

BREVE HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

NAGIB SLAIBI FILHO

Desembargador do TJ/RJ. Professor – EMERJ e UNIVERSO

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade e os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade são temas que somente podem ser suficientemente apreendidos mediante a verificação do curso da História, a sua lenta evolução aqui e alhures; o método histórico mostra-se eficiente para afastar dos incautos as afirmações, quase sempre equivocadas, de que o Direito tem conteúdo cerebrino, despreza os fatos e inadmite a lenta evolução que flui naturalmente do modo de ser de todas as coisas.¹

Neste tema, não se mostra adequado o vezo que tanto nos ocorre de atribuir a evolução à importação obtusa de modelos estrangeiros que exterminaria o que muitos consideram o imprescindível caráter de nacionalismo que deveria impregnar nossas instituições.

Em tema de controle de constitucionalidade, o que se pode observar é que nosso país tem desenvolvido um complexo sistema cujos elementos foram importados de outras plagas, embora aqui sejam aperfeiçoados de modo absolutamente peculiar, a introduzir uma síntese que surge como característica original do nosso Direito Constitucional.

2. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS

A Constituição americana de 18 de setembro de 1787 representou o primeiro texto constitucional consolidado de um país, embora algumas das antigas colônias já dispusessem de documentos escritos com esta denominação.

¹ Ensina o **Dicionário Houaiss**, na sua versão eletrônica, sobre o significado, entre outros, da palavra empirismo: “*Rubrica: filosofia. Doutrina segundo a qual todo conhecimento provém unicamente da experiência, limitando-se ao que pode ser captado do mundo externo, pelos sentidos, ou do mundo subjetivo, pela introspecção, sendo geralmente descartadas as verdades reveladas e transcendentais do misticismo, ou apriorísticas e inatas do racionalismo. Obs.: p. opos. a racionalismo*”.

Surgiu do difícil consenso nascido entre os povos das antigas colônias que se viram relutantemente conduzidos a unir lentamente os seus esforços, desde a Declaração continental de Independência, em 4 de julho de 1776; para tal, realizaram inicialmente uma confederação conjugando os esforços comuns na luta contra a antiga Metrópole, mas mantendo, assim, cada uma delas a soberania duramente conquistada (tanto é assim que cada integrante da confederação manteve o direito de secessão, isto é, de se separar da União).

Os laços confederativos, no entanto, mostraram-se insuficientes para as lutas em face dos inimigos comuns, razão pela qual estreitaram os laços que os uniam através da Constituição de 1787, que pela primeira vez instituiu a forma federativa de Estado, esta a inadmitir a secessão que existia no regime confederativo anterior e assim conduzindo a instituição de uma estrutura de poder que pudesse oferecer meios, de um lado, para garantir a independência em face das potências estrangeiras e, de outro, que mantivesse unido o povo das antigas colônias.

Daí a adoção – no que eles foram pioneiros – de diversos institutos regulando o exercício do poder:

a) a própria existência da *Constituição escrita*, cristalizando o relacionamento entre os agentes do Poder, como produto de um consenso arduamente conquistado e expresso em texto de forma a assegurar a sua permanência, assim em atenção ao velho brocardo romano *verba volant scripta manent* (as palavras voam e o escrito se mantém);

b) o caráter de *constituição rígida*, isto é, garantindo o consenso político das decisões fundamentais com um grau superior de normatividade, imune às influências das maiorias eventuais que ordinariamente integram o Congresso, pois a elaboração dos atos normativos infraconstitucionais deveria atender a um processo legislativo diferenciado, e com menos solenidade, do que o processo de reforma da própria Lei Maior;

c) a instituição do *regime presidencialista de governo*, em que cada Poder do Estado mantinha a sua relativa autonomia no exercício de suas funções específicas, embora devesse atuar harmonicamente com os demais ramos governamentais, assim realizando a separação de poderes que Montesquieu vislumbrou no célebre *O Espírito das Leis*, aprimorando o modelo que Aristóteles somente pudera perceber pela diferenciação de funções na antiga Grécia;

d) a *forma federativa* de organização do Estado, de modo a distribuir as atividades entre o governo central, a União, e dos governos estaduais,

transformando as antigas colônias em Estados-membros, assim a colaborar na formação da vontade do órgão central, e lhes garantindo a existência pela preservação de atribuições próprias (os poderes residuais ou remanescentes²), expressando a natural desconfiança quanto à atuação dos agentes da União; e

e) a *declaração dos direitos individuais*, representando meios de interdição de atuação do poder estatal – da União e dos Estados-membros – em face do indivíduo, providência que não constava do texto promulgado em 18 de setembro de 1787, mas que se integrou ao texto original através de dez emendas promulgadas em 1788 e 1789.

Não consta no texto, em momento algum, a atribuição a qualquer órgão federal do poder de zelar pela guarda da Constituição, nem pensou em atribuir tal poder ao próprio Congresso, pois ele mesmo tinha o encargo de elaborar as leis e iniciar o processo de emenda da Constituição, que ainda hoje exige a ratificação do texto aprovado pelo Congresso por um expressivo número de Assembléias Estaduais.

A ascendência do Parlamento sobre os outros setores do governo – os quais no regime parlamentar dele são derivados, inclusive os tribunais – não serviu de paradigma para os Estados Unidos, mas modelo de sua reação pela original adoção do regime presidencialista, em que cada Poder do Estado atua separadamente.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1789, os juízes tinham proclamado que, nos casos que lhes fossem submetidos, poderiam deixar de aplicar a lei incompatível com as leis de maior importância (New Jersey, em 1780; Virgínia, 1782, North Carolina, 1787).

Os juízes seguiam aí precedentes decorrentes do fato de que, no estabelecimento das colônias na América, a metrópole inglesa concedia aos fundadores o poder de elaborar normas coloniais próprias, desde que não atentassem contra as normas que regiam a sua formação. Note-se, daí, a idéia de hierarquização das leis – as leis coloniais postas em patamar inferior, submetidas às normas, superiores, que autorizavam a formação da colônia – que foi o padrão imposto na constituição rígida e do qual derivou o controle de constitucionalidade das leis.

Em 1803, no célebre caso *William Marbury vs. James Madison*, pela voz do *Chief Justice* John Marshall, a U. S. Supreme Court criou o precedente de deixar de aplicar a lei infraconstitucional contrária à ***Paramount Law***.

² Ou, como nós herdamos dos americanos, na dicção do art. 25, § 1º, da Constituição de 1988: “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Em face do princípio vinculativo herdado do sistema britânico – *stare decisis quieta movere* –, tal precedente se tornou obrigatório não só para a própria Suprema Corte com também para os demais tribunais.

Ressalte-se: no controle incidental de constitucionalidade o reconhecimento da inconstitucionalidade implica simplesmente que a lei apontada vulneradora da Lei Maior deixa de ser aplicada no caso em julgamento, devendo o juiz ou tribunal se socorrer dos outros meios cabíveis para o julgamento da causa.³

No caso *Marbury vs. Madison* o reconhecimento da inconstitucionalidade verteu sobre a validade da lei federal de organização judiciária de 1789, que concedia à Suprema Corte competência que não lhe fora deferida pela Constituição.

O que deu notoriedade a tal reconhecimento foi o sistema do *stare decisis* que, de um lado, tornou obrigatório o precedente para todos os órgãos judiciais e, de outro, permitiu que a mais Alta Corte criasse o precedente de carrear para si e para os demais tribunais a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis em face da Constituição, ou dos atos dos demais ramos do Poder (Legislativo e Executivo) em face da *Paramount Law*.

Com o passar dos tempos, o poder da Suprema Corte neste aspecto chegou a tal magnitude que passou a verificar não só a compatibilidade formal da lei ou do ato em face da Constituição como, até mesmo, os aspectos materiais, chegando a deixar de aplicar a lei que se entendeu contrária, dita desarrazoada, aos princípios implícitos que se extraem do texto da Lei Maior.⁴

Ao apreciar a constitucionalidade de uma lei, o tribunal atua em dimensão muito além do que simplesmente expressar o significado possível da lei no sistema jurídico: expressa, na verdade, o significado da Constituição, e, mais do que simplesmente dizer que tal é o significado, acaba por insti-

³ Neste aspecto e para o nosso sistema jurídico, veja-se o comando que está no disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, reproduzido no art. 126 do Código de Processo Civil: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

⁴ Tal poder da Suprema Corte chegou a um nível tão impressionante que o seu antigo Presidente, Charles Evans Hughes, podia proclamar, antes mesmo de meados do século XX, que: “*We are under the Constitution, but the Constitution is what we say it is*”, a merecer a seguinte tradução livre: nós (o povo dos Estados Unidos) vivemos sob a Constituição, mas ela é o que nós (os juízes da Suprema Corte) dizemos que é...

tuir, como se constituinte fosse, a norma de conduta que predominará sobre todas as outras normas pelo caráter de supremacia imanente à Constituição.

