

A evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro

André Pedreira Ibañez

RESUMO

O presente estudo possui um caráter introdutório do tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, na medida em que aborda o seu caráter histórico, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Federal de 1988. Através da análise individualizada de cada texto constitucional, é apresentada a forma como foi tratado o controle de constitucionalidade nos diferentes momentos históricos do Brasil. Outrossim, especial ênfase foi conferida à Constituição Federal de 1988, com o pertinente estudo do controle preventivo (político e jurisdicional) e do controle repressivo (político e jurisdicional).

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Controle Preventivo de Constitucionalidade. Controle Repressivo de Constitucionalidade.

The historical evolution of the judicial review in the Brazilian Law

ABSTRACT

This study has an introductory character of the subject of judicial review in Brazilian law, in that it deals with its historical character, from the Imperial Constitution of 1824 until the Constitution of 1988. By individual analysis of each Constitution is presented the way the judicial review was handled in different historical periods in Brazil. Moreover, special emphasis was given to the Constitution of 1988, with the appropriate study of the preventive review (political and judicial) and of the repressive review (political and judicial).

Keywords: Judicial Review. Preventive Judicial Review. Repressive Judicial Review.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem um caráter introdutório do tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, na medida em que aborda o seu caráter histórico, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Federal de 1988.

Evidentemente, por se tratar de assunto de grande extensão e infinitas particularidades, serão examinados os principais aspectos pertinentes ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil.

Será destinado um capítulo para que as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 sejam analisadas de forma individualizada, de modo a facilitar a abordagem

André Pedreira Ibañez é Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2007). Advogado. O presente artigo é adaptação de trabalho de conclusão da disciplina "Controle de Constitucionalidade", ministrada pelo Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em fevereiro de 2010.

dos diversos dispositivos referentes ao sistema de controle de constitucionalidade nos respectivos textos constitucionais.

No capítulo seguinte será realizado o exame da Constituição Federal de 1988, para que sejam apresentadas, ainda que em linhas gerais, as principais formas de controle de constitucionalidade na Constituição Cidadã. O método de abordagem será baseado na classificação segundo o momento de realização do controle: controle preventivo e controle repressivo. Dentro dessa classificação, serão verificados os controles político e jurisdicional, ou seja, o controle preventivo político e jurisdicional, e o controle repressivo político e jurisdicional.

Em virtude de sua maior relevância e de sua maior amplitude, o controle repressivo jurisdicional receberá um enfoque especial, para que sejam exploradas as principais formas de controle previstas na vigente Carta Magna.

Espera-se que o presente estudo possa, de alguma forma, contribuir com a doutrina no exame do desenvolvimento das formas de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DO IMPÉRIO À DITADURA MILITAR

2.1 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1824

Dois anos após a passagem do regime colonial para o monárquico, o Brasil foi cenário de um conflito entre radicais e conservadores, o que criou o ambiente necessário para a formação de uma Assembleia Constituinte, que iniciou seus trabalhos em maio de 1823.

Citando Luis XVII, Dom Pedro proferiu uma frase que deixava claro o espírito da nova Constituição, no sentido de que “juraria defender a futura Constituição, desde que ela fosse digna do Brasil e dele próprio”.

Esse espírito acabou gerando desavenças ideológicas entre o Imperador e os constituintes, pois, enquanto aquele pretendia o controle total sobre a nação, estes objetivavam limitar os poderes do monarca em respeito aos direitos individuais. O resultado disso foi a destituição da Assembleia Constituinte, em novembro de 1823, e, a elaboração, às pressas, de um projeto de Constituição em março de 1824, que outorgada, vigeu até fevereiro de 1891.

O texto de 1824 definia um governo monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º), em que o Imperador não estava sujeito a qualquer espécie de responsabilidade (art. 99). O monarca exercia o Poder Executivo juntamente com os ministros (art. 102), por ele escolhidos (art. 101, VI), e o Poder Moderador (art. 98¹)

¹ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

assessorado por seus conselheiros (art. 137). O Imperador também tinha poderes para escolher um entre os três senadores eleitos por Província (art. 43) e suspender ou convocar os Conselhos Provinciais (art. 101, IV) e a Assembleia Geral (art. 101, II e V, e 102, I). O voto era censitário, ou seja, somente aqueles que tinham uma renda anual mínima podiam exercer o direito do voto (art. 92, V, e 94, I).

