

Evolução do Controle de Constitucionalidade no Sistema Jurídico Brasileiro

Development of Judicial Review on the Brazilian Legal System

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1986), Mestrado (1999) e Doutorado (2002) em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor Associado I da Universidade Federal de Pernambuco, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Administrativo, Desapropriação, Direitos Fundamentais, Direito do Estado, Princípio da Boa-Fé e Jurisdição Constitucional.

Submissão: 13.04.2016

Decisão Editorial: 02.05.2016

Comunicação ao Autor: 02.05.2016

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre o desenvolvimento no território nacional da ideia de supremacia da Constituição, partindo da descrição e análise dos modelos de controle da constitucionalidade adotados pelas constituições promulgadas desde a independência, com realce, além dos institutos constantes do direito explicitados em regras constitucionais, das construções formuladas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; controle de constitucionalidade; história.

ABSTRACT: This paper aims to discourse about the development of the idea of constitution's supremacy in the country, based on the description and analysis of the judicial review models adopted by the enacted constitutions since independence, with emphasis, beyond the law institutes explicit in constitutional rules, on the constructions made by the jurisprudence of the Supreme Court.

KEYWORDS: Constitution; judicial review; history.

SUMÁRIO: I – Sobre os objetivos deste escrito; II – No início, uma ausência de controle?; III – A construção de um modelo; IV – Avanço e retrocesso; V – O princípio de uma viragem; VI – O controle limitado; VII – Uma pretensão de plenitude; Referências.

I – SOBRE OS OBJETIVOS DESTA ESCRITA

A caminhada para a supremacia da constituição é longa, sendo feita, de forma paulatina, com passos para o futuro, mas que, em nenhum momento,

desprezam o passado, no qual, alternando-se a calma e a turbulência, foi travada a luta – eterna, aliás – de Sísifo.

Daí que, em se considerando que o Estado constitucional é indissociável do respeito à constituição, afigura-se de importância que se proceda a uma investigação, considerada a escolha de um sistema jurídico específico, qual seja aqui o brasileiro, e doravante se analise como se desenvolveu – e vem se desenvolvendo – o controle de constitucionalidade.

Com isso, torna-se possível examinar a relação entre o tempo, o texto e a realidade constitucional. É que o sentido das normas – e as da Constituição, em face de seu colorido político – é fixado, e tem os desdobramentos, de acordo com uma base cultural, a qual não é estática. O ambiente constitucional (*l'air du temps*), portanto, é essencial.

Não se olvidará, na execução da tarefa, a observação de Paulo Bonavides, para quem os textos constitucionais, quando elaborados numa mesma época, bem assim com lastro nos mesmos ideais, guardam semelhanças. Eis, a respeito, as palavras do mestre:

As Constituições são como dinastias: têm as suas linhagens. De tal sorte que seus troncos se ramificam por distintos Estados no tempo e no espaço. Conservam um parentesco, quase sempre de carácter ideológico comum, que faz levantar do solo político, onde deitam as suas raízes, a árvore constitucional da liberdade e das competências dos poderes limitados.¹

De igual maneira, a imbricação inexorável entre texto e realidade, antes ressaltada, impõe que a análise se espraie além do conteúdo semântico das normas de cada fase constitucional, visto isoladamente, reclamando a menção a situações onde o enunciado posto diante do intérprete implicou o reconhecimento da superioridade deste, em virtude da riqueza de seu potencial interpretativo. De conseguinte, ganham relevo as inovações que fez a jurisprudência no desenvolvimento dos comandos constitucionais.

A sorte, pois, está lançada!

II – NO INÍCIO, UMA AUSÊNCIA DE CONTROLE?

O escritor, na atenta observação do mundo ao seu redor, retrata fatos, circunstâncias, lugares, tais como os vivenciou. Não nos surpreende, portanto, que, naquela que porventura foi a sua última crônica política, publicada na coluna “A Semana”, editada pelo jornal Gazeta de Notícias, no dia 13 de de-

1 Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 1996. p. 48-49.

zembro de 1896, e que mereceu reedição pelo Senado Federal², Machado de Assis tenha enfatizado, a propósito de discussão sobre a aprovação de tributos a serem pagos pelas companhias teatrais, mais precisamente sobre a distinção de tratamento ou igualdade tributária entre as companhias nacionais e estrangeiras, que referida arte teatral não era propriamente brasileira nem estritamente francesa, mas sim franco-brasileira, da mesma forma que a língua por ela utilizada não poderia se atribuir exclusivamente a Voltaire nem inteiramente a Alencar, consistindo num terceiro organismo feito com partes de ambas.

Esse traço, extraído da literatura, pode ser compreendido de forma mais ampla, a demonstrar a enorme influência que, entre nós, a cultura granjeou no século XIX. Isso nos mais diversos segmentos, sendo marcante aquela que se verificou em nossas instituições jurídicas e políticas.

Octacílio Alecrim³ afirma e realça esse influxo, principiando por dizer que decorreu pelo fato de que no Brasil, ao final do período colonial, o estudo da ciência política era praticamente algo desconhecido, seja porque aqui não havia uma só tipografia, ou mesmo uma universidade, mas também porque a vigilância real, na defesa do absolutismo, impedia qualquer manifestação livre de pensamento, chegando uma provisão de 14 de outubro de 1808 a proibir nas alfândegas o desembaraço de livros e papéis impressos sem a prévia licença do Desembargado do Paço, punindo a conduta infratora com prisão e multa.

Dáí esclarece que a elaboração da primeira constituição para o Brasil, a qual foi outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, mas que foi elaborada pelo recém-criado Conselho de Estado, bem como a inspiração que dominou a Constituinte instalada em 3 de maio de 1823, constituiu um trabalho de direito constitucional comparado, realizado à base da solidariedade por similitudes, no qual se sobressaiu a influência das linhas gerais da Constituição francesa de 1791, com a divisão do poder de legislar entre a nação e o monarca⁴. Não restou omissa em frisar que como difusor desses ideais muito contribuiu o exemplo das Cortes de Cádiz, com a promulgação da Constituição da Monarquia Espanhola de 17 de março de 1812, exemplo não só de uma reação ao invasor, mas, acima de tudo, um ato de nacionalismo ao adotar as diretrizes liberais, que serviu para influenciar o comportamento dos Estados europeus e das colônias ibéricas na América do Sul.

2 *O velho Senado*. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 71-78.

3 *Ideias e instituições no Império* – Influências francesas. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1953. p. 18-51 e 103-119.

4 Isso pode ser demonstrado pelo confronto do texto do art. 1º da Seção III, Capítulo III, Título III, da Constituição francesa de 1791 e o art. 13 da Constituição Imperial de 1824. Segue o teor de ditas regras: “Art. 1º Os decretos do Corpo legislativo são apresentados ao Rei, que pode lhes recusar o seu consentimento” (“Art. 1º *Les décrets du Corps législatif sont présentés au Roi, que peut refuser son consentement*”). “Art. 13. O Poder Legislativo é delegado à Assembleia Geral com a Sanção do Imperador”. Disponível em: www.planalto.com.br. Acesso em: 31.07.2015.

A explicação para tanto – diz-nos o autor – decorreu, por uma parte, da aplicação do método histórico, pois a adoção da forma de governo francesa de 1791 (monarquia constitucional) pela Constituição de 1824 foi uma transplantação racional, correspondente às aspirações de um mesmo espírito político no espaço e no tempo (França, Espanha, Portugal e Brasil) e, de outro, pelo método sociológico, uma vez o absolutismo real ainda influenciar nossas condições políticas, sociais e econômicas.

A presença marcante do modelo francês se encontrou – e talvez com maior intensidade – pela Constituição de 4 de 1814, outorgada por Luís XVIII, após a queda de Napoleão. Não apenas pelo exemplo que se seguiu com a atitude de Pedro I, ao dissolver a constituinte, mas porque a Carta Imperial de 1824 contemplou, na divisão de poderes, o Poder Moderador, inspirando-se no *Pouvoir Royal*, de modo a assegurar, nas relações entre o Imperador e o Parlamento, posição privilegiada em favor daquele, o qual, dentre vários atributos, ostentava o da escolha de todos os integrantes do Senado, que eram vitalícios, a partir da elaboração de listas tríplexes (art. 101, I).

A adoção do modelo francês, independente de ser o da Assembleia Constituinte de 1791, ou o da outorga da Carta Constitucional de 1814, ou ainda o da combinação deles, não propiciou o desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade dos atos estatais.

Isso porque – bem o demonstra Dalmo de Abreu Dallari⁵ – o constitucionalismo francês dos séculos XVIII e XIX, seguindo os trilhos da doutrina liberal, onde a liberdade era o bem supremo, ficando a igualdade num patamar secundário. No plano da ordem jurídica, o reflexo imediato foi a aprovação do Código Civil em 1804, o qual passa a ser visto como a expressão máxima do Direito, propiciando o surgimento da “idolatria da lei”.

Com isso, a constituição se manteve num plano secundário, sendo encarada como documento de valor meramente político, ofuscada pelo Código Civil, o qual era o diploma guardião da liberdade e propriedade individual⁶.