Então o patamar de atuação do aplicador constitucional está muito além da técnica jurídica, pois expressa a vontade política, o modo de ser, os valores que realmente importam na sociedade, pois estes são os ilimitados horizontes do poder constituinte.

3. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL IMPÉRIO

A Constituição que D. Pedro I outorgou em março de 1824 (praticamente idêntica a que também outorgou a Portugal em 1826, como D. Pedro IV) atendia ao pensamento constitucionalista predominante na Europa no início do século XIX, a considerar que o poder provinha simultaneamente de Deus e do povo, com ascendência Daquele, mas sem esquecer que o rei deveria atender também ao desejo dos cidadãos.⁵

Tal era a linha liderada por Benjamim Constant, mestre de Estraburgo, e que depois os pensadores denominaram de reinos de *democracia temperada*, fase de transição entre o autoritarismo real e a democracia burguesa, mitigando os excessos que alarmavam a todos desde a carnificina que legitimou a Revolução Francesa.

A Constituição imperial de 1824, assim, introduzia a separação dos Poderes,⁶ pois *a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece* (art. 9º), *os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial* (art. 10), *os representantes da Nação brasileira são o Imperador e a Assembléia Geral* (art. 11) *e todos estes Poderes no Império do Brasil são delegações da Nação* (art. 12).

Atribuiu-se à Assembléia Geral, com a sanção do Imperador, segundo o art. 13 da Constituição, *fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las* (inciso VIII) *e velar na guarda da Constituição, e promover o bem*

⁵ Daí se explica o título que se concedeu a D. Pedro: Dom Pedro I, por graça de Deus e unânime aclamação dos Povos, Imperador constitucional e Defensor perpétuo do Brasil.

⁶ Proclamava o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que sem a garantia dos direitos individuais e sem a separação dos Poderes não haveria Constituição.

geral da Nação (inciso IX).

Vê-se que o controle da constitucionalidade das leis no Império era exercido pelo próprio Poder Legislativo, o qual deveria interpretar as leis (em interpretação dita autêntica, como fez na Lei de Interpretação, de 1840, que limitou o alcance do Ato Adicional de 1834, este a única emenda formal à Carta de 1824) e até mesmo legislar sem receio de que a lei fosse dita “irrazoável”, como foi no caso da Lei da Maioridade, também de 1840, que declarou que o jovem Pedro de Alcântara, então com 14 anos, passava a ser maior, assim preenchendo o requisito constitucional de que o Imperador deveria contar, ao menos, com 18 anos para que subisse ao Trono e, desta forma, cessando a anarquia que caracterizou os períodos de Regência...⁷

Ressalte-se que o controle legislativo da constitucionalidade da lei implantado na Carta do Império se de um lado mostrou-se inoperante e permitiu uma certa promiscuidade entre o legislador ordinário e o legislador constituinte, por outro lado não excluiu da Lei Maior o seu caráter de constituição rígida, pois distinguia os procedimentos de elaboração das leis e de emendas constitucionais.

Importante também constar que o papel institucional do Imperador, exercendo o Poder Moderador, dito a *chave da abóbada* do sistema jurídico, com poder de veto suspensivo sobre os atos da Assembléia Geral e de até mesmo dissolvê-la, também servia de contraponto e freio às incursões do Parlamento nas áreas política e jurídica.

4. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NA REPÚBLICA VELHA

A República Velha abandonou o padrão francês da organização política do Império e acolheu com entusiasmo o modelo estadunidense, como já antes fizeram os nossos vizinhos latinos.

Adotou a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob a inspiração de Rui Barbosa, não só denominação similar para o País (Estados Unidos do Brasil) como as instituições da república, federação, presidencialismo e até mesmo o modelo, típico do sistema do *Common Law*, da jurisdição universal (*judicial review*), este a permitir ao juiz a mais ampla cognição,

⁷ Não causa estranheza tal poder de dizer maior quem não o era, pois ao Parlamento britânico, considerado como a *Constituição viva* em face de inexistência de texto constitucional consolidado, e ao menos até meados do século XX, aplicava-se o brocardo *o Parlamento pode tudo, até mesmo transformar homem em mulher*.

aos tribunais comuns se submetendo todas as causas,⁸ diversamente do sistema francês que, até hoje, separa a jurisdição comum da administrativa e que, no Império, deferia ao Conselho do Estado o poder de processar e julgar as causas públicas.

A demonstrar que não basta a existência de Constituição escrita para que os institutos nela implantados possam vicejar como poderiam esperar os seus criadores, mostraram-se os juízes republicanos, na esmagadora maioria vindos do antigo regime, avessos ao controle da constitucionalidade pelo modelo estadunidense, o que levou Rui Barbosa, ao contribuir na elaboração da Lei de Organização Judiciária da Justiça Federal, em 1891, a fazer constar no art. 13, § 10, surpreendentemente, que *os juízes obedecerão à Constituição e às leis, nesta ordem...*⁹

E mesmo assim, Rui Barbosa não se viu bem-sucedido na sua empreitada reformista, pois os juízes – e até aqueles que integravam o Excelso Pretório – recusavam tal controle sobre os outros Poderes da República.

Rui, ele mesmo, foi impetrante de célebre *habeas corpus* contra ato do Presidente da República que o Supremo Tribunal Federal denegou com o frustrante argumento de que não podia exercer tal controle em face da natural imunidade perante os tribunais dos atos do Chefe do Estado e do Governo.¹⁰

A República velha teve a honra de introduzir em nosso sistema o controle judicial de constitucionalidade, como herança do padrão estadunidense de organização do Poder. Mas esse controle, naquele período, foi

⁸ Como está no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.

⁹ Veja-se a diferença histórica: nos Estados Unidos a *U.S. Court* trouxe para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis; no Brasil, foi o próprio Poder Legislativo que deferiu aos órgãos do Poder Judiciário tal atribuição, pois o referido dispositivo legal representou a solene declaração do legislador de que cabe ao controle judicial examinar a eventual incompatibilidade de seus atos com a Lei Maior, ou, o que é muito mais grave, a declaração de que cabe ao Poder Judiciário expressar o significado da Constituição.

¹⁰ Embora a Constituição de 1891 tenha adotado o princípio republicano, que tem como pressuposto a igualdade de tratamento entre os cidadãos, tal não foi facilmente assimilado pelos agentes do poder da época. Neste aspecto, destaque-se que a grande maioria dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça do Império foi incorporada ao novo Supremo Tribunal Federal, entre eles dois ministros que, mesmo depois, continuaram a usar os títulos nobiliárquicos que receberam do Imperador, como, já no início do século XX, fez o Ministro das Relações Exteriores, o grande diplomata Barão de Rio Branco. E, a despeito de tudo, dispunha o art. 72, § 2º, da Constituição de 1891, “que *todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho*”. Quanto a este último, os adversários de Rui pejorativamente o chamavam de Conselheiro, título que lhe fora dado no Império...

muito restrito, quase inexistente, não só pela formação privatística do juiz acostumado ao sistema jurídico do *Civil Law*,¹¹ como pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais – e principalmente o Supremo Tribunal Federal – a plena efetividade de tais funções.

Ao Supremo Tribunal Federal cabia processar e julgar em grau de recurso as causas decididas pelos juízes e tribunais federais (Constituição de 1891, art. 59, 2) e, quanto às justiças estaduais, dispunha no mesmo art. 59, §§ 1º e 2º:

“Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(. . .)

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Art. 61. As decisões dos juízes ou tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º habeas corpus,

2º espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado.

Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.”

