

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO VERSUS A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERUANA NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

A DIRECT ACTION IN BRAZILIAN INCONSTITUTIONALITY SUPREME COURT VERSUS FEDERAL BRAZILIAN THE INCONSTITUTIONALITY ACTION PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT IN THE PERUVIAN

*Manuel Martín Pino Estrada*¹

RESUMO: O PRESENTE TRABALHO DEMONSTRA AS DIFERENÇAS ENTRE BRASIL E PERU EM NÍVEL DE PROCESSO CONSTITUCIONAL, A EXISTÊNCIA DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, INDEPENDENTE E AUTÔNOMO E COM POUCAS ATRIBUIÇÕES, DIFERENTEMENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, E NO QUE SE REFERE À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA, ESTA É RESTRITA NO QUESITO DE LEGITIMAÇÃO.

PALAVRAS-CHAVE: *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.*

ABSTRACT: THIS PAPER SHOWS THE DIFERENCES BETWEEN BRASIL AND PERU REFERENT TO THE CONSTITUTIONAL PROCESS, THE EXISTENCE OF A PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT INDEPENDENT AND AUTONOMOUS WITH A FEW FUNCTIONS, THAT IT IS CONTRARY OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT, AND ABOUT THE BRAZILIAN INCONSTITUTIONALITY ACTION, THIS IS RESTRICT IN THE ISSUE LEGITIMATION.

KEYWORDS: *CONSTITUTIONAL COURT. FEDERAL SUPREME COURT. INCONSTITUTIONALITY ACTION*

Sumário: Introdução; **1** Os modelos clássicos de controle de constitucionalidade; **1.1** O modelo francês; **1.2** O modelo americano; **1.3** Modelo Austríaco; **2** Os binômios contrapostos de Calamandrei; **3** A dupla hibridação dos sistemas de controle de constitucionalidade; **4** O Supremo Tribunal Federal Brasileiro; **4.1** Competências; **4.2** Escolha de membros do Supremo Tribunal Federal; **5** A Ação Direta de Inconstitucionalidade Brasileira; **5.1** Legitimação; **5.2** Concessão de medidas cautelares; **5.3** Procedimento da ação de inconstitucionalidade; **6.** Conceito de Tribunal Constitucional; **7** O Tribunal Constitucional Peruano; **7.1** Competências; **7.3** Escolha de membros do Tribunal Constitucional Peruano; **8** A Ação de Inconstitucionalidade Peruana; **8.1** Legitimação; **8.2** Prescrição; **8.3** Requisitos da ação de inconstitucionalidade; **8.4** Anexo de documentos na ação de inconstitucionalidade; **8.5** Inadmissibilidade da ação de inconstitucionalidade; **8.6** Improcedência da ação de inconstitucionalidade; **8.7** A não concessão de medidas cautelares; **8.8** Procedimento da ação de inconstitucionalidade; **8,9** Prazo para a prolação da sentença; **9** Considerações finais; Referências bibliográficas.

¹ Formado em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). E-mail: martinpino@yahoo.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo mostra as diferenças existentes no âmbito do processo constitucional entre dois países vizinhos com realidades muito próximas, a exceção da língua, são Brasil e o Peru, o primeiro com um Supremo Tribunal Federal que faz parte do Poder Judiciário com muitas atribuições, já o segundo, com um Tribunal Constitucional independente do Poder Judiciário e com um instrumento processual interessante, um Código Processual Constitucional, além de ter poucas atribuições elencadas em sua Constituição.

Mostram-se também as diferenças entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade no Brasil e a Ação de Inconstitucionalidade no Peru, a primeira mais restrita que a segunda e com a existência de concessões de medidas cautelares, já a segunda é mais aberta no quesito “legitimados” e que não existem medidas cautelares para serem concedidas, dentre outras questões como os instrumentos normativos que a regulamentam.