Constituindo um reflexo desse cenário, a Constituição Imperial outorgada em 25 de março de 1824, conforme era de se antever, não dedicou, no

5 *A Constituição na vida dos povos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104-109.

6 No contexto da exposição do autor, merece destaque a passagem seguinte: “Apesar da estreiteza dessa teorização, que acabou gerando os qualificativos ‘legicentrismo’ e ‘positivismo jurídico’, ela teve muitos seguidores e contribuiu para a consagração do Código Civil como lei fundamental. Uma das consequências disso foi o retardamento, por mais de duzentos anos, do reconhecimento da natureza jurídica da Constituição, que durante muito tempo foi exaltada e utilizada na França como instrumento essencialmente político, definidor de uma forma de governo oposta ao absolutismo e síntese dos valores éticos e objetivos políticos de um povo. Nessa perspectiva, não se dava eficácia jurídica aos preceitos constitucionais, que eram vistos como diretrizes recomendáveis, sem o caráter geral e obrigatório de uma lei” (Loc. cit., p. 108-109). O autor revisitou, com maior densidade, esse aspecto adiante, mais precisamente às páginas 219-228.

conteúdo dos seus preceitos, uma margem que permitisse o desenvolvimento de um modelo de efetivo de controle de constitucionalidade, ainda que por órgão político.

Pelo art. 15, VIII, consagrava como sendo da Assembleia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pela dos Senadores (art. 14), não somente o atributo de fazer as leis, mas, ao mesmo tempo, de interpretá-las, de suspendê-las e de revogá-las.

Sendo a interpretação das leis, em caráter geral, da alçada do próprio legislador, não haveria como se aferir, por uma via segura, o respeito, por parte das normas legais, aos preceitos constitucionais.

Nesse sentido, Pimenta Bueno⁷, com destreza, enfatizou que há duas espécies de interpretação, sendo elas a interpretação geral ou por via de autoridade e a interpretação por via de doutrina judicial. Quanto à interpretação da lei por via de autoridade, por medida geral, também chamada de autêntica, há de competir com exclusividade ao Legislativo.

É certo que, no art. 15, IX, consta a previsão de que à Assembleia Geral cabe velar pela guarda da Constituição. No entanto, tal competência, cujo exercício foi explicitado mais adiante, pelo art. 173, não era dotada do necessário caráter vinculativo.

Isso porque, consistindo, no entender de Pimenta Bueno⁸, em relatórios a serem levados a cabo por comissões das Câmaras, dando conta de infrações praticadas por algum ministério no intervalo das suas sessões que, além de parecer não atentarem para a prática de atos legislativos contrários ao texto magno, não seriam dotados de força coercitiva, situando-se antes no campo dos corretivos à consciência política dos infratores.

De outro lado, o Poder Judicial, na linha do art. 151, estava encerrado à solução de controvérsias, de natureza cível, entre particulares, e à apuração de fatos criminosos. Nem mesmo os conflitos de interesse entre a Administração e os cidadãos àquele era dado conhecer, uma vez submetidos a um embrionário e ineficaz contencioso administrativo.

7 Num didatismo digno de nota, foram as palavras do autor: “85. Interpretar a lei por via de autoridade ou via legislativa, por medida geral, abstrata ou autêntica, termos que são equivalentes, é determinar legítima e competentemente qual o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que deve ser observado sem mais dúvida ou hesitação, é em suma estabelecer o direito. Esta interpretação pertence essencial e exclusivamente ao Poder Legislativo, não só pela determinação expressa e categórica do artigo constitucional que desenvolvemos e do ato adicional, art. 25, como pela natureza de nosso governo, divisão e limites dos poderes políticos. Sem dúvida que, quando isso não fosse mais que expresso, ainda assim mesmo resultaria dos princípios constitucionais como uma consequência e necessidade indeclinável” (Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Coleção Formadores do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 130-131).

8 Loc. cit., p. 170.

Tal não decorria somente da letra do dispositivo constitucional, mas também do entendimento que, com base nesta, expressou a doutrina⁹. Não se quer afirmar, com isso, que ao Judiciário tocava uma pura e literal aplicação da lei. A este não se desconhecia um apanágio interpretativo, indissociável do juiz diante pelo seu contato com a realidade, para o fim de estender, esclarecer e, nalguns casos, suprir as lacunas da lei, mediante o recurso aos princípios gerais do Direito, à equidade e aos costumes.

Quanto à ideia de inconstitucionalidade das leis e de outros atos estatais, a consciência de então se mantinha praticamente alheia, de modo que não constituía preocupação assente do Legislativo nem sequer dos juízes.

Houve, no período, quando muito, manifestações escassas, longe de representar o embrião de uma teoria.

Uma delas foi uma oposição do Estado de Pernambuco contra a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823 por parte do Imperador D. Pedro I, bem como pela redação a mando deste de projeto de constituição, tornada célebre em pronunciamento do frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Este, ao reluzir a ilegitimidade das bases da futura carta constitucional brasileira, com relevo ao poder moderador, bem assim ao próprio ato de outorga, a partir de um confronto com os valores do constitucionalismo de então, pode ser capaz de expressar um esboço do que, mais recentemente, veio a denominar-se de inconstitucionalidade das normas constitucionais¹⁰.

Também alheia ao Judiciário, outra discussão teve seu início com a recusa do então Coletor de Rendas Gerais do Município de Resende em matricular alguns escravos em nome de José Pereira da Silva Porto.

O fato decorreu de haver referido senhor deixado de matricular, no tempo devido, vários escravos, sendo então compelido a intentar, para esse fim, demanda, nos termos do Regulamento de 1º de dezembro de 1871, obtendo

9 A lição de Pimenta Bueno é elucidativa: “452. O poder Judiciário deduz seu nome de sua própria missão; é ele quem examina a natureza e circunstâncias dos fatos, ou questões de interesse privado e as disposições das leis, ou direito respectivo, e determina, julga, declara quais as relações que vigoram entre essas questões e o direito. Sua atribuição ou missão consiste entre pois em conhecer das contestações dos direitos ou interesses que se suscitam entre os particulares, e em punir os fatos criminosos pela aplicação das leis civis e penais” (Loc. cit., p. 403).

10 Dignas de transcrição as palavras do religioso: “O poder moderador” não era, como dizia o projecto, “a chave de toda a organização política”, mas, sim, “a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos”. Noutra ponta, impugnando a postura absolutista do imperador, acentuou que este “não é a nação, não tem soberania, nem comissão da nação brasileira para arranjar esboços de constituição e apresental-os, não vinha o projecto de fonte legítima, e por isso se o devia rejeitar por *excepção de incompetência*. Muito principalmente quando vemos que estava a representação nacional usando de sua soberania em constituir a nação, e Sua Majestade, pelo mais extraordinário despotismo e de uma maneira a mais hostil, dissolveu a soberana Assembléa e se arrogou o direito de projectar constituições”. As passagens constam de registro valioso histórico de Aurelino de Araújo Leal (*História constitucional do Brasil*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 132 e 133). A edição original recua a 1915.

sentença favorável, a qual não foi objeto de confirmação em segundo grau pela ausência da interposição de apelação *ex officio*. Por essa razão, o coletor consultara sobre a possibilidade ou não de ser realizada a matrícula em comento.

A dúvida residia na seguinte circunstância: nas ações promovidas pelos escravos, com vistas ao reconhecimento de sua liberdade, e que observava o rito sumário da Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, havia explícita previsão de apelação *ex officio*, quando a sentença fosse contrária à liberdade, julgando improcedente o pedido. Por sua vez, quanto à ação ordinária, ajuizada pelo proprietário segundo o art. 19 do Regulamento de 1º de dezembro de 1871, julgado procedente o pedido, não existia previsão de recurso obrigatório. Indagava-se: tal decisão, a despeito de proferida no âmbito de ação proposta pelo senhor, e não pelo escravo, ao acolher o pleito daquele, deveria ou não ser também considerada sentença contrária à liberdade, tal como frisado pelo art. 7º da Lei nº 2.040, e, portanto, comportar apelo *ex officio*.

Durante o seu trâmite, a matéria foi submetida à Segunda Seção da Diretoria de Agricultura, onde teve a sua solução alvitada por Machado de Assis, bacharel em Direito que àquele momento principiava no meio literário, o qual exarou parecer, em 21 de julho de 1876, no qual concluía que a questão deveria ser decidida com a preponderância da liberdade, que norteava o espírito da legislação, sobre o da propriedade, sem contar que, na mesma assentada, acentuou preocupação com a igualdade, ao rejeitar a possibilidade de distinção de tratamento. Pode-se equiparado, sem muito favor, à modelagem de uma proposição aditiva, à medida que, por força da isonomia, propõe-se estender o recurso necessário uma situação não prevista em lei, mas que guarda semelhança com outra que assim é provida.

O entendimento foi ratificado pela Seção de Justiça do Conselho de Estado em 20 de outubro de 1876¹¹.