Como se vê, o Brasil era um Estado unitário, formado por quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, sendo que através deste último o Imperador controlava os demais. A Constituição elegeu a religião católica como oficial (art. 5º), tornando-se a única Constituição da história do país a fazê-lo.²

No texto da Constituição de 1824 não se tem referência a qualquer sistema de controle de constitucionalidade de leis. Em realidade, uma série de fatores impediu o estabelecimento de um sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.

Um desses fatores consiste na influência que as doutrinas francesa e inglesa exerciam, especialmente no que tange à soberania do Parlamento. Essa influência fica muito visível quando se realiza a leitura do artigo 15, incisos VIII e IX, daquela Constituição, segundo o qual:

Art. 15. É da atribuição da Assembleia Geral:

(...)

VIII – Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las;

IX – Velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação;

(...)

Além dessa influência da doutrina estrangeira é importante que também se leve em consideração a existência do Poder Moderador, que impedia a supremacia e a rigidez da Constituição, pressupostos básicos para que se realize o controle judicial da constitucionalidade. Igualmente, em função da preponderância do Poder Moderador, não há falar em um Parlamento que representasse a vontade soberana do povo, restando inviabilizado o controle político dos atos normativos.

Lúcio Bittencourt com muita felicidade aborda essa supremacia exercida pelo Imperador através do Poder Moderador: “Ora, num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal “suprema inspeção” é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador”.³

² Já na Constituição de 1891 o Brasil viria a se tornar um estado laico, condição mantida até a vigente Carta de 1988.

³ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.28.

A Constituição de 1824 até hoje foi a que teve maior tempo de duração, sendo substituída somente em 1891, por motivo plenamente justificável, qual seja, a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, que, inclusive, acarretou a saída da família real do país.

2.2 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891

Proclamada a República, o regime republicano foi instaurado sem competição partidária. Desta forma, o partido republicano, da noite para o dia, teve as suas águas grandemente engrossadas pelo adesismo geral, formando o partido dominante, o partido do governo.⁴

O ponto de partida da nova ordem constitucional foi o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, de lavra de Rui Barbosa, que proclamou, provisoriamente, a República federativa como forma de governo da nação brasileira, estabelecendo as normas pelas quais se deviam reger os Estados Federais.⁵

Promulgada em 24/02/1891, e conhecida como Constituição de Rui Barbosa, em função de o baiano ter redigido quase todo o anteprojeto, a Carta de 1891 foi inspirada na Constituição dos Estados Unidos. Esse fato justifica o nome do país, que passou a se chamar República dos Estados Unidos do Brasil (art. 1º).

Em função da predominância do partido republicano, a elaboração da Constituição de 1891 não cuidou da organização partidária, consolidando-se a inalterabilidade dos seguintes princípios constitucionais: a) a forma Republicana; b) o regime representativo; c) o governo presidencial; d) a independência e harmonia dos poderes; e) a temporariedade das funções eletivas e a responsabilidade dos funcionários; f) a autonomia dos municípios; g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; h) um regime eleitoral que permitisse a representação das minorias; i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e irredutibilidade dos seus vencimentos; j) os direitos políticos e individuais assegurados pela Constituição; k) a não reeleição de presidente e governadores; l) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretá-la.⁶

O Brasil deixa de ser um Estado unitário e passa a ser uma federação, sendo extinto o Poder Moderador, que, dotado de superioridade em relação aos demais poderes, acarretava a mitigação da rigidez da separação dos poderes.

A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido responsável para a consolidação do modelo de controle

⁴ FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p.258.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed., rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2009, p.186.

⁶ FERREIRA, Waldemar Martins. Op. cit., p.258/259.

difuso de constitucionalidade, consagrado já nos artigos 58, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”, da chamada Constituição provisória de 1890⁷.

Além disso, no Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, destinado a organizar a Justiça Federal, nota-se a existência de determinados dispositivos atinentes ao controle da constitucionalidade. O artigo 3º, por exemplo, dispõe que, “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”, ou seja, uma espécie de controle da Constituição e da legislação federal por via de exceção.

Nesse ponto, mostrou-se determinante a referida influência norte-americana, pois foi exatamente a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que impulsionou Rui Barbosa a incluir no texto constitucional um modelo, ainda incipiente, de controle difuso de constitucionalidade.