Há outros aspectos interessantes que são desenvolvidos no corpo do presente trabalho fazendo comparações entre as formas de escolha entre Ministros do Supremo Tribunal Federal e os Magistrados do Tribunal Constitucional Peruano e que o Código Processual Constitucional do país andino não é o único instrumento processual utilizado para defender a Constituição peruana, existem outros que acabam ajudando para que o processo constitucional do Peru fique mais coeso no que se refere aos conflitos de constitucionalidade.

1 OS MODELOS CLÁSSICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. O modelo francês

Não adotou o controle incidental (aquele que responde a um incidente ou exceção processual e não a um recurso direto).

Adotou o sistema sucessivo (recurso direto), afetando a composição do tribunal.

Cria a figura do “Conselho Constitucional” composto por 9 membros com mandato não renovável de 9 anos, encarregado de fazer o controle preventivo sobre as

leis orgânicas, regulamentos parlamentares e controle facultativo sobre as leis e tratados, mas foi temporário.

Na década de 70 se produz uma mudança na justiça constitucional:

O Conselho Constitucional incorpora o preâmbulo da Constituição que faz referência à Declaração de Direitos de 1789, ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e aos Princípios Fundamentais das leis da República e deu-se acesso a 60 deputados e 60 senadores e à minorias parlamentares a este conselho, aumentando a qualidade e quantidade nunca antes visto.

1.2 O modelo americano

Nos Estados Unidos, o nascimento da “*judicial review*” foi paralelo ao conceito de Constituição rígida, idônea para ser assumida pelos juízes como parâmetro de legitimidade das leis ordinárias. Desta forma, a competência de controlar a constitucionalidade das leis, não está prevista no texto constitucional americano, este a reconhece implicitamente.

O caso Marbury contra Madison em 1803 é importante porque foi a primeira vez em que uma Corte Suprema faz o controle de constitucionalidade, demonstrando que tanto o juiz como a própria Corte devem interpretar a Constituição para a resolução de controvérsias. Se a lei não condiz com a Constituição, então, esta deve declarar-se nula. Usa a figura do precedente estabelecido pela Corte Suprema e aplica-se com eficácia “*erga omnes*”.

1.3 Modelo Austríaco

Implantando por Hans Kelsen, expressando que a Constituição é válida por si mesma e está situada no lugar superior a todas as leis que estão por baixo dela, havendo um princípio supremo que determina a existência de um ordenamento conforme uma estrutura piramidal.

O Tribunal deve ser independente e garantido pela inamovibilidade e a forma deve ser repressiva ou sucessiva, sem que isto seja uma invasão ao Poder Legislativo, pois o Tribunal exerce uma verdadeira função jurisdicional: anular uma lei significa estabelecer uma norma geral, assim, o Tribunal que tem o poder de anular uma lei é de fato, segundo Kelsen um órgão do Poder Legislativo. Segundo Kelsen, é preferível

atribuir a todas as autoridades públicas, chamadas a aplicar uma lei que se presume inconstitucional, a faculdade de suspender o procedimento e de submeter o assunto perante o Tribuna Constitucional².

2 OS BINÔMIOS CONTRAPOSTOS DE CALAMANDREI

Para Calamandrei existiam dois sistemas de controle de constitucionalidade ou de legitimidade constitucional: o sistema judicial ou difuso (*judicial review of legislation*) e sistema autônomo ou concentrado de Hans Kelsen, que vêm a seguir:

a) O sistema difuso era caracterizado como incidental, (só pode propor em via judicial quem é parte numa controvérsia concreta); especial (a declaração de inconstitucionalidade conduz tão só a negar a aplicação da lei ao caso concreto) e declarativo (o pronunciamento de inconstitucionalidade opera como declaração de certeza retroativa de uma nulidade pré-existente e, portanto com efeito *ex tunc*).

b) O sistema concentrado, além de ser exercido somente por um único e especial órgão constitucional, é caracterizado como principal (o controle se propõe como tema separado e principal da petição, questionando diretamente a legitimidade da lei em geral). Como geral (a declaração de inconstitucionalidade) conduz a invalidação da lei erga omnes, fazendo forte para sempre a sua eficácia normativa geral e constitutivo o pronunciamento de inconstitucionalidade que opera como anulação a ineficácia *ex nunc*, ou seja, que vale para o futuro, mas respeita o passado a validade da lei inconstitucionalidade.