11 Análise descritiva do caso é apresentada por Lenine Nequete, a partir da qual é possível se transcrever trecho substancial do opinativo do autor de *Dom Casmurro*, a saber: “Pergunta-se – Das sentenças que, na hipótese do art. 19, forem contrárias à liberdade, cabe apelação *ex-officio*? Minha resposta é afirmativa. Para responder de outro modo, fora preciso fazer entre os dois casos uma distinção que não existe, e que, a meu juízo, repugna ao espírito da lei. O argumento principal que acho nestes papéis, favorável à negativa, é que as causas de que trata o art. 19 do Regulamento não são a favor da liberdade, isto é, não são propostas pelo escravo, mas pelo senhor, a favor da escravidão – entenda-se, a favor da propriedade. Essa diferença não é radical, mas aparente e acessória. As causas do art. 19 é certo que não as propõe o escravo, mas o senhor; não têm por objeto imediato a libertação, mas a prova da propriedade do senhor e da força maior que deu lugar à falta de matrícula. Mas em que é que tal diversidade de origem pode eliminar o objeto essencial e superior do pleito, isto é, a liberdade do escravo? Importa pouco ou nada que o recurso à justiça parta do escravo ou do senhor, desde que o resultado do pleito é dar ou retirar a condição livre ao indivíduo nascido na escravidão. Acresce que, na hipótese do art. 19, a decisão é contrária à liberdade adquirida, anula um efeito da lei, restitui à escravidão o indivíduo já chamado à sociedade livre; neste, como no caso do art. 7º da lei, é a liberdade que perece, em favor dela deve prevalecer a mesma disposição. Na diferença entre ação *sumária* (art. 7º da lei) e ação *ordinária* (art. 19 do Regulamento) não estará, penso eu, a razão da diferença para a aplicação do recurso de que se trata. Ser sumário ou ordinário o processo, suponho que apenas lhe diminui ou multiplica os trâmites, circunstância alheia ao ponto litigioso. Outrossim, convém não esquecer

III – A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO

Se a ambiência política vivenciada no Império inviabilizou a formulação não somente da concepção de inconstitucionalidade, mas, além disso, a tentativa voltada para a edificação de um modelo de controle da compatibilidade dos atos dos poderes constituídos à constituição, o panorama fático propício para tanto adveio com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889¹².

Isso porque os Constituintes de 1891, não podendo adotar o figurino inglês e francês, em face da incompatibilidade que estes mantinham com o regime político escolhido, não tiveram alternativa senão a de buscar inspiração que uma centúria antes influenciara os Estados Unidos.

As razões para tanto eram de várias ordens. O então inquebrantável dogma da supremacia do Parlamento na Inglaterra impedia o exame da legitimidade dos atos da legislatura. Por sua vez, o modelo republicano francês, reimplantado ao depois da queda do Segundo Império em 1870, ainda estava à prova de seu êxito, sem contar que, plasmando-se pelo sistema parlamentarista de governo, contrastava com o presidencialismo, aqui adotado.

Remanescia, então, a inspiração no sistema jurídico norte-americano, o qual traçara, com pioneirismo e estabilidade, as estruturas de um governo republicano, bem assim de um Estado federativo – instituições que impulsionaram o movimento que culminou com a derrocada da monarquia.

Os traços do paradigma constitucional delineado pelos Estados Unidos, embora principal e necessariamente aqui se refletissem na república e na federação, espraiaram-se também para que se permitisse visualizar uma distinção entre as manifestações do poder constituinte daquelas emanadas dos poderes constituídos.

A lição de Hamilton, versada no Capítulo LXXVIII do Federalista¹³, e que teve prosseguimento no *Marbury versus Madison* de 1803, instaurando, numa

o espírito da lei. Cautelosa, equitativa, correta, em relação à propriedade dos senhores, ela é, não obstante, uma lei de liberdade, cujo interesse ampara em todas as suas partes e disposições. É ocioso apontar o que está no ânimo de quantos a têm folheado; desde o direito e facilidades de alforria até a disposição máxima, sua alma e fundamento, a Lei de 28 de setembro quis, primeiro que tudo, proclamar, promover e resguardar o interesse da liberdade. Sendo este o espírito da lei, é para mim manifesto que num caso como o do art. 19 do Regulamento, em que, como ficou dito, o objeto superior e essencial é a liberdade do escravo, não podia o legislador consentir que esta percesse sem aplicar em seu favor a preciosa garantia indicada no art. 7º da lei" (Um parecer de Machado de Assis – Sobre a apelação necessária nas causas de liberdade. *Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 41, n. 171, p. 36-37, jan./mar. 1988).

12 Abordamos o controle tema em trabalho específico (Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891. *Historia constitucional*, n. 11, p. 297-320, 2010. Disponível em: www.historiaconstitucional.com), do qual extraímos alguns pontos que entendemos de destaque.

13 *El federalista*. 2. ed. em espanhol. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 332-335 e 344-348. Prólogo e tradução de Gustavo R. Velasco. A defesa do controle jurisdiccional de constitucionalidade

perspectiva moderada, um controle judicial da validade das leis, tomando-se como parâmetro a constituição, vingou no texto de 1891.

Essa preocupação esteve presente, com relevo, em duas passagens inerentes ao Poder Judiciário. A primeira delas constou do seu art. 59, § 1º, que, ao instituir entre nós o recurso extraordinário, prescreveu:

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 a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade das 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.

Ao comentar o preceito acima, § 1º do art. 59 da Constituição republicana, o qual cogitava da indagação sobre a validade de tratados, leis, federais e estaduais, e atos dos governos dos Estados, João Barbalho¹⁴ mantinha-se convicto em afirmar que aquele atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para aferir acerca da legitimidade constitucional do ato impugnado, ou seja, sua conformidade com a Constituição.

Noutro passo, a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade estava no art. 60, a, que, a pretexto de enumerar a competência da Justiça Federal, dispunha: “Art. 60. Compete aos juízes ou Tribunais Federais processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

Complementando a disciplina, acima transcrita, havia o art. 59.2, o qual, à míngua da criação de tribunais federais de segundo grau de jurisdição, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o apanágio de órgão recursal das decisões da justiça federal.

O fato de a competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, resultar da impugnação de decisões anteriormente proferidas por juízes e tribunais estaduais mostra, estreme de dúvidas, que a competência

foi complementada, igualmente por Hamilton, no Capítulo LXXXI, destinado a afirmar a presença de uma Suprema Corte não integrante da legislatura, conforme o modelo então praticado pela Grã-Bretanha, oportunidade em que ainda se sustentou ser indiscutível a competência do Congresso em organizar tribunais federais inferiores.

14 *Constituição Federal Brasileira (1891)* – Comentada. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 242. A publicação da obra recua ao ano de 1902.

para a análise da constitucionalidade das leis não lhe era exclusiva, pertencendo, igualmente, aos demais órgãos do Poder Judiciário. Isto se reforça com a previsão da competência dos juízes federais para conhecer as causas nas quais se fundasse a pretensão, ou a resposta, em dispositivo da Lei Magna. Neste ponto inclusive o art. 13, § 10, da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, era eloquente¹⁵.

A inspiração norte-americana não permitia outra conclusão. Prova disso é que Amaro Cavalcanti sustentou:

O direito de resolver sobre a *constitucionalidade* de uma lei tanto cabe ao Supremo Tribunal Federal, como aos tribunais e juízes inferiores, dentro da respectiva jurisdição. Onde quer que a questão for suscitada, o tribunal ou juiz deve pronunciar-se a respeito; porque o direito de aplicar a lei ao caso envolve necessariamente o de conhecer da validade ou legitimidade dela.¹⁶

O reconhecimento da competência difusa foi além da meditação doutrinária, tendo sido alvo de ênfase jurisprudencial. Assim que, à guisa de motivação do HC 410, julgado em 16 de agosto de 1893, no qual se deferiu ordem impetrada por Rui Barbosa para a soltura de Mário Aurélio da Silveira, imediato do vapor Júpiter, o Ministro Freitas Henrique frisou ser da competência do Judiciário como um todo dizer da validade, sob o prisma constitucional, das leis cuja aplicação é discutida¹⁷.

Com isso, evidentemente, não se quer dizer que o Supremo Tribunal Federal ostentava papel idêntico ao dos demais órgãos jurisdicionais no particular da competência examinada. Absolutamente. Seja pela relevância de sua competência originária, seja pela competência recursal última, àquele foi apontada função de guardião-mor da autoridade da Constituição, singularidade divisada pela doutrina de então¹⁸, sem contar importante função de velar pelo pacto federativo, firmando a harmonia entre os Estados e a União.

15 O preceito continha o teor seguinte: “Os juízes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

16 *Regime federativo e a república brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília. Coleção Temas Brasileiros, v. 48, 1983. p. 203.