Veja-se, assim, quão restrita a cognição pelo Supremo Tribunal Federal no controle dos atos da Justiça estadual, que assim podia exercer com plenitude as suas funções, embora sacrificando o caráter nacional da aplicação da Constituição e dos tratados e de leis federais.

¹¹ *Civil Law* é a denominação dada ao sistema jurídico predominante na Europa continental, em que a lei positiva é a fonte principal (como está no art. 126 do Código de Processo Civil e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) em contraposição ao *Common Law*, que é o sistema jurídico originado na Inglaterra e que foi levado para suas antigas colônias, em que a fonte principal do direito são as regras preexistentes na comunidade (os costumes) e onde a lei escrita tem caráter suplementar.

Tal frouxidão constitucional quanto ao controle de validade da Lei Maior permitiu na República Velha as conhecidas crises federativas e a prevalência das oligarquias estaduais sobre o Governo Central, o que, aliás, decorria do acordo de vontade entre os dois maiores Estados – São Paulo e Minas Gerais – na aliança que ficou conhecida como a *política do café com leite* e cujo idealizador foi o paulista Prudente de Moraes, o primeiro civil ocupante do cargo de Presidente da República.

Arthur Bernardes, que governou de 1922 a 1926 sempre em regime de estado de sítio, providenciou a Emenda de 5 de setembro de 1926, dando ao Supremo Tribunal Federal o poder de dirimir os conflitos entre os juízes federais e dos Estados, bem como conhecer dos recursos das decisões dos juízes e tribunais federais, cabendo a estes processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal.

Tais alterações, no entanto, tiveram pouco tempo de vida útil, pois logo em 1930 veio a denominada Revolução Liberal que levou Getúlio Vargas ao poder, o qual baixou, com força de Constituição, o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, dispondo em seu art. 3º que “*o Poder Judiciário Federal, dos Estados, do Território do Acre e do Distrito Federal continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente e as restrições que desta mesma lei decorrerem desde já*”.

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1934

Curto foi o império da vigência da Constituição de 1934, embora duradoura a sua influência.

Surgiu a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934 no bojo da imensa crise de reformulação da sociedade e do Estado, causada pelos novos processos econômicos e sociais que por si só sepultaram os postulados liberais do século anterior, a conduzir a estulto absentismo do Poder Público.

A Constituição mexicana de 1917, a Constituição da União Soviética de 1918 e a Constituição alemã de 1919, promulgada na pequena cidade de Weimar,¹² implantaram novas soluções políticas e jurídicas e impressionaram o nosso legislador constituinte de 1934, que, mesmo não abandonando

¹² O terrível regime nacional-socialista, sob a férrea liderança de Adolf Hitler, se não respeitou, ao menos não teve a coragem de tentar revogar a Constituição de Weimar, a qual ficou nominalmente mantida embora repetidamente violada.

de todo o paradigma estadunidense, começou a caminhar em direção às constituições parlamentaristas européias.

Assim, foi mitigado o modelo federativo, concentrando-se mais poder no governo central, e, em conseqüência, foi alterado profundamente o Poder Judiciário, que não só recebeu a Justiça eleitoral instituída em 1932, criando-se o mandado de segurança como instrumento célere para a proteção dos direitos não tutelados pelo *habeas corpus*, alterando-se a denominação do mais Alto Tribunal, que passou a se chamar *Corte Suprema*, e introduzindo-se o recurso extraordinário como instrumento de controle da prevalência da Constituição e das leis federais quanto às causas decididas em única ou última instância pela Justiça estadual.

Alteração que diretamente nos interessa foi a introdução da representação para intervenção da União no Estado-membro como instrumento jurídico para a execução de ordens e decisões dos juízes e tribunais federais e, principalmente, também assegurar a observância dos princípios constitucionais da forma republicana representativa, independência e coordenação dos Poderes, temporariedade das funções eletivas, autonomia dos Municípios, garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público estaduais, prestação de contas da administração, possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la e representação das profissões nos órgãos legislativos segundo o padrão federal.

Assim, como até hoje está nos arts. 34 a 36 da Constituição de 1988, introduziram-se mecanismos de intervenção a serem efetivados através de processo judicialiforme instaurado perante o Supremo Tribunal, mediante representação do Procurador Geral da República¹³ em caso de vulneração dos princípios constitucionais que depois Raul Machado Horta denominou de *princípios constitucionais sensíveis*, além de se prever a intervenção material por descumprimento de decisão judicial.

Ressalte-se o esforço do legislador constituinte, pela adoção da representação para a intervenção,¹⁴ de transformar a questão política de ingerência

¹³ Constituição de 1934, art. 12, § 2º: “Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”.

¹⁴ A doutrina denominou a representação para intervenção de ação declaratória de inconstitucionalidade, pois a Corte Suprema simplesmente declarava a inconstitucionalidade, procedendo a comunicação ao Presidente da República para que este viesse com o decreto de intervenção, como até hoje está no art. 36, § 3º, da Constituição de 1988, inclusive a dispensar o decreto da apreciação pelo Poder Legislativo.

da União nos Estados em questão jurídica, a ser decidida por fundamentos técnicos expostos em decisão da Corte Suprema, alçada, assim, a um papel político e não mais de aplicador jurisdicional do Direito.

A representação para intervenção, em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis, constitui processo de natureza objetiva, independentemente da existência de efeitos concretos da lei impugnada, legitimando ativamente o chefe do Ministério Público federal e passivamente os órgãos que elaboraram a lei impugnada.

Até então, o controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais brasileiros, na República Velha, adotava o modelo estadunidense e, a partir de 1934, com a representação para intervenção, passou também a adotar padrão de controle de constitucionalidade que herdamos da Europa continental, com o modelo elaborado por Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1922, com a criação de tribunal ou corte constitucional como órgão vinculado ao Parlamento.

A Áustria, que até 1920 adotava o modelo francês, aperfeiçoou o seu modelo, criando uma Corte Constitucional para, de modo concentrado e unicamente por via de ação direta, exercitar o controle de constitucionalidade. Com a reforma de 1929, admitiu-se que os órgãos de segunda instância da justiça remetessem à Corte Constitucional a decisão de questões incidentais de inconstitucionalidade, com pronúncia *ex tunc*; os órgãos judiciais de primeira instância são obrigados a cumprir a lei, ainda quando parem dúvidas sobre a sua compatibilidade com a Constituição. É o modelo adotado pela Alemanha, Itália, Espanha, Turquia, Chipre, Grécia e Bélgica.

Sobre Kelsen e sua colaboração para a criação da Corte Constitucional austríaca, veja-se o seguinte trecho de artigo denominado “Hans Kelsen – vida e obra (anotações sobre o livro de Rudolf Aladár Métall)”, de Márcia Latgé Mannheimer e Letácio Jansen:¹⁵

“No final de outubro de 1918, o Dr. Karl Renner (Staats-Kanzler do Governo provisório alemão-austríaco) incumbiu Kelsen de trabalhar na elaboração da Constituição da República. Em 1919, Kelsen publica um texto comentado da Constituição da república austro-alemã, onde ele critica a técnica legislativa da Constituição provisória, e que teve grande influência para o futuro texto constitucional definitivo. O Dr. Karl Renner, ocupado com a difícil situação econômica do País, pouco podia trabalhar

¹⁵ Revista Forense, nº 339, p. 113 e segs.

nas questões constitucionais, limitando-se a dar a Kelsen as diretivas políticas essenciais.

O texto constitucional consagrava uma democracia parlamentarista, de estados autônomos, mas sem esvaziar muito a competência do Governo Central, utilizando como modelo, na medida do possível, a Constituição de Weimar, porém com uma definição mais democrática do Executivo do que a adotada naquela Carta. A tendência pessoal de Kelsen era elaborar um texto tecnicamente correto, sem defeitos, criando, com isto, garantias eficazes para assegurar a constitucionalidade da atuação estatal.

A Corte Constitucional, prevista no texto, foi a primeira na história do Direito Constitucional. Quanto aos direitos fundamentais, e no tocante às garantias de liberdade, o texto praticamente repete o da Constituição Federal de 1867. Em 1º de outubro de 1920, é promulgada a Constituição, aprovada pelo Parlamento sem modificações essenciais no texto de Kelsen. A criação, que lhe dava tanto orgulho, sobre a jurisdição constitucional, não sofreu qualquer modificação no Parlamento.”