Cappelletti revela que estas antigas dicotomias estão caindo, fazendo com que os dois modelos estão a caminho de chegar a um só modelo, ou seja, uma unificação de forma definitiva³.

3 A DUPLA HIBRIDAÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

² PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº 6, pp. 396-398.

³ SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 25 – 27.

Trata-se de uma dupla hibridação, pois por uma parte, alguns ordenamentos jurídicos uniram elementos dos dois modelos mais antigos (austríaco e americano), permitindo o surgimento de um terceiro tipo, o “sistema incidental”, por outro lado, nenhum ordenamento (exceto os Estados Unidos) e outros poucos utiliza já um só modelo, senão que se enriquece com elementos de outros sistemas.

O sistema incidental trata-se quando acontece um incidente ou exceção processual e não um recurso direto, ou seja, no momento de dúvidas de contradição da norma com a Constituição, o juiz levará a questão ao Tribunal Constitucional. Mistura elementos austríacos e estado-unidenses e garantem-se aos cidadãos lesados um direito ou liberdade fundamental em dirigir-se diretamente ao Tribunal Constitucional, mas estes direitos lesados têm que ser por atos administrativos, legislativos ou judiciais, emanados de poderes públicos ou inclusive por ato de particulares⁴.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Segundo o Ministro Luiz Fux, na ADC 29/DF, o Supremo Tribunal Federal “não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular”. Neste julgamento, esta Corte deixou bem claro o seu verdadeiro papel na proteção da Constituição, ainda que contra a opinião popular.

O excelso magistrado continua, “Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão. Isso está em Alexander Bickel e seu famoso *The least dangerous branch*; está também nos textos mais recentes, talvez um dos melhores, de Eugene Rostow, uma conferência pronunciada no *The club* em New Haven e *The Yale Law Alumni Association of Boston*, durante a primavera de 1952 sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional. Do texto de Rostow, retiro uma interessante passagem em que ele enfatiza o fato de que as relações contramajoritárias acabam tendo um relevante papel educativo a questões políticas e sociais fundamentais para a sociedade e podem desencadear todo um processo público de construção participativa de soluções para os problemas enfrentados”⁵.

4.1 Competências

⁴ PEGORARO, op. cit, p. 399.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em 25 set. 2014.

A Constituição Federal de 1988 determina um bom número de competências:

Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Muitas funções além do controle de constitucionalidade, por esta situação, acaba sendo um órgão muito híbrido, bem diferente do número de atribuições dadas ao Tribunal Constitucional do Peru elencadas no artigo 202 da Constituição Peruana.

4.2 Escolha de membros do Supremo Tribunal Federal

No Brasil a escolha é conforme o estipulado na Constituição Federal de 1988:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Como supracitado, não é exigida a formação em Direito, mas precisa ter conhecimento jurídico e reputação idôneos para o cargo.

5 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA

O objetivo geral da ADI é impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a regularidade do sistema normativo por violar a supremacia constitucional. Procura-se desta forma, assegurar que a norma constitucional será imposta inclusive em relação aos poderes estatais. A aplicação de atos normativos inconstitucionais que costumam ter grande repercussão social gera danos de difícil reparação, sendo recomendada sua eliminação célere e definitiva.

Além de preservar a supremacia constitucional, a ADI, tal como as demais ações do controle de constitucionalidade abstrato, objetiva preservar a segurança jurídica, impedindo que surjam decisões discrepantes sobre a constitucionalidade.

Esta forma de controle de constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, que instituiu a Representação contra inconstitucionalidade, a ser encaminhada ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador Geral da República. A Constituição de 1988 instituiu a ADI e atribuiu a competência para o seu julgamento ao STF (artigo 102, I, a, da CF).

Na ausência de previsões constitucionais e legais detalhadas, o procedimento da ADI foi delineado pelo STF mediante autocriação de normas processuais. A regulamentação legal do rito da ADI veio com a Lei nº 9868/99, que incorporou muitos entendimentos do STF.