17 Interessante transcrever a seguinte passagem do pronunciamento: “Que incumbe aos Tribunais de Justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos occorrentes e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país; que este dever não só decorre da índole e natureza do Poder Judiciário, cuja missão cifra-se em declarar o direito vigente, aplicável aos casos occorrentes regularmente sujeitos à sua decisão, se não também é reconhecido no art. 60, letra a, da Constituição, que inclui na competência da Justiça Federal o processo e julgamento das causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição constitucional; [...]”. Os pronunciamentos jurisprudenciais citados, originários do Supremo Tribunal Federal, têm, com exceção do último deles, sua íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=principalStf>>. Acesso em: 10.11.2008.

18 João Barbalho acentuou: “O carácter, attribuído ao supremo tribunal federal, de guarda e oráculo da Constituição nos assumptos submettidos a seo conhecimento e juízo, assigna-lhe tamanha proeminencia

Um aspecto a ser enfatizado é o de que não havia previsão para impugnação em tese de lei ou ato normativo sobre o qual pudesse pesar pecha de inconstitucionalidade, evidenciando os arts. 59 e 60 que o controle judicial apenas teria lugar quando da solução dos conflitos de interesses que versassem pretensão resistida. Sem controvérsia concreta, não poderia advir declaração de inconstitucionalidade. A influência norte-americana mais uma vez assim impôs, conforme se poderia, à época, haurir de Cooley, para quem

os tribunais não têm autoridade para julgar de questões abstratas, ou de questões que lhes não tenham sido presentes em juízo, e, por conseguinte, nada têm a ver com as questões que se prendem exclusivamente a autoridades executivas ou legislativas.¹⁹

Imprescindível, assim, que, no curso do processo, alguma das partes suscitasse questão constitucional. Em comentário ao art. 60, *a*, da Constituição de 1891, Pedro Lessa, com argúcia, trouxe infalível definição do que se deveria inferir por questão de constitucionalidade, ensinando:

Uma acção proposta com fundamento na Constituição é, pois uma acção baseada *directa* ou *immediata e exclusivamente* em um preceito constitucional, e tem por fim evitar a applicação de uma lei, federal ou local, por ser contraria à Constituição, ou annullar actos ou decisões do governo nacional, dos Estados ou dos municipios, que igualmente contravêm aos preceitos constitucionaes. Uma acção cuja defesa é apoiada na Constituição é uma acção, em que o réu se defende, invocando *directa ou immediata e exclusivamente* um artigo constitucional, para o mesmo fim de evitar a applicação de uma lei, federal ou estadual, ou de annullar actos de alguns dos tres governos mencionados, em consequencia do vicio da inconstitucionalidade.²⁰

Integrando o significado acima, a portar incontestemente atualidade, o autor, cômico da excepcionalidade do controle judicial em tela, aludiu à circunstância de que a questão constitucional, para que assim possa se qualificar, deve ser o único objeto da discussão jurídica, de modo que, se há autônoma possibilidade de esta ser resolvida com o emprego de outro argumento, não haveria que se cogitar de questionamento de compatibilidade vertical.

e é encarado como tão salutar, que a princípio deo lugar a que, por mal comprehender-se o modo porque elle desempenha essa grandiosa funcção, se lhe fizessem pedidos directos de interpretações e consultas sobre intelligencia de disposições leaes” (*Constituição Federal Brasileira (1891)* – Comentada. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 235). O mesmo sucedeu com Amaro Cavalcanti (*Regime federativo e a república brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília. Coleção Temas Brasileiros, v. 48, 1983. p. 109) quando, após reconhecer a condição do Supremo Tribunal Federal como órgão supremo do Poder Judiciário, alertou para o dever de máxima correção no cumprimento das prerrogativas e fins que lhe foram traçados pelo sistema político que regia o país.

19 *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002. p. 147. Trad. e anotações de Ricardo Rodrigues Gama à 3ª edição, publicada em 1898.

20 *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal. 2003. p. 130/131.

Galvaniza atenção a incessante tentativa do emprego da ação de *habeas corpus* que, incorporada ao nosso sistema jurídico com o Código de Processo Criminal do Império (art. 340), assomou ao texto constitucional com o § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, sendo uma primeira constatação que o exercício de tal remédio implicou a diferenciação do que se poderia ter por direitos e por garantias fundamentais, justamente por ser instrumento de proteção dos direitos²¹.

Particularidade de frequente discussão recaiu em saber se: poderia o juiz conceder o *writ* apenas quando buscasse o impetrante assegurar sua liberdade de locomoção, ou também poderia fazê-lo quando estivesse em disputa o exercício de outros direitos fundamentais? A questão rendeu acirrada controvérsia, cuja razão de ser, ao que tudo indica, decorreria da insuficiência da tutela proporcionada pela ação sumária especial, haja vista que o art. 13, § 7º, da Lei nº 221, de 1894, excluía a competência judicial para suspensão do ato estatal impugnado, bem como por, à época, não vicejar forte sentimento doutrinário em favor do reconhecimento dum poder geral da cautela por parte do Judiciário.

A crítica desfavorável ao seu emprego de forma ampla, como constou de Carlos Maximiliano²², não obsteu que o Supremo Tribunal Federal viesse a deferir várias impetrações para que fossem assegurados outros direitos fundamentais que não a liberdade individual. Houve resistências, mas parcelares. Noutras ocasiões se conhecia do pedido, a pretexto de que, embora não sendo a liberdade de locomoção a utilidade imediata, sua proteção estava vinculada, de modo insuperável, ao desempenho de outro direito fundamental²³.

21 A esse propósito, inexcusável lição de Rui Barbosa: “A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir a interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. *Direito* “é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos”. Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil” (*Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russel, 2004. p. 156). O texto foi ultimado em 31 de março de 1893 e versou sobre ação civil promovida por militares e lentes reformados e demitidos por ato do então Marechal Vice-Presidente Floriano Peixoto.

22 *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1918. Edição fac-similar do Senado Federal, 2005. p. 734.

23 Eis alguns precedentes: a) HC 1.794, de 14.01.1903, no qual prevaleceu ponto de vista no sentido de que o remédio jurídico impetrado não poderia ser utilizado como para afastar proibição de ingresso no país, como o caso do banimento imposto aos membros da família real pelo Decreto nº 78-A, de 21 de dezembro de 1889; b) RHC 2.244, de 31.01.1905 (Rel. Min. Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro), sede onde, com fundamento no art. 72, § 11, da Constituição, protegeu-se o impetrante contra ameaça de constrangimento legal decorrente da iminência de entrada de autoridade sanitária em casa do paciente, sem o consentimento deste, haja vista inexistir lei que a autorizasse; c) RHC 2.793, de 08.12.1909 (Rel. Min. Canuto Saraiva), interposto de decisão de juiz federal que negou *habeas corpus* impetrado contra ato do Presidente da República, consubstanciado no Decreto nº 7.689, que permitiu ao Prefeito do Distrito Federal o exercício de suas atribuições sem a colaboração do Conselho Municipal, por considerar este inexistente, tendo por lastro a legalidade do ato cuja execução é impugnada, não obstante o voto do Ministro Pedro Lessa, para quem a negativa da ordem se impunha porque a finalidade buscada não foi garantir a liberdade individual, mas resolver questão de investidura em funções legislativas; d) HC 2.990, de 25.01.1911 (Rel. Min. Amaro Cavalcanti), cuja ordem

Uma possível elasticidade da garantia individual caiu por terra com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que alterou a redação do art. 72, § 22, da Constituição, que passou a constar: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

Não esquecer, contudo, um ponto que me parece basilar, qual seja, o de que a doutrina e jurisprudência de então, porventura por não se aperceberem da rápida e ponderável mudança de paradigma, padeceram de um grave defeito de importação.

Isso se dá à medida que se observa que os norte-americanos, apesar de terem limitado a eficácia da declaração à controvérsia, indiretamente, por força da regra da obrigatoriedade do precedente, transpunham a tal deliberação eficácia contra todos e vinculativa.