A Corte Suprema, com a representação para intervenção, ganhou do constituinte brasileiro, pela primeira vez, uma competência que a fazia se aproximar do modelo europeu de Corte Constitucional.

Ressalte-se a grande diferença: a Corte Suprema, como o atual Supremo Tribunal Federal, era órgão judiciário, integrante do Poder Judiciário, e os seus ministros são juízes vitalícios; os juízes da Corte Constitucional europeia, em geral, exercem mandato com prazo certo, mesmo porque a Corte Constitucional é órgão auxiliar do Parlamento que os designa.

Ainda assim, na linha de orientação lembrada por Rui Barbosa de que aos tribunais não cabe o conhecimento das questões políticas, caracterizadas estas pelo conteúdo das decisões típicas de cada um dos Poderes, dispunha a Constituição de 1934, no art. 68, que “*é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas*”, disposição repetida no art. 94 da férrea Constituição de 1937.

De qualquer forma, iniludível o caráter político da decisão a ser proferida em sede de representação para intervenção ainda que o processo seja judicialiforme (com forma ou aparência dos processos jurisdicionais) e a decisão seja a síntese resultante do contraditório, que é a grande característica legitimadora do processo judicial.

Outra grande criação da Constituição de 1934 foi amortecer o regime presidencialista de governo (que se caracteriza pela nítida divisão das funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), através da instituição de órgãos de coordenação dos Poderes, como o do Senado Federal:

Art. 88. Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência.

Entre as inovações, de nítido caráter parlamentarista, destacam-se:

“Art. 91. Compete ao Senado Federal:

I. colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: ...;

II. examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais;

III. propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder;

IV. suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; ...”

O inciso II deferia, assim, ao Senado Federal o poder de velar pela legalidade dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo e o inciso III, o poder de propor ao mesmo Poder a revogação de atos administrativos, quando ilegais ou eivados de abuso de poder.

Já o inciso IV trouxe o que hoje está no art. 52, X, da Constituição de 1988, qual seja, o poder do Senado Federal de suspender a execução (ou coarctar os efeitos) de lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.¹⁶

Veja-se que o sistema da Constituição de 1934 conferia ao Senado Federal o papel de coordenador dos Poderes federais (Legislativo, Executivo e Judiciário). Nesse papel, as funções de zelar pela legalidade e legitimidade

¹⁶ Até hoje está no art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, embora com remissão à Constituição de 1967, a seguinte disposição: *“Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois de trânsito em julgado, ao Senado Federal para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição”*.

dos atos administrativos e dos regulamentos de leis, conduzindo, assim, à atribuição de suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional, fossem eles federais e, por que estamos em sistema federativo, também os estaduais e municipais, desde que assim fossem reconhecidos pelo órgão judiciário encarregado de tal atribuição, no caso, a Corte Suprema.

Também o princípio da reserva de plenário, chamado por Pontes de Miranda de *quorum mínimo para julgamento de inconstitucionalidade de regra jurídica*, foi criado entre nós pela Constituição de 1934, no título VIII, dedicado às disposições gerais, no art. 179: “*Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder*”.

Tal regra tem nítido conteúdo processual, adentrando por si só nos ordenamentos jurídicos estaduais (pois o Código nacional de Processo Civil somente entrou em vigor em 1939) e nos regimentos internos dos Tribunais, entre eles, e principalmente, a Corte Suprema, a quem se conferiu, pela mesma Constituição de 1934, o poder de processar e julgar o recurso extraordinário para a preservação das normas constitucionais.

Embora o anteprojeto de Constituição exigisse o quorum de 2/3 (dois terços),¹⁷ na redação final ficou na maioria absoluta da totalidade dos membros do pleno do Tribunal; isto é, mais da metade dos integrantes do tribunal acolhem o mesmo fundamento para o reconhecimento da incompatibilidade do ato normativo em face do texto constitucional.

6. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1937

O caráter autoritário e centralizador da Carta de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em momento extremo da política nacional, foi avesso ao controle da constitucionalidade das leis, mesmo porque durante a sua vigência não se elegeram os integrantes do Parlamento, ficando autorizado o Chefe do Executivo a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis.

¹⁷ Interessante observar que tal *quorum* qualificado retornou ao controle de constitucionalidade através da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 27: “*Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”.

Além do mais, quanto ao princípio da reserva de plenário, assim constava: “Art. 96. *Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.*”

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”¹⁸

Observe-se que o *caput* passou a restringir o controle de constitucionalidade sobre atos do Presidente da República, figura que ganhou tanto relevo naquela Carta que sequer se referia a Poder Executivo, mas a Presidente da República, centro da política nacional, do relacionamento entre os Poderes do Estado e do regime federativo.

7. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

A redemocratização do País, em decorrência do triunfo dos Aliados sobre os Estados totalitários do nazismo e do fascismo, conferiu à Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 caráter político-liberal, descentralizador em reação ao centralismo da Constituição de 1937, federativo, garantidor dos direitos individuais, repristinando as inovações trazidas pela Constituição de 1934, sem permitir, no entanto, a solução das crises institucionais que se tornaram constantes.¹⁹

Mas o caráter liberal da Constituição de 1946, fruto de consenso entre as diversas correntes ideológicas que podiam se manifestar logo após o término da Segunda Guerra Mundial, e simultaneamente impressionadas pelo poderio presidencialista estadunidense e pelas lições da Europa

¹⁸ Somente com a redemocratização e através da Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945, foi revogado tal parágrafo único que, na verdade, introduzia uma verdadeira emenda constitucional para caso concreto, alterando a decisão do Tribunal. Contudo, desde logo, se vê aí a idéia, que muito mais adiante vingou, no sentido de que o precedente criado pelo reconhecimento incidental da inconstitucionalidade passaria a ter efeitos *erga omnes*, extrapolando dos estreitos limites subjetivos da coisa julgada.

¹⁹ Basta se ver que, no período entre 1946 e 1964, o único Presidente da República civil que, eleito, entregou o Governo a outro Presidente civil também eleito foi o grande mineiro Juscelino Kubitschek, embora o seu sucessor, Jânio Quadros, tenha inexplicavelmente renunciado oito meses depois...

continental parlamentarista, conservou diversos institutos no controle da constitucionalidade:

a) a representação para intervenção da União no Estado e deste no Município (arts. 7º e 23), excluído o Distrito Federal cujo Prefeito era nomeado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República;

b) o poder do Senado de suspender, no todo ou em parte, a execução de leis ou decretos achados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64);

c) o recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes (art. 101, III); e

d) o princípio da reserva de plenário (art. 200).

7.1. O controle de constitucionalidade após 1965

No bojo de reforma tributária engendrada pelos Ministros Otavio Bulhões e Roberto Campos, desta forma alterando profundamente o sistema tributário nacional através da Emenda Constitucional nº 18, promulgada em 1º de dezembro de 1965, veio também a Emenda Constitucional nº 16, promulgada em 26 de novembro do mesmo ano, alterando, entre outros, a redação de diversos dispositivos da Constituição de 1946:

“Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

...

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

...

Art. 124 (sobre a Justiça estadual)...

...

XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição do Estado.”

A representação para intervenção, ou ação declaratória de inconstitucionalidade, foi criada pela Constituição de 1934 como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade nos casos de alegada ofensa aos princípios constitucionais sensíveis que hoje estão no art. 34, VII, da

Carta de 1988. Com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, vieram os seus primeiros frutos, ampliando o seu objeto para alcançar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta da República; e de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição estadual.

A representação para intervenção, antes e até agora, é instrumento de ingerência constitucional da União no Estado, ou do Estado no Município, em que o tema de inconstitucionalidade do ato era declarado em ação perante as Cortes máximas da União ou do Estado, ensejando, em caso de intervenção material (atual art. 34, VI) ou intervenção normativa (atual art. 34, VII) a requisição ao Chefe do Executivo que então viria com o decreto operando a intervenção.

Seu procedimento é regulado na Lei federal nº 4.337, de 1º de junho de 1964, e na Lei nº 5.778, de 16 de maio de 1972,²⁰ inclusive prevendo o procedimento do Procurador-Geral da República quando receber requerimento do interessado em que ele ingresse com a representação para intervenção.