5.1 Legitimação

A Constituição Federal do Brasil elenca os legitimados para propuserem a ADI:

Artigo 103. Podem propor ação direta de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal;

§ 2º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado Geral da União, que defenderão o ato ou texto impugnado.

A pertença de certo legitimado nesta lista não é sempre suficiente para o conhecimento da ADI. Deve ser também satisfeito o requisito da pertinência temática, construído pelo STF. Trata-se de demonstrar a existência de nexos entre o objeto da ADI e as finalidades e o âmbito de atuação de certos legitimados. São os legitimados que a doutrina denominou especiais: a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; os Governadores de Estado ou do Distrito Federal; as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Os demais legitimados são considerados pelo STF aptos a apresentar ADI independentemente do

nexo de sua atividade com o objeto da ação. São os legitimados que a doutrina denominou universais.

Na ADI não existe legitimado passivo, mas o órgão responsável pela edição do ato pode se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias (artigo 6º da Lei nº 9868). Além disso, cabe ao Advogado Geral da União defender os dispositivos impugnados (art. 103, § 3º, da CF). Isso dá ao processo da ADI características de contraditório. O confronto de posicionamentos contribui para a tomada de uma decisão mais bem fundamentada e torna o procedimento mais jurídico e menos político.

O STF considera que o Advogado Geral da União é defensor do dispositivo, ainda que este seja de origem estadual, caso no qual poderia se pensar que o Advogado Geral da União deve defender a Constituição Federal e não a norma estadual impugnada como contrária à Constituição Federal. Mas o STF não exige que ele defenda o ato questionado se o Tribunal já tiver se manifestado em casos semelhantes pela inconstitucionalidade.

5.2. Concessão de medidas cautelares

Na Constituição Federal de 1988 foi prevista expressamente a concessão de cautelar na ADI no artigo 102, I, p. A decisão pode determinar a suspensão dos dispositivos impugnados após ter sido ouvido, em sustentação oral, o órgão do qual emanou a lei ou o ato normativo, salvo em casos de excepcional urgência. O relator pode pedir oitiva do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República no prazo de 3 (três) dias, se a entender necessária (artigo 10 da Lei nº 9868).

A decisão é tomada pelo plenário com a maioria absoluta de seus membros, salvo no período de recesso, no qual a decisão pode ser tomada pelo Relator (artigo 10 da Lei nº 9868). A decisão que concede medida cautelar suspende os efeitos da norma questionada até a decisão final. A decisão deve ser publicada no prazo de 10 (dez) dias a contar do julgamento, tendo eficácia geral e efeito *ex nunc*, salvo se o STF atribuir eficácia retroativa. No lugar da norma suspensa, aplica-se a legislação anterior, salvo determinação contrária (artigo 11 da Lei nº 9868). Isso significa que a declaração de inconstitucionalidade pode gerar efeito repristinatório.

A lei não indica os requisitos para a concessão da medida cautelar no caso da ADI. Esses requisitos são encontrados na jurisprudência e doutrina e podem ser sistematizados da seguinte maneira:

- a) razoabilidade jurídica da tese apresentada (*fumus boni juris*);
- b) relevância do pedido que decorre dos possíveis danos em razão da demora da decisão demandada (*periculum in mora*);
- c) conveniência da cautelar em razão da avaliação comparativa do benefício esperado e do ônus da suspensão provisória.

Da decisão que indefere a medida cautelar em controle de constitucionalidade cabe pedido de reconsideração desde que tenha ocorrido fato novo. Não cabe pedido de reconsideração se a cautelar foi julgada procedente. O STF aplica às decisões de procedência de medidas cautelares efeito vinculante⁶.

5.3 Procedimento da ação de inconstitucionalidade

A petição inicial não está vinculada a qualquer prazo, porém, os seus requisitos são disciplinados pelo artigo 3º da Lei nº 9868.

O primeiro requisito indispensável à petição inicial é a indicação do dispositivo ou dispositivos sobre os quais versa a ação, bem como dos fundamentos jurídicos do pedido, em relação a cada um deles (artigo 1º, I).

