

A formação do Controle de Constitucionalidade brasileiro e sua incidência para proteção aos Direitos Fundamentais

Anna Júlia Camargos Pennisi¹

Rosário Rogério Pennisi Filho

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, direito constitucional, história do direito, direitos fundamentais, jurisdição, ação declaratória de constitucionalidade, RE 494601

Introdução

Em países de Direito legislado há uma produção de normas em ritmo cada vez mais acelerado, para atender as demandas crescentes da população que está submetida a ele. Mas em torno de qual documento essas normas podem ser formuladas? Quais os limites a elas? No Estado Constitucional de Direito, as normas ordinárias são subservientes às normas constitucionais.

Este limite advém do conceito de coerência do Ordenamento Jurídico, proveniente da Teoria do Ordenamento, de Norberto Bobbio. De acordo com o autor, não há possibilidade de uma regra entrar em divergência com outra e permanecer no sistema jurídico normativo em integralidade. Deverão ser observados três critérios, cujo mais relevante a ser discutido nesse trabalho é o de hierarquia das normas jurídicas, que determina que a norma superior invalide materialmente a inferior. O mecanismo utilizado para realizar este processo de invalidação de normas é o chamado Controle de Constitucionalidade, que protege o poder constitucional originário, a Constituição e a estabilidade do Estado, defendendo, também, a democracia e os princípios fundamentais da ação do legislador. Mantém a tradição de formulação de normas pelo Estado e pluraliza a responsabilidade pela produção e manutenção de regras.

Com o tempo, o sistema de verificação da conformidade das normas se modernizou e alterou sua forma de ação, seus responsáveis e, a partir disso, surgem várias classificações importantes, como: controle de constitucionalidade difuso, concentrado ou misto, controle a

¹ Graduanda em Direito na Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista no Programa de Educação Tutorial (PET) Direito na Universidade Federal de Uberlândia.

partir do poder judiciário ou legislativo, dentre outras. No Brasil, esta evolução não foi diversa. Concomitante à promulgação ou outorga de novas constituições, além das mudanças históricas de organização governamental, o país adaptou seu controle de constitucionalidade.

Ademais, cabe ressaltar que as normas constitucionais englobam nossos princípios orientadores: os Direitos Fundamentais, conjunto de direitos que regula, principalmente, a relação do Estado com o indivíduo. Sua gênese se deu no século XVIII nas lutas contra absolutistas encabeçadas, sobretudo, pelos franceses e ingleses. No período conhecido como século das luzes, autores burgueses de diferentes áreas utilizaram o método racional de produção de conhecimento para fomentar inúmeras teses acerca do que é o Estado e sua necessidade de intervenção. A partir daí, surge um novo paradigma: o liberalismo político e econômico. Esta é a configuração da primeira dimensão de Direitos Fundamentais: o Estado não intervindo na esfera patrimonial da pessoa. Com a modernidade já instalada e a sua subsequente crise em detrimento das mudanças do capitalismo, a primeira dimensão de Direitos Fundamentais não é mais suficiente. Por isso, os movimentos em prol da segunda dimensão, os Direitos Sociais, se instalam na sociedade. Aqui estão as obrigações do Estado perante o indivíduo.

Por fim, há um novo paradigma social: a caracterização do indivíduo. Todos os direitos, de igualdade e liberdade política e material, têm como titulares certos grupos prestigiados na sociedade. Assim, frequentemente eram excluídos os grupos minoritários, como negros, mulheres e a comunidade “LGBT”. O ápice da crise dos Direitos Fundamentais está no regime nazista, quando judeus perdem a visibilidade como sujeitos de direito e, inclusive, o direito à vida, em uma série de massacres legitimados pelo sistema legal alemão. Dessa forma, faz-se necessária uma nova dimensão de Direito Fundamental, dessa vez que deixe claro quem são os sujeitos desses direitos. Intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, está a terceira dimensão de Direitos Fundamentais.