A representação para inconstitucionalidade, hoje a atual ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e cujo procedimento é regulado na Lei nº 9.868/99, é instrumento de controle de constitucionalidade de lei federal ou estadual em face da Constituição da República perante o Supremo Tribunal Federal, e de lei estadual ou municipal em face da Constituição do Estado perante o Tribunal de Justiça do Estado. A prática instaurada no Supremo Tribunal Federal, em face da disposição que hoje está no art. 52, X, da Carta de 1988, mandava que, declarada a inconstitucionalidade, fosse a mesma comunicada ao Senado Federal pelo Supremo Tribunal Federal e, por simetria, à Assembleia Legislativa pelo Tribunal de Justiça quando este fosse o processante.

Insista-se: a atual ADIn é herdeira da representação para intervenção normativa, ampliando-se o seu legitimado ativo (antes o Procurador-Geral da República e agora ele e mais diversos outros órgãos públicos e entidades públicas e privadas), o seu objeto (antes para fins de intervenção por vulneração dos princípios constitucionais sensíveis e hoje para qualquer inconstitucionalidade, inclusive por omissão de legislar).

²⁰ Theotonio Negrão entende que tais leis foram revogadas pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regula o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (cf. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 33ª ed., São Paulo, Saraiva, nota 1 ao art. 31 da mesma lei, p. 1.021). Contudo, este autor ousa contestar tal entendimento, pois as mencionadas leis dispõem sobre alguns temas que não são tratados na legislação de 1999.

8. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1967

No regime da Constituição de 1967, assim como na vasta reforma empreendida através da Emenda Constitucional nº 1/69, foram mantidos, com mínimas alterações redacionais, os dispositivos constitucionais encontrados na Constituição de 1946 com a alteração da Emenda Constitucional nº 16/65 referentes ao controle de constitucionalidade.

A grande alteração que se deu no controle de constitucionalidade foi, antes de tudo, a mudança da prática do Supremo Tribunal Federal.

Como se debatia durante quase toda a década de 70 no processo administrativo 4.477/72, do Excelso Pretório, pressentiu-se a necessidade de alterar o regimento interno para obviar situação que se tornava intolerável e desgastante das instituições de controle de constitucionalidade.

A Suprema Corte comunicava a declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal, para que este resolvesse sobre a resolução hoje prevista no art. 52, X, da Carta de 1988, tanto em casos de controle incidental (pois o reconhecimento da inconstitucionalidade ficava restrito como prejudicial da decisão que, aí sim, alcançava os denominados limites subjetivos da lide e a resolução do Senado operava *erga omnes* nas esferas normativas federal, estadual e municipal) como de controle concentrado (pois reconhecimento da inconstitucionalidade na respectiva representação tinha conteúdo declaratório, necessitando da resolução senatorial para suspender *erga omnes* os efeitos da norma inconstitucional).

Mas o Senado Federal nunca se viu obrigado a automaticamente baixar a resolução suspensiva dos efeitos da norma impugnada, a despeito da prévia decisão sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal. Embora alguns doutrinadores já na época insistissem sobre tal vinculação, o certo é que o Senado somente o fazia quando achava conveniente, pois a sua deliberação, aí, tem nítido conteúdo político, nem se poderia dizer que a Alta Casa fosse mera homologadora das decisões do Supremo Tribunal Federal, para cujos membros, aliás, é o tribunal que processa e julga os crimes funcionais através de ação penal popular (Constituição de 1988, art. 52, II; Lei nº 1.079/50).²¹

E aí ocorria situação que se mostrava terrivelmente gravosa: a despeito de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, não só incidentalmente como através do controle concentrado, o Supremo Tribunal

²¹ O Senador Accioly Filho, antigo Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, foi saudososo político e constitucionalista que muito tratou do tema, inclusive na **Revista Legislativa do Senado**.

Federal se via obrigado a fazer a comunicação ao Senado Federal, que, por sua vez, se omitia – não importam aqui os motivos tópicos – de suspender a execução da norma impugnada.

Assim, milhares de demandas, através de recurso extraordinário e até mesmo através da medida cautelar referida no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, continuavam chegando na Suprema Corte e por ela deviam ser individualmente julgadas, ainda que se tratassem de ações repetidas, geralmente sobre tributos ou atos da Administração Pública, em que somente mudavam as partes. O papel do Supremo Tribunal Federal era, assim, meramente declaratório da constitucionalidade, cabendo ao Senado atribuir carga *erga omnes* à eficácia da norma impugnada.

Já na década de 60, ainda na vigência da Constituição de 1946, nas Representações para intervenção de nº 466 e 467, relatadas, respectivamente, pelos Ministros Ary Franco e Vitor Nunes,²² o Supremo Tribunal Federal deferia liminar, suspendendo a eficácia dos atos impugnados, o que representou, na prática, adiantar, pela via cautelar, ato que não era da Corte mas que por ela seria requisitado, a final, ao Poder Executivo.

Note-se, no entanto, a grande diferença, pois na representação da intervenção o ato interventivo seria requisitado (e não solicitado!) pelo Supremo Tribunal ao Chefe do Executivo, enquanto na representação de inconstitucionalidade a comunicação ao Senado Federal não tinha caráter requisitório, mas meramente deflagrador do respectivo processo legislativo, pois a suspensão dos efeitos do ato impugnado somente ocorreria com a edição da resolução pela Câmara Alta.

Ocorre que em 15 de março de 1975, como estatuído na Lei Complementar federal nº 20/74, aconteceu a fusão entre os antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, criando-se o atual Estado do Rio de Janeiro pela inserção, neste, das estruturas orgânico-funcionais de poder dos Estados fundidos, o que representou hercúleo esforço sob a execução do então Governador Faria Lima, escolhido pelo Presidente Ernesto Geisel, que tomara para si a responsabilidade histórica por tal empreendimento.

Em decorrência da fusão, foi necessário proceder à integração entre os antigos Tribunais de Justiça dos Estados, fundidos para compor o Tribunal de Justiça do novo Estado, o que compreendia unificar duas carreiras de magistratura que eram diferentes quanto às respectivas entrâncias.

²² Revista Trimestral de Jurisprudência nº 23, p. 1

Nos termos do art. 144, § 5º, da Emenda Constitucional nº 1/69, que era o texto constitucional em vigor na época, o Tribunal de Justiça baixou a Resolução nº 1, de 21 de março de 1975, dispondo tanto sobre a organização judiciária como sobre a carreira da magistratura, o que regeria as determinações administrativas de remoção e promoção que logo deveria fazer para suprir as lotações de cargos vagos e assim impedir a paralisação dos serviços judiciários.

Os juízes do antigo Estado do Rio de Janeiro, reunidos na Associação Fluminense dos Magistrados, e nos termos do disposto no art. 119, I, “1”, da Constituição, através de requerimento elaborado por Gusmar Visconti de Araújo, dirigiram-se ao então Procurador da República, clamando pelo ajuizamento da representação e argüindo a urgência que indicava o deferimento de liminar pelo Excelso Pretório.

Na esteira da prática implantada por Themistocles Brandão Cavalcanti desde o final da década de 50, quando exerceu com proficiência o mesmo cargo, o Procurador-Geral da República capeou o requerimento dos juízes com a sua petição inicial, sem se alongar nos fundamentos das alegadas inconstitucionalidades sobre diversos dispositivos da resolução, reservando-se para manifestação mais densa e profunda quando chegasse o momento de atuar como *custos legis*, a final.

A representação tomou o nº 933, sob o relato do Ministro Thompson Flores, que logo a submeteu ao Plenário para apreciação da medida liminar, convencidos todos da urgência da situação, mas controvertida a plausibilidade, pois a Suprema Corte não estava expressamente autorizada pela Constituição a conceder cautelar em representação por inconstitucionalidade, mesmo porque o provimento final seria declaratório, necessitando do *referendum* do Senado Federal através da resolução prevista hoje no art. 52, X, da Carta de 1988.

O Ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmin assim votou:

“Senhor Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente relator, entendendo que há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional: nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica,

como a execução, como o processo de conhecimento.

...