É de salientar que o pedido poderá abranger, além da emissão de um juízo definitivo sobre a constitucionalidade da norma questionada, a emissão de um juízo provisório sobre o tema, mediante a concessão de medida cautelar.

O parágrafo único do artigo 3º da Lei 9868 determina que ao autor da ação direta de constitucionalidade cabe apresentar, juntamente com a petição inicial em duas vias, cópias da lei ou ato normativo que contenham os dispositivos sobre os quais versa a ação proposta. O mesmo dispositivo estabelece, ainda, a necessidade de as petições serem acompanhadas quando subscritas por advogado, de instrumento de procuração. No julgamento da ADI 2.187-BA, por exemplo, estabeleceu o STF que a procuração na

⁶ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 93-98.

ação direta de inconstitucionalidade deve conter poderes específicos quanto à impugnação da norma a ser levada a efeito na ADI.

Por fim, atenta à necessidade de conferir certa celeridade aos processos da ação direta de inconstitucionalidade, houve por bem a Lei nº 9868 conceder ao relator a possibilidade de indeferir liminarmente as petições ineptas, as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes (artigo 4º). Da decisão de indeferimento caberá agravo regimental no prazo de 5 (cinco) dias (artigo 4º, parágrafo único).

Acrescente-se que, antes do pedido de informações, é possível ao autor aditar a petição inicial. Há ainda de ressaltar que, regularmente proposta a ação direta de inconstitucionalidade, não será admissível a desistência (artigo 5º). Tal aspecto reforça o caráter do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade se configurar como típico desdobramento de processo objetivo da fiscalização da legitimidade de atos normativos⁷.

6 CONCEITO DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para o doutrinador André Ramos Tavares, o Tribunal Constitucional é o encarregado de fazer a justiça constitucional, tanto que uma decisão do Tribunal Constitucional pode ser idêntica à da do Poder Legislativo, a diferença está em que no primeiro caso deve direcionar-se à aplicação da Constituição e no segundo há uma edição de ato para regulamentar a vida em sociedade. Neste caso, ter-se-ia uma teoria unitária das funções do Tribunal Constitucional, encarregando-se da defesa e da aplicação da Constituição, ou seja, “um órgão, uma função” tendo estas funções.

A existência dos Tribunais Constitucionais implica a aplicação da Constituição e conforme a teoria unitarista, as suas funções estão fundamentadas em duas premissas: a) a colocação da Constituição como lei superior, pois sem isto, não haverá lugar para o Tribunal Constitucional e b) a necessidade de um Tribunal Constitucional que zele pela Constituição e justamente nestes pilares que se sustentam o conjunto de funções a serem estudadas, desta forma, o Tribunal Constitucional é o órgão que garante a supremacia da Constituição e está vinculado à evolução do Estado Democrático de Direito e todas as funções deste Tribunal estão relacionadas a expandir a força normativa da Constituição.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 1133-1134.

A realidade atual do Tribunal Constitucional é que tem funções que vão além do controle de constitucionalidade e que do ponto de vista do Direito, não seriam funções e sim diversidade de atribuições sem relação à teoria da Justiça Constitucional, é por causa disso, que se chega a um consenso de que uma exacerbação, consciente ou não do próprio Tribunal Constitucional. Uma das razões para o não reconhecimento doutrinário nem empírico de uma teoria das funções da Justiça Constitucional consiste na preocupação com o tema do controle da constitucionalidade das leis. Desta preocupação existe a tendência de pensar-se que este tema seria a única função do Tribunal Constitucional (cumprimento e defesa da Constituição) indo contra uma ampliação de horizontes da própria teoria da Justiça Constitucional⁸.

7 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Segundo o artigo 201 da Constituição Peruana de 1993, o Tribunal Constitucional é o órgão de controle da Constituição. É autônomo e independente. É submetido à Constituição e ao seu Regimento Interno.