É notório que um grupo de direitos que regem até mesmo quem são as pessoas titulares das garantias básicas de existência na sociedade deve ser protegido por mais de um sistema jurídico. Por isso, em pesquisa exploratória, propõe-se, com a utilização de material bibliográfico e documentos legislados, delinear como se deu a implantação e a evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e sua relação como guarda dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O Histórico do Controle de Constitucionalidade Brasileiro

Como dito acima, o Controle de Constitucionalidade variou conforme a mudança do documento constitucional que protegia e seus paradigmas. Por isso, é primordial compreender quais são as condições em que se formaram as constituintes para que se elucide o surgimento dos novos modelos de controle de constitucionalidade. Serão trabalhados aqui os anos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, sequencialmente.

Em 1824, com documento constitucional outorgado no período pós-independência, o legislador era considerado infalível e deveria ser o guardião da Constituição, dotado do poder constitucional em íntegra. Aqui, devem-se considerar dois aspectos importantes: no século anterior, os franceses revolucionários haviam estabelecido uma constituição em que se primava o poder legislativo, pois este havia sido eleito pelo povo e, nas ideias da época, realizava a fidedigna representação dos interesses populares.

Além disso, o próprio constituinte originário era a autoridade superior do país, que se atribuiu o poder moderador. Esse poder fazia com que ele ostentasse prerrogativas difusas de controle formal e moldasse a atuação de cada um dos outros três poderes da tripartição clássica, de modo que não havia espaço para uma porosidade entre eles, no qual o controle judicial de constitucionalidade não poderia, de modo algum, se concretizar.

Em 1891, tomando o constitucionalismo estadunidense como modelo, adota-se o controle de constitucionalidade no Brasil. De forma incidental a partir do caso concreto, o controle se realizava pelo escrutínio de qualquer juiz, ou tribunal. Era reconhecido, portanto, ao Supremo Tribunal Federal como aquele responsável pela análise, em recurso último, de possíveis violações à soberania constitucional. Apesar disso, não se pode invalidar ou validar uma norma. De acordo com Rui Barbosa, este controle era típico um *judicial review*.

Na sequência, na constituinte de 1934, além do controle difuso, se define que a declaração de inconstitucionalidade deveria se dar por meio de decisão da maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal. Além disso, designava o Senado como poder para suspender as execuções de atos declarados inconstitucionais, após decisões do STF, o que consta como o início da consolidação do controle de constitucionalidade concentrado.

Três anos depois, na Constituição de 37, há um retrocesso por meio de emenda, na qual se designa ao chefe de Estado a possibilidade de submissão em votação parlamentar, caso a população assim desejasse. Assim, há uma abertura para intervenção do poder executivo em atividade que, a princípio, ficaria a cargo do poder judiciário.

É restaurada a tradição do controle judicial de constitucionalidade em 1946. Apesar da manutenção do Senado para a suspensão da lei inconstitucional, o constituinte declara a ação direta ao Procurador Geral da República, que representa interventivamente. O Judiciário, portanto, declarava a não vigência de lei inconstitucional. Delineava-se definitivamente no Brasil o modelo abstrato de controle de inconstitucionalidade.

Em 1967, durante o período de ditadura civil-militar, se mantém o controle difuso. A Ação Direta de Inconstitucionalidade é ampliada a partir da emenda nº 16, de 1965. Torna-se mais ampla que a representação para fins de intervenção, que no caso é ampliada para que parta diretamente do Presidente da República, e não apenas do procurador geral. Além disso, se emprega previsão de controle da lei municipal em face da Constituição, seguida da introdução da representação para fins de interpretação de norma federal ou estadual, o que outorga ao Procurador Geral da República a legitimidade para provocar pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Deste modo, se busca garantir a correta exegese da lei.

Na última constituição promulgada, em período de redemocratização, 1988, há pluralidade de entes que poderiam propor, legitimamente, a ação de inconstitucionalidade. O controle, aqui, é de ordem corretiva, mas há uma divisão entre o controle incidental e o controle concentrado – em que se aponta inconstitucionalidade diretamente dos tribunais superiores –, nesse caso com maior ênfase nesta última modalidade.