Vamos separar as questões: do cabimento da medida ou da oportunidade e conveniência da medida, que são questões diferentes. Mesmo que se trate de uma ação direta de inconstitucionalidade, entendo que há possibilidade de remédio cautelar, desde que a parte formal que propõe a ação alegue que tem necessidade do provimento cautelar, para que, afinal, a decisão não venha encontrar situação que impossibilite a eficácia da decisão tomada. Não vejo impedimento a que se atenda a este pedido.

Observa Vossa Excelência que seria, de certa forma, incabível a medida, porque aí se trata de lide em que não se fixam interesses concretos para justificá-la. É um pedido de declaração em abstrato de inconstitucionalidade de uma lei. Mas temos que reconhecer que se admite este tipo de ação, há uma parte formal que está intitulada a propô-la. A esta parte formal caberá dizer se há interesse na medida da cautela.

Para conservarmos os princípios processuais, temos que admitir que o legitimado a pedir uma proteção no processo de conhecimento também está legitimado a pedir a proteção no processo cautelar.”

Em posição adversa, o Ministro Eloy da Rocha afirmou que, na ação direta de inconstitucionalidade, a prestação judicial finda com a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e que não cabe ao Poder Judiciário suspender a execução, competência precípua que a ordem constitucional então vigente concedia ao Senado Federal, no seu art. 42, X:

“Na ação direta de inconstitucionalidade, para declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual, a prestação jurisdicional se exaure nessa declaração. Em caso concreto, seja em qualquer ação, seja na ação de mandado de segurança quando se argúi e reconhece a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público, a sentença nunca suspende, em tese, a execução da lei ou do ato. A sentença assegura o direito subjetivo violado ou ameaçado, declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato, que, em conseqüência, não terão aplicação, tão só, em relação ao titular do direito.”

Nessa vertente do pensamento, entendia que deveria ser denegada a medida cautelar antecipatória, pois, a seu ver, o provimento final (a decisão judicial declaratória) não teria o condão pretendido na cautelar, qual seja, antecipar o provimento senatorial que, este sim, teria efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, a partir daí suspendendo os efeitos (mas não revogando!) da lei ou do ato impugnado.

No entanto, sob o impressionante peso do pensamento de que o poder acautelar é inerente ao poder de decisão, a maioria concedeu a liminar, antecipando o Tribunal, assim, a tutela própria da resolução senatorial.

Mas se o Supremo Tribunal Federal poderia conceder cautelar antecipando os efeitos da resolução de órgão legislativo, desde logo se viu desnecessário que nas representações de inconstitucionalidade fosse a decisão comunicada ao Senado Federal, ficando, assim, reservada a comunicação ao órgão legislativo somente para os casos de reconhecimento incidental de inconstitucionalidade.

Aliás, nesse sentido, respaldando a posição que a Suprema Corte tomou na Representação nº 933, ao conceder a cautelar, dois anos depois veio a Emenda Constitucional nº 7, outorgada por Ernesto Geisel em 13 de abril de 1977, dispondo sobre o que se denominou de *Reforma da Justiça*, instituindo regime nacional único para a Magistratura através da *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*, somente editada em 1979, e alterando a competência do Supremo Tribunal Federal com nova redação do art. 119, I, destacando-se o seguinte:

“l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou de ato normativo federal ou estadual;

...

o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; e

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.”

Enfim, pela célebre decisão cautelar proferida na Representação de Inconstitucionalidade nº 933, pela única e exclusiva vez em toda a história, até então, do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal transcendeu o seu caráter de órgão jurisdicional para alcançar o patamar legislativo e, assim, adentrar em tarefa que não era típica da função jurisdicional.

De fato, ao julgar a inconstitucionalidade incidentalmente, a Corte o faz no seu papel de órgão jurisdicional, aplicando o Direito ao caso concreto para dirimir o conflito de interesses. Declarando a inconstitucionalidade incidentalmente, e após o trânsito em julgado da decisão definitiva, o Excelso Pretório fazia a comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X, da atual Constituição, e tal resolução, se emitida pelo órgão legislativo, teria nítido caráter legislativo, operando *erga omnes*, alcançando quem não fora parte na causa judicial, adentrando, conforme o ato impugnado, nas esferas normativas federal, estadual ou municipal.

No entanto, o apontado precedente representou para o Supremo Tribunal Federal a travessia do Rubicão entre as suas funções jurisdicionais (do caso concreto) e as funções legislativas (de dispor *erga omnes*, com eficácia de lei); de órgão do Poder Judiciário para funções do Poder Legislativo, de função até então considerada como de “técnica de julgamento” para função de amplo campo político, de discricionariedade ou conveniência.

É certo que a tal foi compelido pelo império das circunstâncias e pelo fato de que recebera, pela Emenda Constitucional nº 16/65, o poder de julgar a ação direta de inconstitucionalidade, embora, até então, não tivesse a Suprema Corte autoridade própria para fazer cessar os efeitos da norma impugnada, o que dependia de resolução senatorial.

Do modelo estadunidense da U. S. Court, com atribuição de processar e julgar os casos concretos, concretizando individual e concretamente a norma para as partes, e que só tem poder vinculativo dos demais órgãos judiciais pelo sistema tradicional do *stare decisis quieta movere*, caminhou-se (a passos tímidos, é forçoso reconhecer...) para o modelo continental europeu da Corte Constitucional como órgão do Parlamento e, assim, desinibidamente atuando como legislador, dispondo para todos através de norma que visa regular os casos futuros.

Há quem diga que o momento político, em 1975, era o adequado para que a Corte Suprema avançasse do estágio técnico e jurisdicional para o nível legislativo e político, pois a força do Governo Militar, naquele momento

histórico, constrangia e infirmava o Congresso Nacional. Contudo, e como se demonstra neste breve esboço histórico do controle de constitucionalidade, a evolução foi lenta mas duradoura.

A Emenda Constitucional nº 7/77 não só respaldou o precedente ao conceder formalmente ao Supremo Tribunal Federal o poder de processar e julgar *o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República*, como a função, tipicamente legislativa, de proceder à interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Ressalte-se a enorme distância entre as funções legislativas na representação de inconstitucionalidade e na representação para interpretação: naquela se trata de função legislativa negativa, pois se extrai a eficácia pela suspensão dos efeitos da norma impugnada; nesta se trata de função legislativa positiva, pois se agrega à norma genérica e abstrata uma nova qualificação jurídica, uma inovação normativa.

É certo que razões históricas somente permitiram ao Supremo Tribunal Federal processar poucas representações para interpretação, entre elas se destacando o conhecido e controvertido julgamento quanto ao Decreto-lei nº 2.019, que tratava de matérias referentes à remuneração dos magistrados, entendendo-se que alguns dispositivos alcançavam todos os magistrados, federais e estaduais, e outros – justamente aqueles referentes à remuneração – somente beneficiavam os magistrados federais.

Quanto à advocatória,²³ que também, introduzida pela Emenda Constitucional nº 7/77, poucas vezes foi utilizada pela Suprema Corte, mesmo porque o Procurador-Geral da República, que acumulava as funções que hoje estão separadas entre o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União, a poucas incursões nesta área se aventurou.

²³ Notem-se os específicos fundamentos e fins da advocatória: “quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”. Contudo, desde a lei que primeiro regulou o processo do mandado de segurança, a Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, substituída depois pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, esta complementada pela Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, temos a ação cautelar denominada de *suspensão de segurança*, como estatui o art. 4º desta última lei, do seguinte teor: “quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato”. Daí se vê por que a advocatória foi poucas vezes

De qualquer forma, o pêndulo da História alcançou os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 com a idéia de que seria possível se transformar, sem grandes rupturas do sistema até então existente, o Supremo Tribunal Federal da matriz americana para Corte Constitucional de matriz européia.

9. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituinte de 87/88, como não podia deixar de ser, por se tratar de assembléia debatendo o exercício do Poder, muito discutiu sobre o Poder Judiciário e sobre a sua estrutura e funções no Estado Democrático de Direito, muitas vezes partindo da ferrenha e desarrazoada crença de que poderiam os tribunais, por si só, redimir os pecados do sistema político.