7.1. Competências

Corresponde ao Tribunal Constitucional (artigo 202):

- a) conhecer, em única instância a ação de inconstitucionalidade;
- b) conhecer, em última e definitiva instância, as decisões denegatórias de habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção;
- c) conhecer os conflitos de competência ou atribuições designadas pela Constituição, conforme a lei⁹.

Poucas atribuições se comparadas com as do Supremo Tribunal Federal do Brasil elencadas o artigo 102 da Constituição do Brasil de 1988.

7.3 Escolha de membros do Tribunal Constitucional Peruano

Segundo o artigo 201 da Constituição Peruana e o artigo 7º do seu Regimento Interno (Lei Orgânica nº 26435) o Tribunal Constitucional está integrado por sete

⁸ TAVARES, André Ramos. Justiça Constituição e suas fundamentais funções. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n. 171, jul./set. 2006, pp. 20-21.

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Disponível em:

<<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>> p. 52. Acesso em 10 out. 2014.

membros com o título de “Magistrados do Tribunal Constitucional”. São indicados pelo Congresso Nacional mediante Resolução Legislativa e com o voto de 2/3 (dois terços) do número legal ou total de seus membros.

Para que isso aconteça, o Plenário do Congresso Nacional cria uma Comissão Especial integrada por um número de cinco com um máximo de nove congressistas, respeitando no que for possível a proporção de cada grupo parlamentar no Congresso Nacional para encarregar-se de receber propostas e selecionar aos candidatos que segundo o seu critério merecem ser declarados aptos para serem escolhidos.

A Comissão Especial publica no “El Peruano” (que equivale no Brasil ao Diário Oficial da União) a convocatória para a apresentação de propostas. Destarte, publica a relação das pessoas propostas para que possam ser feitas as respectivas objeções, sendo estas com a juntada de documentos probatórios.

Declarada um ou mais candidatos aptos, o Congresso Nacional realiza a eleição mediante votação individual em cédulas. São escolhidos o Magistrado ou os Magistrados conforme o caso, os que obtenham a maioria prevista no artigo 201 da Constituição (2/3). Caso não seja conseguida a maioria, realiza-se uma segunda votação. Se concluída a contagem dos votos não se consegue cobrir as vagas disponíveis, a Comissão começará num prazo máximo de 10 (dez) dias a formularem sucessivas propostas até que a seleção seja concretizada.

O artigo 8º do Regimento Interno do Tribunal Constitucional (Lei Orgânica nº 26435) menciona que o cargo de Magistrado neste órgão é de cinco anos, não havendo reeleição imediata. O artigo 9º desta norma salienta que três meses antes do término do mandato do Magistrado, o Presidente do Tribunal dirige-se ao Presidente do Congresso Nacional para solicitar o início do procedimento de eleição de novos Magistrados¹⁰.

8 A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERUANA

A seguir as peculiaridades interessantes da Ação de Inconstitucionalidade Peruana que no Brasil tem a sua equivalência em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

8.1 Legitimação

¹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1999. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 131-132.

Segundo o artigo 98 do Código de Processo Constitucional Peruano (Lei nº 28237 /2004), a ação de inconstitucionalidade é proposta pelos sujeitos e órgãos elencados no artigo 203 da Constituição Peruana conforme mencionado no item anterior e perante o Tribunal Constitucional.

Conforme o artigo 203, quem pode propor Ação de Inconstitucionalidade no Peru são:

- a) o Presidente da República;
- b) o Procurador Geral da República;
- c) o Defensor Público;
- d) o 25 % (vinte e cinco por cento) do número legal de congressistas (no Peru não há deputados nem senadores, o congresso é unicameral);
- e) cinco mil cidadãos com firmas reconhecidas pelo Jurado Nacional de Elecciones (equivale o Tribunal Superior Eleitoral no Brasil). Se a norma é uma lei municipal, está facultado o 1% (um por cento) dos cidadãos do respectivo âmbito territorial, sempre que esta percentagem não exceda do número de firmas anteriormente mencionado;
- f) os presidentes de Região (no Brasil, equivale a governadores de Estado) em acordo com o “Consejo de Coordinación Regional” (Conselho Político Regional) ou os prefeitos municipais em acordo com a câmara de vereadores em matérias de sua competência;
- g) os conselhos profissionais conforme a sua especialidade.