Toda a medida de inconstitucionalidade, portanto, deve passar ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato, que limita a competência da jurisdição ordinária no Controle. Inclusa nesse processo está a regulação do controle abstrato de omissão normativa e, em 1993, a Arguição de Descumprimento de Preceitos fundamentais e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, configurando, por fim, uma modalidade de controle de constitucionalidade misto.

Ademais, é necessário ressaltar que, no período jurídico corrente, há a preocupação do controle de constitucionalidade preventivo, algo que não era aplicável em outros períodos da história do ordenamento jurídico. Para tanto, foram estabelecidas comissões legislativas, nos termos da Constituição Federal, para evitar a multiplicidade de demandas à cúpula do poder judiciário.

O Controle de Constitucionalidade Concreto em defesa aos Direitos Fundamentais

As normas constitucionais são divididas entre regras e princípios, estes concentrados, sobretudo, nos cinco primeiros artigos da Carta Magna. É importante ressaltar que as normas do artigo quinto, em toda sua completude, trabalham com programações que são concretizadas por meio de normas especiais e regem as regras do ordenamento. Para tanto, os órgãos legislativos têm como dever propor projetos que tornem as normas-guia em regras vinculantes.

Foi por este motivo que houve a proposição da lei estadual 12131/2004 (Rio Grande do Sul), que visava proteger a realização de cultos religiosos que envolviam o sacrifício de animais, fixando o inciso VI do artigo quinto de documento constitucional.

Em decorrência da alteração da lei de crimes ambientais, criando-se exceção à regra dos maus tratos aos animais e permitindo a prática de religiões que se utilizam do sacrifício, surge um movimento contrário que questiona reiteradamente possibilidade constitucional do conteúdo material de tal norma. No entanto, foi posição majoritária que a declaração de inconstitucionalidade de edição de norma que permite o sacrifício de animais em cultos religiosos provocaria um efeito contrário ao livre exercício de religiões historicamente postas em posição de vulnerabilidade e não modificaria quantitativamente a crueldade animal. Deste modo, se protegeu um direito fundamental base, representado pelo artigo 5º, inciso VI, declarando constitucionalidade de norma por meio de desprovimento ao recurso.

Exemplos como este não são raros em nosso ordenamento jurídico. Com a crescente produção de projetos de lei em contraponto às recomendações das comissões constitucionais, a quantidade de processos declaratórios tende a aumentar, comprovando a absoluta importância de tal formato jurídico para a proteção e promoção dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito.

Conclusão

O controle de constitucionalidade brasileiro, portanto, se constitui a partir de 1891, difuso e concreto, baseado no contexto histórico da época, que visava a exegese perfeita, valorizando no legislador a democracia. Em 1934, a figura legislativa passa a se caracterizar como falha e imperfeita demonstração da realidade democrática, possibilitando um sistema de controle abstrato, com representação interventiva. Em 1946 e, posteriormente, 1967, há uma conformação e consolidação de sistema de controle abstrato e concentrado. Por fim, após período de turbulências constitucionais e democráticas, com a gênese da constituição de 88, há ampliação no rol de ações constitucionais no sistema de controle concentrado, por infiltração dos modelos

internacionais e na consolidação flexível dos modelos estatais, na definição de quem é, afinal, o guardião legítimo da Constituição.

É possível concluir, por conseguinte, que o controle constitucional é chave para a proteção dos direitos fundamentais, independente das cláusulas pétreas, limitando o poder legislativo e permitindo a consolidação das normas programáticas. É importante ressaltar, no entanto, que a inobservância das normas constitucionais e das comissões de constituição e justiça regulamentadas pelo próprio documento constitucional provoca uma superlotação de demandas no Supremo Tribunal Federal. Além disso, não permite a distribuição da atividade legislativa, permitindo um poder não dosado suficientemente àqueles que não foram eleitos.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 494601**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 126, n. 32, p.87-102, abr. 1995.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: del Rey, 2007. 9 v. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes.