribunal Federal apresenta uma composição essencialmente política, pois em que pese a exigência de notável saber jurídico, há a necessidade da nomeação pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal.

Assim, inevitavelmente, os ministros nomeados para ocuparem as vagas no Supremo guardam algum tipo de vínculo com o chefe do executivo, bem como com a maioria parlamentar, o que nem sempre reflete a imparcialidade no processo de escolha dos mesmos.

Corroborando a referida tese a inexistência de mandatos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, enquanto cada juiz que compõe o Tribunal Constitucional português exerce o cargo por um período de 9 anos, sem possibilidade de renova-

ção, não há a previsão de tempo para o exercício da função de ministro do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

Dessa forma, o exercício do cargo de ministro do Supremo não possui mandato fixo, uma vez que o limite máximo é a aposentadoria compulsória, quando se atinge os setenta anos de idade.

Em que pese as divergências expostas acima, há de serem ressaltadas também as semelhanças entre o Tribunal Constitucional português e o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, o constituinte de ambos os países conferiram garantias aos seus membros, bem como estabeleceram vedações aos mesmos.

Assim, tal qual em Portugal, os ministros do Supremo também possuem garantias como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio, nos termos do disposto no artigo 95 da CRFB/88. Da mesma forma, em suma, lhes é vedado: exercer outro cargo ou função, salvo a de magistério; receber custas ou participação em processo; dedicar-se a atividade político-partidária; receber auxílio ou contribuições de pessoas físicas, exceto aquelas previstas em lei e; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos da sua aposentadoria.

Por fim, cumpre lembrar que o processo de verificação de constitucionalidade de normas no Brasil é definido legalmente como sendo objetivo, sem partes e sem interesses subjetivos contrapostos, tal qual em Portugal.

3.5 LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO BRASILEIRO

Por ser um processo objetivo, tanto o constituinte brasileiro quanto o português vincularam o poder de iniciativa do processo de verificação de constitucionalidade aos denominados legitimados ativos.

Dessa forma, o constituinte português estabeleceu que o

poder de iniciativa compete ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia da República, ao Primeiro-Ministro, ao Provedor de Justiça, ao Procurador-Geral da República e a um décimo dos Deputados da Assembleia Geral.

A jurisprudência lusitana exige ainda a comprovação da pertinência temática aos denominados legitimados ativos especiais. Assim sendo, cumpre relembrar que se entende por pertinência temática a caracterização do interesse de agir, ou seja, a relação entre o objeto da ação que se pretende ajuizar com o objetivo estatutário do referido legitimado.

Da mesma forma, o constituinte brasileiro de 1988 ampliou o rol de legitimados ativos ao controle concentrado de normas. Com efeito, as Constituições pretéritas outorgavam essa prerrogativa apenas ao Procurador-Geral da República, o que gerava um amplo debate acerca da legitimidade exclusiva do mesmo, haja vista a possibilidade de utilização de critérios subjetivos e políticos para o ajuizamento das ações.

Contudo, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passaram a ser legitimados ativos ao exercício do controle concentrado: o presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Mesa de uma Assembleia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na mesma esteira da jurisprudência lusitana, a jurisprudência brasileira reconhece a necessidade de comprovação da pertinência temática dos denominados legitimados ativos especiais. Para tanto, entendeu-se como tais o Governador de Estado, as mesas das Assembleias Legislativas e as Confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Quanto as Confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, a verificação da pertinência temática per-

passa por dois critérios: o alcance da norma impugnada e a atuação dos legitimados. Há, portanto, que se demonstrar que a norma impugnada alcança diretamente os interesses daquele que ajuizou a respectiva ação do controle concentrado.

Como se percebe, em linhas gerais, os ordenamentos jurídicos luso-brasileiro convergiram quanto a necessidade de se estabelecer um rol de legitimados aptos a ajuizarem as ações do controle concentrado. Assim, em que pese a divergência quanto aos órgãos ou grupos legitimados, verifica-se a congruência na constitucionalização de mais de cinco legitimados aptos a exercer tal prerrogativa, o que inevitavelmente corrobora o objetivo maior do controle de constitucionalidade que é a invalidação de normas contrárias aos preceitos constitucionais.

3.6 PROCEDIMENTO DO CONTROLE CONCENTRADO CONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico português consagra o controle concentrado preventivo e o posterior.

O controle concentrado preventivo é realizado antes da promulgação da norma objeto de verificação de constitucionalidade tendo, portanto, como objetivo impedir que uma norma inconstitucional entre em vigor.

Dessa forma, ao suscitar a inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, o Presidente deste deverá notificar o órgão do qual emanou a norma para que, caso queira, se pronuncie no prazo de três dias. Após este prazo, o Tribunal possui vinte e cinco dias para se pronunciar sobre a constitucionalidade.