Ao fim de tantos debates, acabou ficando o Poder Judiciário, salvo poucas alterações, com o mesmo formato que oferecia nos tempos últimos da ditadura militar, inclusive quanto às funções do Supremo Tribunal Federal, que, se perdeu as atribuições de velar pela legislação federal, o que passou para o Superior Tribunal de Justiça, ganhou maiores atribuições no papel de guardião da Constituição, como passou a constar no *caput* do art. 102 da Constituição promulgada, em 5 de outubro de 1988, pelo velho político liberal Ulysses Guimarães.

A ação direta de inconstitucionalidade ganhou muitos legitimados ativos e não mais só o Procurador-Geral da República, como constava no antigo art. 119, I, 1, da ordem constitucional derogada.

A multidão de legitimados ativos levou à construção de uma nova técnica de seleção, passando-se a exigir o que se denominou de *pertinência subjetiva* entre o legitimado constante dos incisos do art. 103 com o tema em debate na ação direta de inconstitucionalidade. Daí somente o Presidente

requerida pelo Procurador-Geral da República, pois a suspensão de segurança tinha a mesma capacidade de produzir efeitos sem o deletério efeito de carrear para o mais Alto Tribunal a cognição plena da lide, em instância única. Sobre o tema, consultar Cristina Gutiérrez, **Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, notando o precedente estabelecido por José Nery da Silveira quando Presidente do antigo Tribunal Federal de Recursos, a destacar o conteúdo amplo de discricionariedade do Presidente do Tribunal na apreciação do requerimento, em face da ampla normatividade dos conceitos indeterminados de ordem, saúde, segurança e economia públicas.

da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos dispõem de interesse processual para ofertar ação direta de inconstitucionalidade sobre qualquer tema, enquanto os demais legitimados não de demonstrar, em cada ajuizamento, tal interesse, como, por exemplo, a Associação dos Magistrados Brasileiros, entidade de classe de âmbito nacional, que somente poderá ofertar ação impugnando lei ou ato normativo cujo conteúdo tenha relação com os seus associados.²⁴

Instituiu-se expressamente a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa (art. 102, § 2º), instrumento do controle concentrado, a par do mandado de injunção, instrumento do controle incidental de constitucionalidade, que, no entanto, ainda não mereceu jurisprudencialmente o devido tratamento que viabilizasse a sua utilização.

O Procurador-Geral da República passou a ter o dever de atuar em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal e, para a defesa do ato impugnado no controle concentrado, passou o art. 102, § 3º, a exigir a prévia citação do Advogado-Geral da União.

No plano estadual, instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade local, como proclamou o art. 125, § 2º: “*cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais*”

²⁴ ADIMC 913/DF (medida cautelar na ADIn 913/DF), relator o Ministro Moreira Alves, julgada pelo Pleno em 18 de agosto de 1993, DJU de 05/05/1995: “*Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Art. 1º da Emenda Constitucional nº 3/93, na parte em que altera os arts. 102 e 103 do texto original da Constituição. Pedido de liminar. Já se firmou nesta Corte o entendimento de que as entidades de classe de âmbito nacional para legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade têm de preencher o requisito objetivo da relação de pertinência entre o interesse específico da classe, para cuja defesa essas entidades são constituídas, e o ato normativo que é argüido como inconstitucional (cf. as ADIns 77, 138 e 159). No caso, trata-se de questão interna do Poder Judiciário, cujo pretense interesse da magistratura é colocado em termos de contraposição de poderes entre seus órgãos sob a alegação de que os acrescidos a um – que é o seu órgão-cúpula – coartam a independência dos que lhe são hierarquicamente inferiores. Questões dessa natureza, que dizem respeito, *lato sensu*, à organização do Poder Judiciário, sem lhe coartarem a independência e as atribuições institucionais, não têm pertinência com as finalidades da autora, quer encarada estritamente como entidade de classe, quer encarada excepcionalmente como entidade de defesa do Poder Judiciário, porque, no caso, quanto a ele em si mesmo, nada há que defender por lhe ter a emenda constitucional impugnada ampliado o âmbito do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, porque não tem a autora, por falta de relação de pertinência, legitimidade para propô-la”.*

ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão”.

A criação da representação de inconstitucionalidade em nível estadual ofereceu, desde logo, uma grande dificuldade em face das *normas reproduzidas*, isto é, as normas constantes da Constituição estadual que não inovam mas simplesmente reproduzem o que está na Carta da República, pois o âmbito normativo constituinte do Estado-membro, em nossa federação, está limitado, como se vê no art. 25: “*os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*”.

Ciente de sua impossibilidade de atuar diretamente no controle de constitucionalidade sobre as leis e os atos normativos dos atuais 27 Estados e 5.500 municípios, resolveu o Supremo Tribunal Federal que o filtro ficaria com as Cortes estaduais, cabendo recurso extraordinário das decisões proferidas nas representações de inconstitucionalidade, o que não parece consentâneo com o seu caráter legislativo negativo e com o efeito devolutivo do recurso.²⁵

E tudo assim caminhou no período entre 1988 e 1993, cristalizando-se na comunidade jurídica que o papel da Suprema Corte deveria ficar restrito ao controle jurisdicional da constitucionalidade de forma incidental às causas que lhe fossem admitidas, e que o seu controle concentrado ficaria restrito ao papel de legislador negativo, suspendendo os efeitos da norma considerada inconstitucional, bem como declarando a omissão legislativa.

9.1. O papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal

A questão tributária foi o fundamento da *Magna Charta Libertatum*, de 1215, instrumento de garantia que os senhores feudais arrancaram do

²⁵ Reclamação 358/SP, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 08/06/01: “*Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. - A ação direta de inconstitucionalidade em causa foi, afinal, julgada procedente exclusivamente com base em dispositivos constitucionais estaduais, ainda que de reprodução de dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros. - Ora, esta Corte, desde o julgamento da Reclamação 383, por seu Pleno, firmou o entendimento de que é admissível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros – e, portanto, por via de consequência, seu julgamento por esses Tribunais com base nesses dispositivos constitucionais estaduais –, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual que faz essa reprodução contrariar o sentido e o alcance da norma constitucional federal reproduzida. Reclamação julgada improcedente”.*

soberano inglês para que não fossem depois por ele cobrados em prévia anuência (*no taxation without representation*).

No Brasil, e especificamente no controle de constitucionalidade, salvo quanto às inovações da Constituição de 1934, de evidente conteúdo político-ideológico pela crise então existente sobre os fins e a natureza do Poder Público, a questão tributária foi o grande impulso, como vimos na edição da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, e pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Aquela surgiu em momento de transição da política nacional, com o poder militar conferindo ao Governo central força suficiente para ultrapassar os pendores oligárquicos estaduais; esta também surgiu em momento de transição nacional, pela instabilidade política que se seguiu ao *impeachment* de Fernando Collor e pelo consenso das forças políticas em torno do Presidente Itamar Franco, buscando soluções para o solapamento do sistema econômico pelo fenômeno da inflação, então crônico, de mais de quarenta anos, cujas causas estariam no descontrole do Poder Público.²⁶

No que mais diretamente nos interessa neste momento, a Emenda Constitucional nº 3, proposta pelo Poder Executivo e rapidamente aprovada pelo Congresso Nacional, alterou a redação de diversos dispositivos constitucionais, entre os quais, citam-se:

- no art. 102, acrescentou-se à competência originária do Supremo Tribunal Federal, na alínea “a”, do inciso I, “*a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*”, passando o parágrafo único do mesmo artigo a ser o § 1º, com o acréscimo de novo parágrafo, dizendo que “*as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo;*” e

- no art. 103, foi acrescentado o § 4º, dispondo que “*a ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República*”.

Evidente o conteúdo legislativo positivo da ação declaratória de constitucionalidade, pois através do provimento de procedência agrega-se ao ato normativo a qualidade ou eficácia de imunizá-lo ao controle incidental de

²⁶ Veja-se, sobre a crise brasileira e a Emenda Constitucional nº 3/93, deste autor, o capítulo I de **Ação declaratória de constitucionalidade**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.

constitucionalidade; isto é, a decisão da Suprema Corte na ação declaratória de constitucionalidade tem o impressionante efeito de impedir que juízes e administradores públicos neguem aplicação à norma infraconstitucional sob o fundamento de ser a mesma incompatível com a Lei Maior.

Aliás, pela ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ganhou um poder que nem mesmo dispõe o próprio Poder Legislativo, pois este, em face da Constituição rígida, não consegue imunizar os seus atos, ainda que emenda constitucional, ao controle de constitucionalidade incidental ou concentrado.