Os textos nacionais, mesmo tendo praticamente recolhido sua sistematização sobre o assunto da práxis norte-americana, em nenhum instante atentaram que, em face do papel do Supremo Tribunal Federal de guardião-mor da autoridade e uniformidade interpretativa da Constituição – os arts. 59 e 60 deixavam entrever –, pudesse as suas decisões possuir algo mais do que a mera inaplicação da lei para o caso concreto, possibilitando a construção, pela via de uma receptiva maturação cultural, da eficácia vinculativa das decisões do Pretório Excelso, o que teria evitado, a partir de 1934, a incorporação de inúmeros institutos jurídicos, mencionados doravante, os quais seriam dispensáveis²⁴.

foi deferida para assegurar aos impetrantes o direito de ingresso na Câmara Municipal do Distrito Federal, com vistas a que pudessem ingressar no edifício do Conselho Municipal para exercerem suas funções até o término do mandato; e) HC 2.794, de 11.12.1909 (Rel. Min. Godofredo Cunha), deferido para permitir aos pacientes o ingresso no edifício do Conselho Municipal para exercerem os direitos decorrentes de seus diplomas, frisando o Ministro Amaro Cavalcanti a hipótese ser de proteção da liberdade de locomoção, a qual constituía um meio para o exercício duma multiplicidade de direitos; f) HC 3.061, de 29.07.1911, onde se concedeu a ordem para assegurar aos impetrantes a livre locomoção e ingresso no edifício da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro; g) HC 3.137, de 20.01.1912, reputado prejudicado, não obstante o reconhecimento, de passagem, de que o remédio ajuizado possui aptidão para garantir liberdade individual necessária ao exercício de funções políticas (Rel. Min. Epitácio Pessoa); h) HC 3.536, de 06.05.1914 (Rel. Min. Oliveira Ribeiro), cuja concessão implicou o direito constitucional do impetrante, Senador Rui Barbosa, para publicar seus discursos proferidos da tribuna do Senado pela imprensa, onde, como e quando lhe convier, tendo o Ministro Godofredo Cunha votado pelo não conhecimento do pedido, porquanto o *habeas corpus* é destinado tão só a tutelar a liberdade pessoal; i) HC 3.697, de 16.12.1914 (Rel. Min. Enéas Galvão), cujo deferimento assegurou ao Senador Nilo Peçanha o direito para que ingressasse nas dependências do palácio do Governo do Estado do Rio de Janeiro, a fim de exercer suas funções de presidente do Estado até o término do mandato; j) HC 4.781, de 05.04.1919 (Rel. Min. E. Lins), concedido para que o Senador Rui Barbosa, juntamente com os demais impetrantes, pudesse, no Estado da Bahia, exercer direito de reunião e de palavra publicamente nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos.

24 Esse defeito, quando da importação do modelo do controle de constitucionalidade, foi registrado por Orlando Bitar (A lei e a constituição – Alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: *Obras completas de Orlando Bitar* – Estudos de direito constitucional e direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1. v., 1996. p. 447).

A adoção integral da lição americana, sem dúvida, teria simplificado – e muito – nosso atabalhado sistema de fiscalização de constitucionalidade, assegurando maior estabilidade e segurança jurídica na aplicação dos comandos constitucionais.

IV – AVANÇO E RETROCESSO

A Constituição de 16 de julho de 1934, promulgada em decorrência do movimento revolucionário de 1930, que extinguiu a chamada “República Velha”, incorporou ao seu texto um marcante influxo do constitucionalismo social surgido na Europa, a partir da Constituição alemã de 1919, bem assim a da Áustria e da Checoslováquia de 1920, muito embora aquele já se encontrasse passando por um processo de desfiguração, em virtude da ascensão do nazismo ao poder.

O texto trouxe algumas previsões explícitas sobre o controle de constitucionalidade, não constantes do anterior.

A primeira delas consistiu no seu art. 12, §§ 1º e 2º. Estes dispunham que, no caso de intervenção federal nos Estados, destinada a assegurar observância aos princípios enumerados no seu art. 7º, I, bem assim para garantir a execução das leis federais, a medida interventiva seria decretada mediante lei federal, à qual competiria fixar a sua amplitude e duração. No entanto, a intervenção somente poderia ser efetuada ao depois que o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, verificasse o texto legal, declarando a sua constitucionalidade.

Ostentando a aparência embrionária do instituto da ação declaratória de constitucionalidade, a hipótese, instituída em face de conflito concreto entre a União e alguns dos Estados, outorgou, pela vez primeira, competência ao Supremo Tribunal Federal para o exame em tese da conformidade de lei frente ao texto magno.

Tal atributo, conforme afirmou Pontes de Miranda²⁵, implicava para o Pretório Excelso na necessidade de proceder a um exame jurídico, sobre haver ou não maltrato aos princípios do art. 7º, I, da Constituição de 1934, uma vez pertencerem considerações de natureza política, de forma exclusiva, à alçada do Legislativo.

Noutra disposição, qual seja, o art. 91, IV, previu a competência do Senado Federal, para o fim de suspender, no todo ou em parte, lei ou ato normativo, ou mesmo deliberação, quando haja sido declarado inconstitucional pelo

25 *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, t. I, 1936. p. I, p. 364.

Supremo Tribunal Federal, com a observância do quórum especificado pelo art. 179.

A despeito de reconhecer que, no período de 1891-1934, o direito constitucional brasileiro não explicitava consequências formais para a censura de inconstitucionalidade, Pontes de Miranda²⁶ deixou claro que, pelo preceito acima mencionado, a Constituição de 1934 não ousou pretender transformar o desate do caso concreto num julgamento definitivo, geral, da lei, nem numa apreciação *in abstracto* desta.

Num terceiro lugar, o art. 179 proclamou que somente por maioria absoluta dos seus integrantes poderão os tribunais, incluído aí o Supremo Tribunal Federal, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público²⁷.

A inovação reflete uma praxe norte-americana que, ao assentar o controle judicial de constitucionalidade sem olvidar uma deferência ao legislador, veio a compreender que o julgamento de questões de constitucionalidade, pelo relevo de seus resultados, há de exigir uma maturação que somente é satisfeita com a análise de vários julgadores.

Ao instante no qual vigorou a Constituição de 1891, cujo texto não continha norma a respeito de quórum para a declaração de inconstitucionalidade, a doutrina lembrava a recomendação de prudência, adotada pela jurisprudência norte-americana, no sentido de que uma lei somente pudesse ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta do tribunal de justiça, e não simplesmente pela preponderância de *quorum* acidental.

Assim, Amaro Cavalcanti²⁸ deixou expresso que tal quórum deveria ser exigido justamente porque, no controle de constitucionalidade, não se estava diante apenas da missão ordinária do juiz de julgar acerca da lei invocada sobre um fato, mas antes de um ato do Poder Público, superior à simples função judicial. Também sustentava idêntica preocupação Carlos Maximiliano²⁹.

Fruto do mesmo período e ambiente histórico, a Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937 sob a justificativa de se impedir o êxito de um pseudoestratagema de insurreição comunista (Plano Cohen) implicou um forte

26 Loc. cit., p. 771.

27 Antes, pelo Decreto nº 1.939, de 28 de agosto de 1908, no seu art. 8º, existia – e, mesmo assim, com vinculação ao Supremo Tribunal Federal – apenas quórum para fins de deliberação, o qual consistia na presença ao menos de dez membros sem impedimentos para o julgamento da causa. A composição então era de quinze juizes, a qual foi reduzida para onze pelo art. 73 da Constituição de 1934.

28 *Regime federativo e a república brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília. Coleção Temas Brasileiros, v. 48, 1983. p. 203.

29 *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1918. Brasília: Edição fac-similar do Senado Federal, 2005. p. 612.

retrocesso institucional na vida do país³⁰. A ela se costumou – e ainda é costume – referir-se pelo apelido de “Polaca”, em virtude ter sua possível fonte inspiradora a Constituição polonesa de 1935.

Desnaturado o federalismo, que se manteve apenas pelo aspecto nominal, não restou consagrada a representação interventiva. Da mesma forma, com a dissolução do Parlamento, bem assim pela extinção do Senado, substituído por um Conselho Federal, com atribuições de menor relevo, tampouco se manteve uma competência para a suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o controle de constitucionalidade, o qual se mantinha restrito como uma exceção no desate de casos concretos, manteve a regra consoante a qual os tribunais somente poderiam reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República caso se manifestasse, nesse sentido, a maioria absoluta dos seus membros (art. 96, *caput*).

Inseriu-se, no parágrafo único do art. 96, previsão com o teor seguinte:

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 Câmara ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Tal competência que, pelo que emerge do seu texto, parecia ser exercitável somente quanto às leis federais, mereceu elogio de Pontes de Miranda³¹, para quem, em se constituindo num recurso a ser interposto ao Parlamento, visava a conjurar as tendências reacionárias dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que costumavam invalidar, por inconstitucionais, medidas salutaras ou preceitos fiscais que de nenhuma maneira era contrária à constituição. Enfatizou o autor ainda que tal preceito, demais de ser uma das maiores inovações da Carta de 1937, transferia para o Legislativo uma última palavra em matéria de controle de constitucionalidade, afastando de tal qualidade o Judiciário³².

30 Produzimos recentemente um estudo pormenorizado sobre referido documento (O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Cláudio; FREITAS, Ricardo; SALDANHA, Nelson (Coord.). *História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 389-410).

31 *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, t. III, 1938. p. 53 e 55.

32 Diversamente do que se pode aventar numa primeira impressão, a novidade não adveio de inspiração europeia, onde à época no velho continente reinava clima político autoritário, mas dos Estados Unidos durante o governo Roosevelt, por ocasião da formulação do chamado “pacote da Corte” (*court packing scheme*) e que derivou de proposta de resolução conjunta das duas Casas do Poder Legislativo. Essa afirmação está consignada por Orlando Bitar (A lei e a constituição – alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: *Obras completas de Orlando Bitar* – Estudos de direito constitucional e direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1. v., 1996. p. 643-644, nota de rodapé 128). Notícia o autor que, além da proposição de

Com o devido respeito, assim não compreendo. Diversamente, chamo atenção para dois pontos que envolvem tal previsão. Primeiramente, a motivação que embasaria a mensagem do Presidente da República teria por fundamento circunstâncias duma vagueza excessiva (bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta), capaz de tornar, na prática, principalmente em face do clima político reinante, insuscetível de controle a iniciativa presidencial. Isso sem considerar que, à época, o predomínio de tais invocações estava em voga, pois, nas nações europeias, vivenciava-se a fase da onipresença do interesse público.

O segundo aspecto centrou-se na interpretação que de tal faculdade fez o então Presidente da República. Isso é constatável pela leitura de Waldemar Ferreira, que, ao versar a historiografia do nosso constitucionalismo³³, no capítulo inerente à Carta de 1937, atribuiu para o seu frontispício título que se iniciava por “A deformação democrática”, para, um pouco à frente, narrar a experiência de como o instituto em comento foi, numa única vez, praticado.

Ora, pelo teor do parágrafo único do art. 96, tal faculdade somente poderia ser exercitada caso em funcionamento as duas casas legislativas, quais sejam, a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal, o que pressuporia a realização da consulta plebiscitária a que se referia o art. 187.

O Supremo Tribunal Federal, cuja atividade de conhecer de questões constitucionais não estava formalmente obstada, instado a deliberar sobre decreto-lei que sujeitava à incidência de imposto de renda os vencimentos pagos pelos Estados e Municípios, proferiu decisão pela inconstitucionalidade da norma que amparava a tributação.

Diante de tal decisão, o Presidente da República, num impulso cesarista, editou o Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939, ao argumento de que aquela não atendia ao interesse nacional e ao princípio da divisão equitativa do ônus do imposto, desprovendo de eficácia o acórdão do Pretório Excelso³⁴.

Portanto, o então Presidente da República, além de legislador e constituinte exclusivo³⁵, chamou para si o monopólio de interpretar a carta constitu-

reestruturação do Judiciário Federal, das medidas sugeridas constavam a previsão em comento e a sugestão para que fosse elevado para dois terços de seus membros o *quorum* da Suprema Corte para a declaração de inconstitucionalidade, a ser obtido por votos fundamentados individualmente.

33 *História do direito constitucional brasileiro*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 100 e 113.

34 Eis os fundamentos invocados pelo Presidente da República: “São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos”.

35 Isso se depreende bem pela edição no período, pela só pena presidencial, de vinte e uma leis constitucionais. O mais curioso é que a maioria, num total de onze, foram promulgadas pelo Presidente José Linhares, que ocupou a Presidência durante transição, e não por Vargas.

cional que outorgou para dar sustentação ao regime que instituiu, solapando a nascente ideia de jurisdição constitucional no Brasil.

Daí Waldemar Ferreira ter rematado: “Arvorou-se o govêrno, então, em instância judiciária, instituindo-se, por simples decreto-lei, em órgão revisor de sentenças e acórdãos”³⁶.

A malsinada competência foi revogada pela promulgação da Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945, pelo Presidente José Linhares.

V – O PRINCÍPIO DE UMA VIRAGEM

Retomado o curso democrático da nação, a Constituição de 18 de setembro de 1946 reintroduziu, com pequeno ajuste, o modelo vigente em 1891 com os acréscimos de 1934.

O exercício da fiscalização da constitucionalidade permaneceu, basicamente, presente em forma de exceção quando do desate de casos concretos, o qual, se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, em razão de competência originária ou recursal, tocava ao Plenário o exame da prejudicial de constitucionalidade (art. 101, § 1º, b).

Mantida o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 200), reintroduziu-se, com o ressurgimento do Senado Federal, a competência deste para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64).

Reintroduziu-se a representação interventiva, mas com perfil diverso do molde de 1934. Havendo a violação, no âmbito dos Estados, dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, VII, alíneas a a g), justificadores da intervenção federal, esta seria decretada pelo Presidente da República. Todavia, haveria que ter lugar um pressuposto, qual seja, o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato arguido, o qual não seria necessariamente normativo, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de representação formulada pelo Procurador-Geral da República.

O processo da representação de inconstitucionalidade interventiva teve, inicialmente, a sua disciplina com a Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, posteriormente substituída pela Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964.

Interessante notar que o fato de o art. 3º da Lei nº 2.271/1954 prever, no seu art. 4º, a aplicação, para o trâmite da representação de inconstitucionalidade

36 Loc. cit., p. 113.

dade interventiva, do rito do mandado de segurança, então delineado pela Lei nº 1.533/1951, deu margem à criatividade judicial.

Assim, e abstraídas as críticas, a opção legislativa teve o mérito de permitir, pela via interpretativa, o exercício do poder geral de cautela nas representações interventivas. O *leading case* sucedeu com decisão monocrática do Ministro Victor Nunes Leal nos autos da Representação nº 467³⁷, destinada à impugnação da Lei nº 2.152, de 20.11.1957, do Estado do Rio Grande do Norte, a qual criava o tribunal de contas estadual.

Ao depois de sustentar ser a suspensão liminar do ato impugnado peculiaridade do mandado de segurança, aludido Magistrado acentuou sua pertinência à representação em causa, salientando que: a) para sua concessão, exigem-se a relevância do fundamento do pedido e o risco de ineficácia do provimento jurisdicional caso não venha a ser deferida a liminar; b) na forma do art. 14 da Lei nº 1.533/1951, bem assim da prática diuturna, a suspensão liminar no mandado de segurança compete ao relator quando se tratar de impetração perante tribunal³⁸.

A postura foi seguida por ocasião da Representação nº 466³⁹, destinada a impugnar o Ato Constitucional nº 1, de 29.12.1961, da Assembleia Legislativa da Guanabara, através de decisão do Ministro Ari Franco, o qual, apesar de prejudicado o agravo regimental que o combatia, foi, à guisa de *obter dictum*, reputado correto pela maioria do Tribunal Pleno. Não obstante, na assentada se pode verificar resistência esgrimida pelo Ministro Luiz Gallotti, ao sustentar que, entre os dispositivos regentes do procedimento do mandado de segurança que a Lei nº 2.271/1954 manda aplicar à representação para fins de intervenção federal, não se inclui o inerente à medida liminar, tendo em vista: a) a representação, ao invés do mandado de segurança, não configura remédio de caráter urgente, em virtude do prazo para informações ser dilatado (45 dias), comportar o seu julgamento embargos com efeito suspensivo e necessitar o seu julgamento de inclusão em pauta; b) o mandado de segurança, ainda quando

37 O decisório foi publicado no Diário da Justiça, edição de 30.01.61. Partes substanciais da referida decisão monocrática foram transcritas na *RTJ* 23/37-38.

38 Interessante a transcrição de parcela do decisório, imediatamente seguinte à reprodução do art. 7º, II, da Lei nº 1.533: “Em face dessa norma, são bastantes dois requisitos para a suspensão: a relevância do fundamento do pedido e o risco da ineficácia da sua eventual concessão ulterior. O § 2º do art. 324 do Código de Processo Civil, revogado pela legislação especial, exigia para a suspensão liminar que do ato impugnado pudesse resultar lesão grave ou irreparável ao direito do ‘requerente’. O texto atualmente em vigor que se contenta com o risco de ineficácia da medida; não tem, portanto, a menor incompatibilidade com os objetivos da representação prevista no art. 8º, parágrafo único, da Constituição. Por outro lado, na conformidade do art. 14 da Lei nº 1.533, e da prática diuturna, a suspensão liminar do mandado de segurança compete ao relator do processo, quando impetrado a algum tribunal” (*RTJ* 23/37-38).

39 Fato pitoresco, por ocasião do processamento da Representação 466-GB sucedeu com a declaração bombástica do Governador Carlos Lacerda ao *Jornal do Brasil*, afirmando que o Ministro Ary Franco demonstrara não conhecer a Constituição, pois a inconstitucionalidade duma lei somente poderia ser declarada por maioria absoluta.

sua decisão for declaratória, porta uma carga executória, o que não acontece com a representação, cuja decisão tem seus efeitos executórios dependentes da elaboração de lei federal.

Posteriormente, a Lei nº 4.337, de 01.06.1964, ao traçar nova disciplina da representação interventiva, porventura para evitar objeções graves, silenciou quanto à medida liminar, bem assim quanto à incidência supletiva do rito do mandado de segurança.

A representação interventiva constituiu o primeiro sinal para uma mudança da sistemática de controle então adotada, unicamente caracterizada pela necessidade de uma discussão de constitucionalidade vinculada à resolução de um litígio.

Não obstante a representação interventiva ser ativada para o fim de se compor um conflito que se estabeleceu entre a União e um Estado, em torno da suposta violação a um dos princípios constitucionais sensíveis, configura mecanismo que tornava possível o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo estadual, apreciada abstratamente.

Não poderia – e ainda hoje é assim – deixar de observar que tal via somente estava a permitir a atuação do Supremo Tribunal Federal tendo como parâmetro, única e exclusivamente, os princípios enumerados no art. 7º, VII, a a g⁴⁰.

Desse modo, um possível maltrato a outros princípios e regras constantes do texto constitucional, por parte do legislador, não poderia examinado em tese pelo Pretório Excelso.