No caso da alínea “g” do artigo 203, os conselhos profissionais são todos, incluindo o “Colegio de Abogados del Perú” que equivale à Ordem dos Advogados do Brasil, obviamente que o Conselho Nacional de Medicina, de Biologia, de Psicologia e outros que tenham um “colégio” ou conselho profissional independentemente de profissão, podem propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

8.2 Prescrição

Conforme o artigo 100 deste Código, a ação de inconstitucionalidade pode ser proposta até o prazo máximo de 6 (seis) anos contado a partir da publicação da norma, salvo no caso dos tratados, cujo prazo é de 6 (seis) meses.

8.3 Requisitos da ação de inconstitucionalidade

Conforme o artigo 101, são os seguintes:

a) a identidade dos órgãos ou pessoas que propuserem a ação e o seu domicílio legal e processual;

b) a indicação da norma que está impugnando-se de forma clara;

c) os fundamentos da pretensão;

d) a relação numerada dos documentos que acompanham a petição da ação;

e) a indicação do procurador nos autos, se houver;

f) cópia simples da norma que é objeto da ação, especificando o dia, mês e o ano de sua publicação.

8.4 Anexo de documentos na ação de inconstitucionalidade

Conforme o artigo 102, são os seguintes:

a) documento do acordo realizado pelo Conselho de Ministros, quando autor for o Presidente da República;

b) documento das firmas correspondentes pelo Fiscal Maior do Congresso, se os autores forem o 25% (vinte e cinco por cento) do número legal do Congresso Nacional;

c) documento pelo Tribunal Superior Eleitoral, nos formatos que proporcione o Tribunal Constitucional, e conforme o caso, se o autores forem 5000 (cinco mil) cidadãos ou o 1% (um por cento) dos cidadãos do município;

d) documento do acordo realizado pelo Conselho Diretivo do respectivo Conselho Nacional (exemplo, Conselho Nacional de Medicina) ; ou

e) documento do acordo realizado no Conselho de Coordenação Estadual ou Regional, quando o autor for o governador ou prefeito, respectivamente.

8.5 Inadmissibilidade da ação de inconstitucionalidade

Segundo o artigo 103, proposta a ação, o Tribunal decidirá sobre a sua admissão no prazo máximo de 10 (dez) dias.

O Tribunal declarará inadmissível a ação se não cumprir o determinado nos artigos 101 e 102 e o mesmo um prazo máximo de 5 (cinco) dias se o requisito omitido é sanável. Se nos 5 (cinco) dias não houver o saneamento respectivo, o Tribunal declarará a ação irrecorrível e improcedente.

8.6 Improcedência da ação de inconstitucionalidade

Segundo o artigo 104 do Código Processual Constitucional, os requisitos são os seguintes:

- a) quando a ação foi proposta após o prazo estipulado no artigo 100 deste Código;
- b) quando o Tribunal já houvesse julgado improcedente uma ação de inconstitucionalidade substancialmente igual em quanto à questão de mérito; ou
- c) quando o Tribunal careça de competência para conhecer a norma impugnada.

8.7 A não concessão de medidas cautelares

Conforme o artigo 105, no processo de inconstitucionalidade não são admitidas medidas cautelares, diferentemente daquilo que acontece no seio do Supremo Tribunal Federal Brasileiro ao admiti-las.

8.8 Procedimento da ação de inconstitucionalidade

Segundo o artigo 107, a parte demandada tem 30 (trinta) dias para contestar a ação pertinente após o despacho respectivo. O Tribunal Constitucional envia os autos da ação:

a) ao Congresso ou à Comissão Permanente, em caso de que o Congresso não se encontre em funcionamento se se trata de leis ou regimento do Congresso;

b) ao Poder Executivo, se a norma impugnada é um Decreto Legislativo ou Decreto de Urgência;

c) ao Congresso ou Comissão Permanente e ao Poder Executivo, se se tratam de tratados internacionais;

d) aos órgãos correspondentes se a norma impugnada é de caráter Estadual ou Municipal.