No Brasil, por sua vez, o controle preventivo é realizado durante o processo legislativo e tem como meta impedir que um projeto de lei seja revestido em lei eivada de inconstitucionalidade.

Podem realizar referido controle os três poderes estatais:

o Executivo, por meio do veto jurídico, o Judiciário quando da impetração de mandado de segurança por parlamentar, sob a alegação de violação ao devido processo legislativo previsto na Constituição e, predominantemente pelo Legislativo, quando do processo deliberativo nas casas legislativas, bem como por meio do parecer prévio emitido pela Comissão de Constituição e Justiça o qual analisa a constitucionalidade da proposição legislativa.

Assim sendo, tanto o Brasil como Portugal realizam o controle preventivo de constitucionalidade. Porém, para este, tal sistema de controle de constitucionalidade é parte integrante do sistema concentrado, enquanto que no Brasil se trata de uma nova modalidade de controle, não tendo sido, portanto, objeto desse estudo.

O controle posterior de constitucionalidade, por sua vez, também foi reconhecido pelo constituinte português. Aliás, é essa a modalidade que foi exaustivamente retratada nesse estudo. Assim, quando um dos legitimados processuais ativos aciona o Tribunal Constitucional e este admite o pedido formulado, deve em ato contínuo, notificar a autoridade que formulou a norma impugnada para que esta, querendo, se pronuncie no prazo de trinta dias.

Ademais, tem-se que, uma vez ajuizada a ação não cabe desistência do pedido, haja vista que a mesma versa sobre interesses de cunho objetivo. Da mesma forma, não há a possibilidade da adoção de medidas cautelares no processo de verificação de constitucionalidade posterior.

Na mesma linha consagrada no ordenamento jurídico português está o ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, o controle posterior é aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das ações do controle concentrado de normas, as quais questionam a norma em abstrato.

Assim, da mesma forma que ocorre em Portugal, uma vez distribuída a ação, caberá ao relator do processo pedir in-

formações a autoridade da qual emanou a norma impugnada, a qual deverá prestá-la no prazo de trinta dias contados da data do recebimento do pedido.

Após o prazo para as informações, verifica-se uma peculiaridade no caso brasileiro no que se refere a Portugal consistente na oitiva do Advogado Geral da União e do Procurador-Geral da República a ser realizada no prazo sucessivo de quinze dias, para só então serem devidamente julgadas pelo Supremo.

Outra divergência encontrada diz respeito à possibilidade da concessão da medida cautelar por maioria absoluta dos membros do STF. Conforme visto acima, não há essa possibilidade em Portugal.

Outrossim, não cabe a interposição de recurso contra as decisões proferidas em sede de controle concentrado, tampouco o ajuizamento de ação rescisória. Por outro lado, é possível o ajuizamento de embargos de declaração desde que presentes os requisitos para tanto.

Nesse sentido, importante destacar a impossibilidade de intervenção de terceiros no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Todavia, é admitida a participação dos *amicus curiae* que funcionam como terceiros interessados, não podendo, portanto executar atos privativos das partes.

No mais, com base no mesmo fundamento em que se pautou o constituinte português, não há a possibilidade de desistência das ações do controle concentrado brasileiro.

Ainda no que se refere ao procedimento do controle de constitucionalidade cabe mencionar a preocupação do constituinte português e do brasileiro no que se refere a inconstitucionalidade por omissão.

Conforme já exposto alhures, o constituinte brasileiro de 1988 se baseou no instituto português de contenção das omissões inconstitucionais consagrado na Carta Lusitana de 1976 para introduzir a ação direta de inconstitucionalidade por omis-

são no ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, com base nos mesmos fundamentos, é possível se questionar a omissão legislativa.

Referido instituto implica no reconhecimento da ausência de regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada. Porém, importante destacar, mais uma vez, que o ajuizamento da ação de inconstitucionalidade por omissão possibilita, tão somente, o reconhecimento da omissão legislativa, não possuindo o condão de obrigar o órgão competente para legislar que assim o faça.

Por outro lado, ressalte-se que não há previsão no ordenamento jurídico português do mandado de injunção, motivo pelo qual se constata que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ainda apresenta melhor solução naquilo que diz respeito à contenção da omissão inconstitucional.

Por fim, para findar este tópico cabe ressaltar uma característica comum aos países que adotam o sistema de controle concentrado de normas segundo a qual o Tribunal Constitucional não está adstrito a causa de pedir, mas tão somente ao pedido. Assim, ao verificar a constitucionalidade de uma norma, tanto o Tribunal Constitucional português, quanto o Supremo Tribunal Federal podem fundamentar sua decisão em outro dispositivo constitucional que não seja aquele objeto de impugnação no requerimento sob apreciação.