Daí por que a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, a pretexto de alterar a competência originária do Supremo Tribunal, acresceu alínea I ao art. 101, I, da Lei Maior de 1946, dispondo tocar àquele o julgamento de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, a ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Mais à frente, aditou inciso XIII ao art. 124, o qual cuidava da organização da Justiça dos Estados, dispondo a possibilidade de o legislador estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para fins de exame da arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato de município que venha a afrontar a Constituição Estadual.

40 Tais princípios, ditos sensíveis, consistiam na: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais; d) proibição de reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário. Correspondem, com algumas diferenciações, aos princípios listados no art. 34, VII, da Constituição em vigor.

Com isso, é possível dizer que o modelo adotado pelo sistema jurídico deixou de ser unicamente de caráter concreto e difuso, mesclando-se com o de natureza abstrato e concentrado, cenário que permanece até a atualidade.

VI – O CONTROLE LIMITADO

Mantendo a dualidade entre os arquétipos da fiscalização concreta e da abstrata, a Constituição de 1967-69, como não poderia deixar de ocorrer, ratificou a possibilidade dos juízes e tribunais de declararem inconstitucionais leis e atos normativos (art. 116), exigindo-se quanto aos últimos uma decisão por maioria absoluta, ao passo que manteve tanto a representação interventiva (art. 11, § 1º, c) quanto a representação de inconstitucionalidade (art. 119, I, l).

Duas leves distinções, frente ao cenário antecedente, foram a não repetição da competência dos tribunais de justiça em conhecer da alegação de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Estadual, e a explicitação, por força da Emenda Constitucional nº 07/1977⁴¹, da competência do Pretório Excelso em apreciar medida cautelar em sede de representação de inconstitucionalidade, o que incorporava tendência revelada paulatinamente pela jurisprudência.

Ponto crucial do controle de constitucionalidade de então – e que conspirava contra a sua eficácia – centrava-se na circunstância de que, no particular da representação de inconstitucionalidade, o texto sobranceiro instituir a legitimidade exclusiva para a sua ativação em favor do Procurador-Geral da República, o qual, à época, era agente público da confiança do Presidente da República, que, por sua vez, era titular de forte competência na elaboração normativa, o qual poderia demiti-lo a seu livre alvedrio.

Diante disso, veio à ribalta debate sobre a obrigatoriedade ou não do Procurador-Geral da República em encaminhar ao Supremo Tribunal Federal as arguições de inconstitucionalidade originárias de representações que lhe eram endereçadas.

A circunstância de o art. 2º da Lei nº 4.337/1964, relativo à disciplina da representação interventiva, mencionar que, nas representações que lhe forem dirigidas, o Procurador-Geral terá de submetê-las ao Pretório Excelso no prazo de trinta dias fez com que se viesse a entender pela obrigatoriedade.

A questão desaguou no Supremo Tribunal Federal pela Reclamação nº 849/DF⁴², ajuizada pelo então Movimento Democrático Brasileiro, o qual se insurgia contra despacho do Procurador-Geral da República que determinou o

41 Para tanto, acrescentou-se alínea p ao rol do art. 119, I.

42 Pleno, m.v., Rel. Min. Adalício Nogueira, audiência de publicação em 09.12.1971.

arquivamento de petição, por meio da qual era sustentada a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.077/1970, responsável pela instituição da censura prévia de livros e periódicos ditos considerados à segurança nacional.

O Supremo Tribunal Federal conheceu, mas julgou improcedente o pleito formulado na reclamação, salientando que, caso se viesse a entender pela obrigatoriedade do Procurador-Geral da República em submeter à Corte arguição que lhe for dirigida, retirar-se-ia deste a discricção de exercer a sua competência, não podendo se aceitar que outrem lhe sobrepusesse em tal proceder. O mesmo entendimento prosseguiu com a Reclamação nº 121-1/RJ⁴³ e com a Reclamação nº 128-8/DF⁴⁴, formulada pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro.

Outro aspecto vivenciado pelo período – e que teve na criação pretoriana o seu realce – foi uma nova significação a ser emprestada à competência do Senado Federal quanto à suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, constante do art. 42, VII, da Constituição de 1967-69.

Tal decorreu do Processo Administrativo nº 4.477-72 da Mesa de Matéria Constitucional, o qual, mediante emenda regimental, aprovou-se verdadeiro ato de interpretação constitucional, com foros de mutação constitucional, para o fim de assentar que a comunicação ao Senado Federal, a que se reportava o art. 42, VII, somente se aplicaria em se tratando de julgamento proferido em representação de inconstitucionalidade, e não quando se tratasse da solução de caso concreto⁴⁵.

VII – UMA PRETENSÃO DE PLENITUDE

A Constituição de 1988, promulgada ao depois do ciclo dos chamados governos militares, direcionou-se a sintonizar o Estado brasileiro nos caminhos do Estado Social e Democrático de Direito, para cuja concretização se requer

43 Pleno, v.u., Rel. Min. Djaci Falcão, DJU 20.03.1981.

44 Pleno, v.u., Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJU 05.06.1981.

45 Oriunda do Ministro Moreira Alves, a proposição mereceu do Ministro Rodrigues Alckmin o pronunciamento seguinte: “Assim, como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal que, nos termos do art. 42, VII, da Constituição Federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais. 2. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a Representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade, reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida. Aqui, sim, a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento. No caso de Representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à lei ou ato normativo, em tese, e decisão que os tem como inconstitucional, encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia” (DJU 16.05.1977, p. 3124).

a moldura de um complexo valorativo, agregado a um eficaz mecanismo de garantia do texto constitucional.

Daí que, ao lado da manutenção dos institutos já consagrados pela ordem jurídica anterior, entre as quais a fiscalização concreta e difusa, inúmeras novidades sobrevieram.

De logo, destaque-se, no particular da fiscalização abstrata, que a representação, substituída nominalmente pela ação direta de inconstitucionalidade, teve a sua legitimação consideravelmente ampliada pelo art. 103, I a IX, passando a ser um resquício do pretérito a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República.

Ainda nesse âmbito, não pelo texto originário, mas pela Emenda Constitucional nº 03/1993, instituiu-se – penso eu por um excesso de formalismo e, ao mesmo instante, por uma escassez de criatividade – a chamada ação declaratória de constitucionalidade, o que, com facilidade, poderia ser suprido pela decisão de improcedência da ação direta⁴⁶.

Outro ponto sobre o qual se voltou, principalmente, o constituinte derivado, sem esquecer o toque do originário, foi uma preocupação com a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Para tanto, explicitou-se pela Emenda Constitucional nº 03/1993 a previsão de eficácia vinculativa para as decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade, posteriormente transposta para a ação direta de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Para a disciplina do procedimento tanto da ação direta de inconstitucionalidade quanto da ação declaratória de constitucionalidade, restou promulgada a Lei nº 9.868/1999.

No que concerne à fiscalização concreta, a Emenda Constitucional nº 45/2004 plasmou o instituto da súmula vinculante pela adição do art. 103-A, a qual resulta a partir da reiteração de decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de interpretação da constituição e para cuja aprovação é exigida a maioria qualificada de dois terços.

É de notar que passou a auferir relevo tendência que, independente e além da súmula vinculativa, vem reconhecendo a possibilidade de reconhecimento de um efeito *ultra partes* das declarações de inconstitucionalidade pelo

46 Seria bastante, por exemplo, que tivesse sido outro o desfecho do julgamento da Representação 1.349-9/DF (Pleno, m.v., Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU 10.08.1989), no qual restou assentado não ser possível o conhecimento do pedido quando o Procurador-Geral da República, na petição inicial, já declara inexistir eiva de inconstitucionalidade. Mais correto – pensamos – teria sido a acolhida do entendimento exposto no voto-vencido do Ministro Célio Borja que, mais consentâneo com a natureza objetiva do processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, estabeleceu distinção entre o direito subjetivo de ação e a figura da provocação, salientando que esta, não envolvendo a defesa de direito subjetivo, expressa faculdade para que se impulsione um pedido perante um órgão do Estado, a fim de que este venha a apreciá-lo.

Pretório Excelso em sede de controle difuso ou concreto⁴⁷. Na prática, tal é capaz de representar uma notável ampliação da eficácia vinculante, tornando ocioso não somente a intervenção do Senado Federal, conservada desde 1934 pelo art. 52, X, da Constituição, mas do próprio – e recentíssimo – instituto da súmula vinculante.

Os destinatários do efeito vinculativo, indistintamente quanto a tais mecanismos, são a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, restando imunes a sua observância pelo legislador⁴⁸ e pelo próprio Pretório Excelso.

No intuito de afiançar o respeito, por parte dos órgãos administrativos, bem assim pelos órgãos judiciais, da uniformidade interpretativa resultante dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, reservou-se, num perfil mais destacado, a via da reclamação, originariamente voltada à salvaguarda da competência e da autoridade das suas decisões proferidas com relação a um caso concreto (art. 102, I, *l*).

Com o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, a reclamação se torna, num notável decurso evolutivo, no instrumento garantidor da eficácia vinculante⁴⁹, como se o respeito a tais precedentes devesse ser imposto assim autoritariamente, sem que tal fosse uma consequência natural de uma aceitação cultural pelos juízes e órgãos administrativos.

Dois outros pontos – inimagináveis até então – notabilizam a sistemática que envolveu a Assembleia Constituinte. Sem embargo de sua afinidade, o primeiro deles se constitui numa preocupação com a inconstitucionalidade por omissão dos comandos constitucionais, cuja eficácia se deixa de alcançar a plenitude almejada pelo ideário que influenciou a elaboração do texto sobranceiro em virtude da ausência do seu indispensável desenvolvimento por parte do legislador.

Nesse diapasão, cogitou-se, primeiramente, pela importação de figura da Constituição da República Portuguesa, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

Uma possível inconsistência dos efeitos de tais decisões, cuja sorte é entregue ao senso de responsabilidade dos atores políticos, porventura parece ter ensejado, com vistas ao suprimento de seu objetivo, a previsão do mandado de injunção, a ser ajuizado, individual ou coletivamente, sempre que a falta de

47 STF, Pleno, m.v., Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.10.2014. Na assentada, são dignas de registro as divergências dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

48 STF, Pleno, RCL 13.019/DF, v.u., Rel. Min. Celso de Mello, DJe 11.03.2014.

49 O instituto da reclamação, até a sua forte explicitação pelo texto magno, foi alvo de uma notável gestação pela jurisprudência do Pretório Excelso, a qual teve seu início, ainda à época da vigência da Constituição de 1891, com o julgamento do HC 3.061, em 29.07.1911, até o desate da Representação nº 1.092/DF (Pleno, m.v., Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 112/504-567).

norma regulamentadora venha a tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A sua prática pelo Supremo Tribunal Federal, passada a timidez inicial dos justos⁵⁰, vem implicando um aprimoramento do instituto, de sorte a permitir, à medida do possível, o reconhecimento da eficácia dos preceitos constitucionais, o que decorreu, basicamente, do recurso à integração analógica⁵¹.

Porventura haurindo inspiração no recurso constitucional da Lei Fundamental alemã, projetou-se a tentativa de tutela dos direitos fundamentais mediante a previsão da arguição de descumprimento de direito fundamental – ADPF (art. 102, parágrafo único, renumerado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 para § 1º).

A experiência, iniciada a partir da Lei nº 9.882/1999 pareceu, num primeiro momento, transformar a ADPF numa ampliação do campo da ação direta de inconstitucionalidade, mas que, com o passar do tempo, alçou-se, com efetividade, à proteção de direitos fundamentais, inclusive aqueles pertinentes às relações jurídicas entre particulares, entre os quais o direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁵² e à liberdade de expressão⁵³.

Não olvidar, no plano da fiscalização concreta, a Emenda Constitucional nº 45/2004 que, à semelhança do *writ of certiorari* do Direito norte-americano, introduziu, como requisito essencial para a interposição e admissibilidade do recurso extraordinário, o do reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Não obstante o propósito de diminuir o acervo de feitos com trâmite no Supremo Tribunal Federal, bem assim a redução de litígios e do tempo de tramitação, a notável extensão da Constituição de 1988, reforçada pela prática inicial do instituto, vem conduzindo a multiplicação de feitos nos quais é suscitada e, igualmente, reconhecida, a repercussão geral.

Não se duvida de que o modelo da Constituição de 1988, que se tem notabilizado pela mescla da fiscalização abstrata e concreta⁵⁴, sem contar uma

50 MI 107-3/DF, Pleno, v.u., Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.09.90; MI 444-7/MG, Pleno, v.u., Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 04.11.1994; MI 361, Pleno, v.u., Rel. Min. Moreira Alves, DJU 22.02.2002.

51 MI 721-7/DF, Pleno, v.u., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 30.11.2011; MI 670/ES, Pleno, m.v., Rel. Min. Gilmar Mendes, *Informativo – STF* n. 485.

52 STF, Pleno, v.u., Rel. Min. Carlos Ayres de Britto, J. 05.05.2011. Nesse julgado se reconheceu, numa interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil, a possibilidade de união estável homoafetiva, a ser considerada como entidade familiar para os fins de direito pertinentes.

53 STF, Pleno, m.v., Rel. Min. Carlos Ayres Britto, J. 30.04.2009. Versou o julgado sobre a não recepção, por parte da Constituição de 1988, da Lei nº 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa, a qual, editada no governo militar, previa sanções penais e cíveis aos veículos de informação.

54 Os riscos e desvantagens que podem ser acarretados, principalmente para a igualdade de tratamento e segurança jurídica, para a boa articulação entre o nosso complexo hibridismo dos modelos concentrado e difuso, tal como previsto pela Constituição de 1988, cujo texto exagera em detalhes, foi objeto de análise por

multiplicidade desarticulada de institutos, não tem acarretado a resolução célebre das questões constitucionais, o que contribui para que muitos questionamentos permaneçam, por muito tempo, aguardando pronunciamento⁵⁵.

De outra parte, a pretensão de plenitude da Constituição para o estabelecimento das diretrizes pelas quais os Poderes Públicos e a coletividade há de se guiar para a sua regência produziu muitos bons frutos, e não evitou – nem seria capaz a tanto – algumas situações de ativismo fora dos limites da interpretação constitucional⁵⁶.

Por isso, o ideal seria uma simplificação do modelo então vigente, a ser obtida tanto mediante reforma constitucional quanto mediante recurso à via interpretativa, seja para o fim de se excluir o excesso normativo existente, seja para legar uma maior eficácia às normas constitucionais, o que somente o passar do tempo poderá dizer.

REFERÊNCIAS

- ALECRIM, Octacílio. *Ideias e instituições no Império* – Influências francesas. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1953.
- ASSIS, Machado de. *O velho Senado*. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BARBOSA, Ruy. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russel, 2004.
- BITAR, Orlando. A lei e a Constituição – Alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: *Obras completas de Orlando Bitar* – Estudos de direito constitucional e direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1. v., 1996.
- BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 1996.

Antonio G. Moreira Maués e Fernando Facury Scaff (*Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 11-17 e 68-73).

- 55 Uma amostra disso nos oferece as contendas em matéria tributária, sendo de ressaltar as desaguarão: a) na declaração de inconstitucionalidade da solidariedade passiva instituída pelo art. 13 da Lei nº 8.620/1993, a qual somente foi declarada em julgamento realizado aproximadamente 17 anos depois (RE 562276, Pleno, v.u., Rel^a Min. Ellen Gracie, J. 03.11.2010); b) na declaração de inconstitucionalidade dos prazos de decadência e prescrição em matéria de contribuições previdenciárias, instituídos pelos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, o que teve lugar com as decisões que desaguarão na formulação da Súmula Vinculante nº 08, na sessão de 12.06.2008; c) no reconhecimento da constitucionalidade da revogação, pelo art. 56 da Lei nº 9.430/1996, da isenção do pagamento da Cofins concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/1991, cujo julgamento, ocorrido com o RE 381.964-0/MG (Pleno, m.v., Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12.03.2009) foi finalizado 12 anos depois da vigência da norma impugnada; d) na discussão sobre a possibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, cujo recurso extraordinário foi distribuído em 17.11.1998, e julgado somente quinze anos após (RE 240.785, Pleno, m.v., Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 15.12.2014), mas, o que raiou ao inacreditável, foi a não determinação de que, quanto ao tema, fosse determinada a adoção da sistemática da repercussão geral, o que somente porventura irá suceder com o deslinde do RE 574706/PR, de maneira que a solução do questionamento continua em aberto, agravando em demasia a segurança jurídica entre a administração tributária federal e os contribuintes
- 56 Uma dessas situações, a nosso sentir, constou do desate do MS 26602-3/DF (Pleno, m.v., Rel. Min. Eros Grau, DJe 16.10.2008), relativo à explicitação da possibilidade de perda do mandato parlamentar, fora das hipóteses taxativamente previstas no art. 55, I a VI, da Constituição Federal.

BUENO, José Antonio Pimenta. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Coleção Formadores do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2002.

CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e a república brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. Coleção Temas Brasileiros, v. 48.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891) – Comentada*. Brasília: Senado Federal, 2002.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002. Trad. e anotações de Ricardo Rodrigues Gama à 3ª edição, publicada em 1898.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El federalista*. 2. ed. em espanhol. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. Prólogo e tradução de Gustavo R. Velasco.

LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, t. I, 1936.

_____. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, t. III, 1938.

NEQUETE, Lenine. Um parecer de Machado de Assis – Sobre a apelação necessária nas causas de liberdade. *Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 41, n. 171, jan./mar. 1988.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Cláudio; FREITAS, Ricardo; SALDANHA, Nelson (Coord.). *História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891. *Historia Constitucional*, n. 11, p. 297-320, 2010. Disponível em: www.historiaconstitucional.com.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1918. Edição fac-similar do Senado Federal, 2005.