Com a sua contestação, ou vencido o prazo sem que esta aconteça, o Tribunal terá como contestada a ação ou declarará a revelia da parte ré da ação respectivamente. Na mesma decisão o Tribunal indica a data para o próximo ato processual dentro dos 10 (dez) úteis seguintes. As partes podem requerer que os seus advogados informem oralmente.

8.9 Prazo para a prolação da sentença

Segundo o artigo 108, o Tribunal prolat a decisão nos 30 (trinta) dias após a realização do ato processual respectivo¹¹.

Conforme estipula a Constituição Peruana, o artigo 81 do Código Processual Constitucional estabelece que a decisão sobre inconstitucionalidade de uma norma de caráter legal tem alcance geral e derogatório, mas não tem efeito retroativo nem pode reabrir processos judiciais concluídos onde se tenha feito a aplicação da norma declarada inconstitucional. As únicas exceções à regra da irretroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade são a matéria penal, para a aplicação da retroatividade benigna e quando a decisão se pronunciar sobre normas de matéria tributária que se tenham prolatado violando o artigo 74 da Constituição. Neste último pressuposto, o Tribunal deverá indicar expressamente os efeitos no tempo de sua decisão, o que abriria a possibilidade de que tais decisões possam ter efeito retroativo. Em todo caso, sempre e matéria tributária, o Tribunal deverá resolver na decisão o pertinente às situações

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/Codigo_Procesal.pdf pp. 31-33. Acesso em 10 out. 2014.

jurídicas que foram verificadas quando a norma declarada inconstitucional esteve vigente. Neste caso, pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma legal não voltam a ter vigência as disposições legais que esta tivesse derogado (artigo 83 da Constituição)¹².

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro não é um Tribunal Constitucional a exemplo do caso peruano.

O Supremo Tribunal Federal tem atribuições demais para ser um Tribunal Constitucional, podendo estas serem distribuídas em leis ordinárias ou num Código Processual Constitucional.

A indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é feita pelo Poder Executivo e os indicados são sabatinados pelo Senado Federal, já no caso peruano, o Poder Legislativo, através de uma Comissão Especial acaba fazendo uma seleção via edital em Diário Oficial, por meio do qual, cidadãos formados em Direito e com bom curriculum vitae poderão tornar-se em Magistrados do Tribunal Constitucional com a aprovação de 2/3 do Congresso Nacional Peruano.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro faz parte do Poder Judiciário, já o Tribunal Constitucional Peruano não faz parte deste poder, sendo autônomo e independente e é uniinstancial (uma única instância), tornando-se num “super poder”.

Sendo uniinstancial, só caberia recurso de decisão do Tribunal Constitucional Peruano à Corte Interamericana de Direitos Humanos se envolverem questões deste tema.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade no Peru é mais democrática e aberta em comparação com a ação brasileira, que é ainda restrita.

Há prescrição de seis anos na Ação Direta de Inconstitucionalidade peruana, já na brasileira não existe isso.

¹² EGUIGUREN PRAELI, Francisco. El Nuevo Código Procesal Peruano. In Revista de la Facultad de Derecho dela Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 181-183.

Não existe concessão de medidas cautelares nas Ações Diretas de Constitucionalidade no Peru, já no Brasil, as mesmas existem.

Há necessidade de um Código Processual Constitucional no Brasil com a devida criação de um Tribunal Constitucional nacional que seja autônomo e independente do Supremo Tribunal Federal, ou seja, que não faça parte do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Disponível em:
<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. **El Nuevo Código Procesal Peruano**. In Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEGORARO, Lucio. **La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, [19-?]

RUBIO CORREA, Marcial. **Estudio de la Constitución Política de 1999**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>

TAVARES, André Ramos. **Justiça Constituição e suas fundamentais funções**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n. 171, jul./set. 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Disponível em:
<http://www.tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/Codigo_Procesal.pdf>