3.7 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no ordenamento jurídico português, a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado gera efeitos *erga omnes*, ou seja, atingem a todos indistintamente.

Da mesma forma, em regra geral, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional português e pelo Supremo Tribu-

nal Federal irradiam efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagem no tempo para atingir as condutas praticadas ainda sob a égide da norma declarada inconstitucional.

Nesse contexto, impende destacar uma peculiaridade estabelecida pelo constituinte português de 1976, a qual não foi reproduzida pelo constituinte brasileiro. Com efeito, verifica-se que, em regra geral, os casos já julgados com base na lei declarada inconstitucional permanecem válidos. Contudo, ousou o constituinte português ao estabelecer uma exceção à regra, concernente na possibilidade de atribuição de efeitos retroativos as decisões proferidas em sede do controle concentrado desde que estas sejam atinentes a ilícito penal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social.

Assim, em nome do princípio da norma mais favorável, é possível ocorrer a retroatividade de decisões transitadas em julgado se estas gerarem um regime mais favorável àqueles condenados por ilícito penal, disciplinar ou contraordenacional.

Outra peculiaridade no que concerne aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de normas encontrada no ordenamento português se refere a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente. Esta ocorre quando uma norma constitucional estabelece diretrizes constantes em regras ou princípios que contrariam leis anteriores.

Em que pese seu reconhecimento no ordenamento português, ressalte-se que a inconstitucionalidade superveniente, não é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE SÃO LUIZ GONZAGA. PROGRESSIVIDADE DO IPTU. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

O sistema brasileiro não admite a constitucionalidade superveniente de lei por alteração do *texto constitucional*, razão pela qual não pode ser cobrado IPTU progressivo sem a edição de nova lei, mesmo após a Emenda Constitucional n.29/00. Precedente do Plenário deste Tribunal, reconhecendo a inconstitucionalidade da progressividade das alíquotas previstas em leis municipais anteriores à edição da Emenda

Constitucional n.º 29/00. Violação aos artigos 156, § 1º, I, 145, § 1º, e 150, II, da Constituição de 1988. (AC 70047931571 RS, Rel. Denise Oliveira Cezar, DJ 04/04/2012).

O constituinte português de 1976 e o constituinte brasileiro de 1988 convergiram ao consagrar a denominada repositivação de normas. Por esta entende-se a reinserção no ordenamento jurídico de norma já revogada pela norma declarada inconstitucional.

Assim sendo, não há a necessidade de o Tribunal Constitucional português especificar expressamente a ocorrência desse efeito, uma vez que ele é automático. Da mesma forma que quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma norma restauram-se automaticamente os efeitos da norma anterior a ela.

Quanto ao caso brasileiro, ressalte-se apenas a possibilidade do Supremo Tribunal Federal se manifestar em sentido contrário ao efeito repositivo, devendo, para tanto, demonstrar sua posição de maneira expressa.

Conforme visto no capítulo antecedente, as sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional português possuem força de caso julgado formal e material, bem como a decisão que declara a inconstitucionalidade da norma possui força obrigatória geral.

Assim sendo, a declaração proferida quando da verificação de constitucionalidade da norma em Portugal vincula todos os órgãos constitucionais, administrativos e judiciais, bem como irradiam normatividade para todas as pessoas afetadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional.

Disso se infere que o legislador português não pode reeditar uma norma já declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, além de que referido tribunal também se torna vinculado às suas próprias decisões, tendo de decidir todos os recursos ali pendentes de acordo com essa declaração.

O constituinte brasileiro de 1988 também consagrou no texto constitucional o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que esse efeito, ao contrário do que ocorre em Portugal, somente se aplica aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Não recai, portanto, sobre o Poder Legislativo.

A partir dessa disposição, pode-se concluir que o Poder Legislativo encontra-se livre para legislar sem que tenha que observar as decisões proferidas pelo Supremo, de forma que poderá, inclusive, vir a editar nova norma com igual teor daquela declarada inconstitucional.

Ademais, ressalte-se ainda que nada impede que o Supremo Tribunal Federal mude seu entendimento em outro julgamento que contenha o mesmo teor, haja vista que não está vinculado às decisões por ele anteriormente prolatadas.

Por fim, importante frisar a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões prolatadas em sede de controle concentrado de normas. Assim, verifica-se que tanto o constituinte português como o constituinte brasileiro possibilitou que tais efeitos fossem relativizados.

No caso de Portugal, a modulação dos efeitos oriundos da declaração de inconstitucionalidade da norma está restrito a fiscalização abstrata sucessiva e ocorre em nome dos princípios da segurança jurídica, da equidade ou do interesse público relevante.

No Brasil, por sua vez, a modulação dos efeitos está vinculado a dois requisitos: a decisão de dois terços dos ministros do STF e a presença de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Assim, desde que cumpridos os requisitos, os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado de normas podem ser flexibilizados, relativizando-se assim todas as regras pertinentes aos efeitos de tal declara-

ção, tanto no Brasil como em Portugal.

Mediante tudo o exposto neste trabalho, fácil perceber o alto grau de conexão existente entre os sistemas de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro e o português. Em que pese as distinções traçadas entre eles, são visíveis os limites de congruência que se estabelecem entre ambos.

Assim, inevitavelmente retoma-se a premissa suscitada por Hans Kelsen quando da criação do controle concentrado de normas: “não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis. A organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada uma delas”. (2007, p.153).

É, portanto, seguindo o conselho de Kelsen, “pai” deste mecanismo de verificação de constitucionalidade que se visualiza os pontos de convergência e divergência entre a caracterização de um mesmo sistema de controle de constitucionalidade só que em países distintos.

Ademais, importante salientar a constante necessidade que os ordenamentos jurídicos possuem de se adaptarem às novas situações que surgem na sociedade, haja vista que o direito não é estático. Nesse sentido, preleciona Enterría:

las Constituciones no son reglas abstractas e descarnadas, sino derecho vivo, incardiando en la sangre, en las creencias y en los intereses del pueblo, instrumentos por ellos vivientes e evolutivos. (ENTERRÍA, 2006, p. 203).²

No mesmo sentido, Hesse afirma:

Se o direito, e sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições

² Tradução livre: As Constituições não são regras abstratas e mortas, mas sim direito vivo, inserido no sangue, nas crenças e nos interesses do povo, instrumentos por eles viventes e evolutivos.

reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudança na interpretação da Constituição. (HESSE, 1991, p. 22).

Dessa forma, não há outra conclusão a se fazer, senão a de reconhecer os pontos de convergência e divergência existentes no controle concentrado de constitucionalidade de Brasil e Portugal como fundamentais e necessários para a melhor conformação desses sistemas nos seus respectivos países. Caso contrário, se as estruturas existentes fossem completamente idênticas ou completamente diferentes, certamente algo de errado haveria, uma vez que não se poderia falar de adaptação às particularidades de cada ordenamento constitucional conforme proposto por Kelsen.

4 CONCLUSÃO

De início, pudemos verificar a importância e atualidade da teoria elaborada por Hans Kelsen, uma vez que, tal como proposto por ele, os diversos países do mundo reconhecem a Constituição como a norma suprema de seus respectivos ordenamentos jurídicos, adotando, por conseguinte o mecanismo de controle de constitucionalidade como instrumento de manutenção da coerência entre as normas vigentes.

Optamos, nesse trabalho, pela análise do sistema concentrado de constitucionalidade de normas em detrimento ao controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista sua maior complexidade diante da proposta de realização do estudo comparado.

Dessa forma, apesar da distância geográfica, da diferença cultural e do desenvolvimento histórico que Brasil e Portugal possuem, constatamos que as Constituições desses países apresentam a mesma base estrutural, porém com peculiaridades divergentes, o que reforça a sugestão de Kelsen segundo o qual a organização da jurisdição constitucional deve ser adaptada às

particularidades de cada país.

Nesse sentido, verificamos que Brasil e Portugal adotam mecanismos similares de organização das suas respectivas jurisdições constitucionais, a exemplo da adoção do sistema misto de constitucionalidade, bem como da contenção às omissões inconstitucionais.

Por outro lado, verificamos que enquanto o constituinte português consagrou a existência de um Tribunal Constitucional encarregado de verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição, o constituinte brasileiro outorgou ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, a função de realizar tanto o controle concentrado de normas, quanto servir de última instância recursal.

Ademais, não se pode olvidar a importância do estudo comparado como instrumento de melhor constatação da forma como as instituições jurídicas estão organizadas em diferentes países, inclusive Brasil e Portugal, pois a partir da utilização desse método, o entendimento das particularidades que definem cada sistema tornou-se mais perceptíveis aos olhos do leitor, ressaltando as diferenças e semelhanças entre eles.

Por fim, não poder-se-ia deixar de ressaltar aquela que talvez seja a principal conclusão abstraída deste trabalho: a noção de que um país pode e deve aprender com o outro. Assim, ao propor a redefinição do sistema concentrado de constitucionalidade brasileiro a partir de um estudo comparado com Portugal, buscamos ressaltar, sobretudo, a possibilidade de adaptação das instituições brasileiras com as portuguesas, de forma a suscitar o que de melhor pode ser subtraída de uma para outra.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 abr. 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa (1976)*. 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituiacaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 18 abr. 2012.