O surgimento da ação declaratória de constitucionalidade propiciou reações de diversos setores da sociedade, mas tais manifestações foram vencidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que proclamou a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, no tocante à ação declaratória de constitucionalidade, em decisão plenária de 27 de outubro de 1993, na questão de ordem suscitada pelo Relator Ministro Moreira Alves na ADC nº 1-1/DF, posta pelo Presidente da República e pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, cujo objeto era o reconhecimento da constitucionalidade da própria ação declaratória de constitucionalidade...

Outra importante decisão sobre o controle concentrado foi a proferida pela Suprema Corte no julgamento da ADCm nº 4, julgada em 11 de fevereiro de 1998, sob o relato do Ministro Sidney Sanches, citando o precedente da Representação 933, de 1975, e assim admitindo medida liminar – a despeito da Constituição somente se referir a ADIn no art. 102, I, “p” – em ação declaratória de constitucionalidade, com referência ao art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: “Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto no art. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. 2. Algumas instâncias ordinárias

*da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. nº 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na argüição de constitucionalidade, constante da inicial (“fumus boni iuris”). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do “periculum in mora”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. **Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.***

Atente-se para a parte posta em negrito: em sede cautelar, com efeito vinculante, e até o julgamento final da ação, foram suspensos os efeitos das concessões de tutela antecipada contra a Fazenda Pública – evidentemente que somente as que tivessem por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97 –, bem como – o que é mais extraordinário – foram suspensos os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido!

Em outras palavras, se a antecipação de tutela mandava pagar determinada quantia ao autor da demanda, o que já tinha sido pago não seria pedido de volta (aguardando-se, ao menos, a decisão final...), mas se ainda se estivesse pagando, a publicação da decisão da Suprema Corte tinha o extraordinário efeito de bloquear a continuação desses pagamentos, ainda que já tivessem precluído os respectivos meios de impugnação.

Evidente aí o caráter normativo – legislativo para alguns, constitucional para outros²⁷ – da decisão cautelar na referida ação declaratória de constitucionalidade, pois não só imunizou o art. 1º da Lei nº 9.494/97 do controle incidental de inconstitucionalidade, como, até mesmo, suspendeu os efeitos das decisões anteriores que tivessem por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do mesmo dispositivo legal.

Note-se que a decisão suprema incidia sobre cautelares concedidas pelos juízes, decisões tipicamente provisórias, ainda que já tivessem se esgotados os meios recursais de impugnação.

A partir daí passou-se a aceitar, com certa tranqüilidade, o papel legislativo, até mesmo positivo, do Supremo Tribunal Federal, através de leis ordinárias que concediam efeitos vinculantes às decisões não só do mais alto Tribunal como até mesmo dos demais Tribunais Superiores.

Típica dessa vinculação foi a nova redação que se imprimiu ao disposto no art. 557 do Código de Processo Civil:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)

²⁷ Teve caráter constitucional porque expressou a vontade da Constituição, a norma de conduta dela originada, regulando os efeitos da mesma norma constitucional perante o ordenamento jurídico.

§ 1º-A. *Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)*

§ 1º. *Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)*

§ 2º. *Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)”*

Ressalte-se: criou-se uma vinculação não só com súmula mas até mesmo com a jurisprudência dominante não só no Supremo Tribunal Federal como em outro Tribunal Superior; o relator negará (é comando imperativo) seguimento ao recurso que afrontar precedente ou, até mesmo, dará provimento ao recurso se a decisão impugnada afronta o mencionado precedente.

Vê-se, assim, que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que aprecie incidentalmente o tema de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, em qualquer das esferas governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), passou a ter dois níveis ou planos de efeitos: a) o nível interno, com função jurisdicional, no caso concreto, sobre as partes para as quais foi pronunciada a decisão, e b) o nível externo, com efeitos *erga omnes et ex nunc* (a partir do ato), com função legislativa, e efeitos indeterminados e abstratos.

Por este último efeito, que poderíamos denominar de *pan-processual* (porque alcança outros processos que não aquele em que foi proferido o precedente) ou até mesmo de *efeito normativo* ou *efeito legislativo* (posto que alcança sujeitos indeterminados prevendo condutas hipotéticas), as decisões do Supremo Tribunal Federal, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal, passaram a dispensar não só a comunicação ao Senado Federal, como exigido no art.

178 do seu Regimento Interno, como a própria resolução a que se refere o art. 52, X, da Constituição, dispositivo que, a partir daí, se tornou *letra morta*, como gostavam de dizer os antigos.

Há outros casos de vinculação às decisões do Supremo Tribunal Federal criados pela lei ordinária, como se vê quanto à argüição de inconstitucionalidade nos tribunais como procedimento de instrumentalização do princípio da reserva de plenário contido no art. 97 da Lei Maior:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juizes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999.)

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999.)

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999.)”

Veja-se o comando contido no parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, ao vedar aos órgãos fracionários a remessa ao Pleno, ou órgão especial, quando o tema já tiver sido objeto de anterior deslinde (em um ou outro sentido) não só pelo próprio Pleno ou pelo Supremo Tribunal, por seu plenário.

Mais se assemelha hoje o processo de controle de constitucionalidade nos tribunais com o processo legislativo realizado pelas Casas legislativas, pois, como se vê nos parágrafos do antes transcrito art. 482, poderão terceiros – e não só aqueles titulares da propositura de ação direta de inconstitucionalidade – se manifestar nos autos da argüição de inconstitucionalidade perante o pleno de Tribunal.

Frutos de tal compreensão do processo de controle de constitucionalidade foram a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro seguinte, sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A Lei nº 9.868/99 conferiu aos procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade nítido caráter legislativo, tomando como paradigma as normas regimentais das casas legislativas sobre a instrução dos projetos de leis e as normas gerais sobre a validade e eficácia das leis, como se vê em diversas disposições:

- no art. 11, mandando que a medida cautelar de ação direta de inconstitucionalidade seja publicada em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União;

- no art. 11, §§ 1º e 2º, as determinações de que a medida cautelar é dotada de eficácia *erga omnes* e *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (e antes se considerava que as leis não podiam retroagir...);

- no art. 20, § 1º, como se fosse a instrução por comissão legislativa, declarou-se o poder do relator de até mesmo *fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria*;

- no art. 27, a possibilidade de concessão de efeitos diferidos no tempo da decisão que der pela inconstitucionalidade;

- no art. 28, *caput*, a determinação de publicar a parte dispositiva do acórdão nos Diários Oficiais da União e da Justiça; e

- no art. 28, parágrafo único, a concessão de eficácia *erga omnes* e de efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todos os níveis federativos *à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição*²⁸ e a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*.²⁹

A Lei nº 9.882/99, no mesmo diapasão e a despeito do caráter incidental da argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevê:

- no art. 5º, § 3º, embora respeitando a coisa julgada, que a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental;

- no art. 6º, § 1º, a mesma redação do art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99; e

- no art. 11, a mesma redação do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

10. CONCLUSÃO

Trata-se de um breve histórico do controle da constitucionalidade e a conclusão ainda não merece ser escrita pois continua o impressionante fluxo da realidade política e social sobre as normas jurídicas.

O que se pode ver, até agora, é que no Brasil, como em outros países,

²⁸ O texto legal autoriza o Supremo Tribunal Federal a proceder à interpretação conforme a Constituição em sede de ADIn ou de ADC, o que o Excelso Pretório faz, em casos tais, com supedâneo na expressa ordem do art. 126 do Código de Processo Civil de que os juízes devem aplicar as normas legais, e, não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Então, pela analogia, poderá o próprio Supremo Tribunal Federal, assim como os demais órgãos judiciais, inclusive os juizes monocráticos, na resolução das lides, utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição.

²⁹ O Chefe do Executivo somente pode opor veto parcial a texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (Constituição, art. 66, § 2º)

o controle da constitucionalidade das leis passou a ser a grande arena em que se digladiam os interesses que movem a sociedade moderna, desconfiada aqui e alhures do positivismo jurídico e muito mais confiante nos valores que são indicados pela Constituição e pelas leis, mas que não se esgotam na letra fria do texto legal. ◆