Trata-se do *leading case* *Marbury v. Madison*,⁸ do ano de 1803, conduzido com brilhantismo pelo lendário Juiz John Marshall, em que pela primeira vez a Suprema Corte daquele país afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade de leis que, segundo o Poder Judiciário, estavam marcadas pela inconstitucionalidade.

Importante referir que a Constituição norte-americana não conferia à Suprema Corte ou a qualquer outro órgão a competência para exercer o controle, tendo o Tribunal tentado demonstrar que tal atribuição decorreria logicamente do sistema.⁹

Sobre a tradição do sistema difuso de controle de constitucionalidade no Brasil, digna de transcrição a lição de Teori Albino Zavascki:

O controle incidental da constitucionalidade das leis e atos normativos, que é poder-dever de qualquer juiz ou tribunal, a ser exercido inclusive de ofício (controle difuso), tem, no Brasil, virtualmente, a idade da República. Previsto no Decreto 848, de 11.10.1890, que instituiu a Justiça Federal, foi reafirmado pela Constituição de 1891, ao outorgar ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais” (art. 59, § 1º, *a*). Reiterado e aperfeiçoado pelas posteriores Cartas Constitucionais, o controle difuso de constitucionalidade representa, hodiernamente, um significativo marco de afirmação da autonomia do Poder Judiciário.¹⁰

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed., rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2009, p.1084.

⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.5.

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.17.

Assim, influenciada por *Marbury v. Madison*, a Constituição de 1891 trouxe, em seu artigo 59, § 1º, “a” e “b”,¹¹ a previsão do controle difuso de constitucionalidade:

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 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.

Importante enfatizar o fato de que o Supremo Tribunal Federal não aceitou de início a competência da jurisdição ordinária para a realização do controle difuso, tendo sido necessária a edição da Lei nº 221, de 30 de novembro de 1894, que em seu art. 13, § 10, estabeleceu que os “juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Destaca-se ainda que, além da competência atribuída ao Judiciário para proteção da Constituição, o art. 35, 1º, da Carta de 1891 incumbia o Congresso, não privativamente, é claro, “velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de caráter federal”.

Entretanto, sem desconsiderar-se a importância do Poder Legislativo, a partir da República, antes mesmo da Constituição, o Poder Judiciário passou a ser considerado poder soberano, passando a cumprir a função de zelar, pela harmonia e equilíbrio entre os poderes políticos, antes exercida pelo Poder Moderador.¹²

¹¹ Trata-se de dispositivo incorporado do Decreto nº 848/1890 que, em seu artigo 9º, parágrafo único, dispunha sobre o controle da constitucionalidade de leis estaduais e federais:

Art. 9º Compete ao Tribunal:

(...)

Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária, à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.

¹² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.27.

A Emenda Constitucional de 1926 conferiu, de forma expressa, a todos os tribunais, federais ou estaduais, competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis federais, aplicando-as, ou não, no caso concreto, melhorando a redação das normas constitucionais sobre o assunto.¹³ Entretanto, a reforma provocada pela referida emenda não foi suficiente, por si só, para garantir a longevidade do Texto Constitucional, pois o mesmo estava fadado a ser afastado de nossas instituições pelo movimento armado de 1930, quando se dá o encerramento da chamada Primeira República.¹⁴

2.3 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1934

Não obstante o regresso a fórmulas superadas, como a atribuição, ao Senado Federal, de funções assemelhadas às do imperial Poder Moderador,¹⁵ a Constituição de 1934 trouxe importantes novidades definitivamente incorporadas à nossa experiência constitucional, e que a credenciaram ao respeito da posteridade, como a constitucionalização dos direitos sociais, a criação da Justiça Eleitoral, o sufrágio feminino e o voto secreto.¹⁶

Foi, na medida do possível, uma Constituição democrática, tendo mantido a possibilidade de controle judicial dos demais poderes e criou alguns importantes institutos, como o mandado de segurança (art. 113, 33, suprimindo lacuna deixada pela reforma constitucional de 1926), a ação popular (art. 113, 38), a ação direta interventiva (art. 12, V, § 2º), a competência do Senado Federal para suspender, com efeitos *erga omnes*, a eficácia de leis ou atos que tenham sido declarados inconstitucionais (art. 91, IV, e 96) e a cláusula de reserva de plenário (art. 179), com o julgamento sendo realizado pelo órgão especial (Tribunal Pleno).¹⁷

Um dos principais pontos a ser destacado das alterações acima arroladas, diz respeito à intervenção da União “em negócios peculiares aos Estados”, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis do art. 7º, e a execução de leis federais. No caso, essa intervenção seria decretada por lei federal¹⁸, nos termos do art. 12, § 1º, e só se efetivaria depois que a Corte Suprema, mediante iniciativa do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei federal que a tivesse decretado e lhe declarasse a constitucionalidade, conforme art. 12, § 2º. Essa situação, conforme ressalta Zeno Veloso, “implicava a contrario sensu, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo estadual que tivesse ensejado o processo interventivo”.¹⁹

¹³ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejud, 1999, p.30.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.110.

¹⁵ Segundo o artigo 88, ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbia 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 da sua competência.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.189.

¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p.36.

¹⁸ Lei federal essa de iniciativa exclusiva do Senado Federal, nos termos do art. 41, § 3º, da Constituição de 1934.

¹⁹ VELOSO, Zeno. Op. cit., p.31.

A natureza interventiva da ação direta implicava a defesa da própria Constituição, pois seus princípios sensíveis (forma republicana representativa; independência e coordenação de poderes, temporariedade das funções eletivas, autonomia dos municípios, garantias do Judiciário e do Ministério Público, prestação de contas, possibilidade de reforma constitucional e competência do Legislativo, para decretá-la, e representação das profissões – art. 12, V, cc art. 7º, I) – não poderiam ser atingidos pelos Estados-Membros, não obstante possuírem autonomia.²⁰

Em relação ao controle difuso de constitucionalidade, merece destaque a implantação da cláusula de reserva de plenário no art. 179, segundo a qual, “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.²¹ Neste mecanismo consagra-se o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, que só pode ser afastada por decisão colegiada (tribunal), tomada por maioria de votos.

O artigo 91, IV, da Carta de 1934, conforme já referido, previa a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Evidente, portanto, que se trata de dispositivo que equivale ao vigente art. 52, X, da Constituição de 1988.²²

Para Celso Ribeiro Bastos, a Constituição de 1934 não teve relevância do ponto de vista histórico, constituindo, em realidade, um instrumento circunstancial que refletiu os antagonismos, as aspirações e os conflitos da sociedade daquele momento, mas que estava fadada a uma curta duração, abolida que foi pelo golpe de 1937.²³

2.4 O controle de constitucionalidade na Carta de 1937

O golpe de 10 de novembro de 1937 acarretou a imposição de uma Carta Constitucional, a primeira a dispensar o trabalho de representação popular constituinte, pois até mesmo a Carta de 1824, outorgada por Dom Pedro I, foi fruto do trabalho dos Constituintes.²⁴

²⁰ SANTANA, Izaías José de. *Controle Concreto de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.69.

²¹ Dispositivo constitucional de redação muito semelhante à do art. 97 da Constituição Federal de 1988.

²² O art. 52, X, da Carta Magna de 1988 tem gerado muitos debates entre os integrantes do Supremo Tribunal Federal. Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, por exemplo, entendem que o dispositivo sofreu uma mutação constitucional, configurando hoje uma mera publicidade do que já se discutiu (Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença no Controle Difuso de Constitucionalidade). Já outra corrente, formada pelo Ministro Joaquim Barbosa e pelo já aposentado Ministro Sepúlveda Pertence, defendem que o art. 52, X, mantém a função de conceder efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p.115.

²⁴ Conforme destacam Paulo Bonavides e Paes de Andrade, quando o texto da Constituição Imperial já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembleia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado. In. *ANDRADE, Paes de, BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989, p.339.

Inspirada na Constituição da Polônia de 23 de abril 1935, o que lhe valeu o apelido de “A Polaca”,²⁵ a Constituição de 1937 apresentou duas singularidades importantes, uma relativa ao processo legislativo e outra referente ao controle de constitucionalidade das leis.²⁶

No que concerne à produção normativa, dispunha que o Chefe do Poder Executivo poderia expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional. No que tange ao controle de constitucionalidade, estabelecia no parágrafo único do art. 96²⁷ que, se declarada a inconstitucionalidade de lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia ele submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se este a confirmasse por dois terços de votos, em cada uma das Casas, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal, e, conseqüentemente, emendada a Constituição.²⁸

Assim, muito embora o sistema de controle difuso de constitucionalidade tenha sido mantido no texto constitucional (art. 101, III, “b” e “c”²⁹), inclusive com a manutenção da cláusula de reserva de plenário (art. 96, *caput*³⁰), verificava-se um mecanismo de anticonrole de constitucionalidade, o qual inviabilizava o efetivo controle, e permitia que se emendasse obliquamente a Carta Política.³¹

Lúcio Bittencourt de forma peculiar salientou que a Carta de 1937 “procurou atenuar os inconvenientes da supremacia do Judiciário”, através do estatuído no parágrafo único do art. 96.³²

Para Celso Ribeiro Bastos, o sistema de controle judicial na constitucionalidade das leis, em consonância com a doutrina americana, continuou existindo:

²⁵ Não obstante a sua principal origem seja efetivamente a Constituição Polonesa, historiadores como Paulo Bonavides e Paes de Andrade mencionam ter a Carta 1937 sofrido também influência do fascismo de Mussolini e até mesmo da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1890, terra natal de Getúlio Vargas.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.191.

²⁷ (...)

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.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.191.

²⁹ Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

(...)

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

³⁰ Art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

(...)

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.192.

³² BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit., p.30.

A porta aberta ao Parlamento para que, por uma maioria de 2/3, mantivesse a norma anteriormente fulminada equivalia a uma emenda à Constituição. E esta alternativa sempre existe nas Constituições que não se pretendam perpétuas. Atualmente, a própria maioria de 2/3 é suficiente para emendar a Constituição. Nada impede, pois, que, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, opte-se pela reforma constitucional, o que equivale a uma possibilidade de restabelecimento da norma viciada segundo os termos da Constituição anterior à emenda.³³

A Carta de 1937 é silente quanto à ação direta interventiva, pois o modelo de organização do Estado Brasileiro era unitário e, portanto, não havia autonomia dos Estados-membros. Excluiu também a possibilidade de o Senado conceder efeitos *erga omnes* às decisões definitivas do STF.³⁴

Cumprir notar que a Carta de 1937 vedou expressamente ao Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. Paralelamente, o Código de Processo Civil de 1939 excluiu da apreciação judicial, no mandado de segurança, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).³⁵ Além da perda da condição de garantia constitucional do mandado de segurança, foi extinta a ação popular, expediente comum às ditaduras.³⁶

A Carta de 1937 adotou a unidade do Poder Judiciário, suprimindo a Justiça Federal, sem contudo modificar a competência para legislar sobre direito processual, que continuou sendo da União.³⁷

Getúlio Vargas foi deposto em 29 de outubro de 1945 pelas Forças Armadas, assumindo transitoriamente a chefia do governo o Ministro José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal, até a posse de Eurico Gaspar Dutra, que, mesmo tendo sido Ministro da Guerra de Getúlio Vargas, elegeu-se Presidente da República e assumiu o poder em 31 de janeiro de 1946, contando para isso com o apoio dos militares e até mesmo do ex-ditador, que se elegeu senador pelos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, mas não se aproximou dos trabalhos da Assembleia Constituinte.³⁸

Zeno Veloso, em justificada crítica ao Texto de 1937, opina que o mesmo não saltou do papel para a vida, configurando uma Constituição apenas nominal, que não foi executada e nem aplicada, merecendo, quando muito, uma referência histórica.³⁹

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p.402.

³⁴ SANTANA, Izaias José de. Op. cit., p.69.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.1090.

³⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p.38.

³⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p.38.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.193/194.

³⁹ VELOSO, Zeno. Op. cit., p.33.

2.5 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1946

Eleita em 2 de dezembro de 1945 e instalada em 2 de fevereiro de 1946, a Assembleia Nacional Constituinte, ao contrário das Cartas de 1824, 1891 e 1934, não decorreu de um projeto vindo de fora, mas sim de uma “Grande Comissão” que utilizou o texto de 1934 como base para a nova constituição republicana.⁴⁰

A Carta de 1946 restaurou a tradição do controle judicial de constitucionalidade. Além da competência de julgar os recursos ordinários, disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários no art. 101, III, “a”, “b” e “c”:

Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

Themistocles Brandão Cavalcanti, ao comentar o referido dispositivo, ressaltando a importância do recurso extraordinário, afirmou que o mesmo “convém à índole do sistema federativo; concilia a autonomia das justiças estaduais com a necessidade de manter a supremacia da União e a soberania dos poderes instituídos pela Constituição”.⁴¹

A cláusula de reserva de plenário foi mantida (art. 200), bem como a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64).

Outro ponto importante de ser destacado diz respeito à representação interventiva, que empresta nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade introduzida no texto de 1934, cuja titularidade foi atribuída ao Procurador-Geral da República.⁴² O art. 8º dispunha que a intervenção seria decretada por lei federal para proteger os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.195.

⁴¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Vol. II. 3.ed. José Konfino: Rio de Janeiro, 1956, p.332.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.1090.

imediatos; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário. Nesses casos, o ato arguido de inconstitucionalidade era submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção (parágrafo único do art. 8º).

Não obstante a sua efetiva influência para a instituição do controle concentrado no direito brasileiro, esse não foi o objetivo da representação interventiva, pois, a manifestação do Supremo Tribunal Federal, em relação à representação do Procurador-Geral da República, não produzia efeitos *erga omnes*, e visava a constatar a violação de princípio constitucional sensível, de modo a legitimar a decretação da intervenção da União no ente federativo.⁴³

A Lei nº 4.337/64 regulou a declaração de inconstitucionalidade, fazendo-a retornar à configuração da representação interventiva. Todavia, a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/1965 (promulgada na vigência dos Atos Institucionais nº 1 e nº 2, e que ocasionou a reforma do Judiciário do governo Castelo Branco), o sistema de controle de constitucionalidade foi enriquecido com a implantação de mecanismos de controle abstrato, também conhecido como controle concentrado, por ser exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça, em relação às Constituições dos Estados-membros. Essa forma de controle, idealizada por Hans Kelsen, foi adotada pela primeira vez na Constituição Austríaca de 1920, e objeto de aperfeiçoamento através de emenda em 1929.

O Supremo Tribunal Federal passou então a ser competente para processar e julgar “representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (art. 101, I, “k”, da CF de 1946, com redação dada pela EC nº 16/65⁴⁴). Essa representação de inconstitucionalidade, que corresponde à atual ação direta de inconstitucionalidade, foi ampliada na Lei nº 2.271/54 e aperfeiçoada na Carta de 1988, especialmente em relação ao fim do monopólio do Procurador-Geral da República⁴⁵ para propositura, sendo criado um rol relativamente extenso de legitimados.

Com a Constituição de 1946 o país vivenciou período em clima de tolerância e paz, até 31 de março de 1964, quando as Forças Armadas, com inegável apoio de boa parte da sociedade civil depuseram o Presidente João Goulart, mergulhando o país no regime autoritário com quarenta anos de duração.⁴⁶

⁴³ VELOSO, Zeno. Op. cit., p.34.

⁴⁴ Art. 2º As alíneas c, f, i e k do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação:

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

⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p.19.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.196.

2.6 O controle de constitucionalidade na Carta de 1967

Com a ditadura militar, o debate judicial foi sobremaneira cerceado, tanto é que, considerando as necessidades de ordem da “revolução” para barrar “processos subversivos e de guerra revolucionária” que perturbavam a tranquilidade, a segurança e a harmonia político-social brasileira, o então Presidente da República Costa e Silva e seus ministros assinaram o Ato Institucional nº 5, de nefastas consequências. Dentre estas, suspendeu a garantia do *habeas corpus* para determinados tipos de crimes e permitiu-se que, através do Decreto de 16 de janeiro de 1969 fossem aposentados compulsoriamente os Ministros do Supremo Tribunal Federal Hermes de Lima, Evandro Cavalcanti Lins e Silva e Victor Nunes Leal, procurando reduzir a resistência aos abusos do poder constituído.⁴⁷

O controle de constitucionalidade não sofreu alterações substanciais na Carta de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69. Os controles concentrado e difuso foram mantidos na mesma sistemática da Constituição anterior.

Uma alteração verificada se deu na representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, que foi alvo de ampliação para a manutenção dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), e para a possibilitar a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspensão de ato estadual foi repassada para o Presidente da República (art. 11, § 2º).⁴⁸

A Carta de 1967 não adotou a disposição da Emenda nº 16/65 que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. Já a Emenda nº 1/69 trouxe previsão expressa do controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para que se desse a intervenção no Município (art. 15, § 3º, “d”).⁴⁹

A Emenda nº 7/77 instituiu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando mais esta prerrogativa ao Procurador-Geral da República, que detinha a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, “e”), com o objetivo de evitar a ploriferação de demandas, ocorrendo o estabelecimento da correta interpretação da lei. A referida Emenda também encerrou a controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal Federal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República, nos termos do art. 119, I, “p”.⁵⁰

⁴⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p.43.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.1094.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.1094/1095.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.1095.

Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1967, analisou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

A Constituição de 1967, como a de 1891, a de 1934, a de 1937 e a de 1946, não anui em que se decreta a *nulidade absoluta* da lei, ou em que se anule a lei, em que se decreta *in abstracto* a inconstitucionalidade, nem em que a resolução judicial atinja a lei em sua existência fora do caso julgado. Todavia, a de 1934 concedeu ao Senado Federal, diante da decretação do Poder Judiciário, *suspender* a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento; e, não só *ex officio* como em geral, examinar em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo e suspender a execução das disposições ilegais (Constituição de 1934, art. 91, II). Na Constituição de 1946, o art. 64 atribuiu ao Senado Federal suspender, no todo, ou em parte, leis ou decretos “declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Leis, decretos, avisos, portarias, ou o que seja. Inconstitucionalidade, não a simples ilegalidade; mas dificilmente essa ocorre sem aquela. A Constituição de 1967, art. 45, IV, reproduz o que se dissera na Constituição anterior.⁵¹

Encerrada a ditadura militar e realizado o movimento das “Diretas Já”, foi pavimentado o caminho para a Assembleia Constituinte que viria a elaborar a Constituição Cidadã, retomando o modelo democrático e, neste regime, o controle de constitucionalidade reassume a sua condição de relevância.

Seguindo a proposta do estudo, a Carta de 1988 será examinada em capítulo próprio, no qual será enfocada a classificação do sistema de controle de constitucionalidade em preventivo (político e jurisdicional) e repressivo (político e jurisdicional).

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1 O controle de constitucionalidade preventivo

O controle de constitucionalidade preventivo, *a priori* ou priorístico, é o controle realizado antes da entrada em vigor do ato legal que, desde sua origem, na condição de projeto, já se encontra maculado pela inconstitucionalidade.

O controle preventivo pode ser realizado de forma política, pelos Poderes Legislativo ou Executivo, ou de forma jurisdicional, pelo Poder Judiciário.

Pelo Poder Legislativo esse controle se dá através das comissões permanentes de constituição e justiça que, na forma de seus regimentos internos, têm como principal função verificar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967* . Tomo III (Arts. 34-112). Revista dos Tribunais: São Paulo, 1967, p.610.

apresentados, com o texto da Carta Magna. O artigo 58 da Constituição Federal prevê que “o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”.

No caso da Câmara dos Deputados, o órgão responsável pelo controle preventivo da constitucionalidade dos projetos é a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que, nos termos do art. 32, IV, “a”, do regimento interno da Câmara, tem como campo temático os aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões. Na mesma linha, o artigo 53, III, do mesmo regimento, estabelece:

Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas:

(...)

III – pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso;

A propósito, é terminativo o parecer elaborado pela referida Comissão, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria, nos termos do art. 54, I, do regimento interno.

No âmbito do Senado Federal, compete, nos termos do art. 101, I, de seu regimento interno, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário.

O Poder Executivo, por outro lado, também pode realizar o controle preventivo da constitucionalidade, através do chamado “veto jurídico”, previsto no art. 66, § 1º, da Constituição Federal:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º – Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

(...)

Assim, tem o Presidente da República, na condição de chefe do Poder Executivo, o poder de realizar o veto de eventuais projetos oriundos do Congresso com vício de inconstitucionalidade.

Desta forma, o controle preventivo político de constitucionalidade é realizado no Brasil dentro do processo legislativo por meio das comissões de constituição e justiça e, paralelamente, pelo chefe do Poder Executivo, através do instrumento chamado “veto jurídico”.

Já o controle preventivo jurisdicional, realizado no âmbito do Poder Judiciário é extremamente raro, utilizado de forma escassa até hoje. Tanto é assim, que a doutrina dedicou poucas linhas ao estudo do tema, o que exige que se confira maior atenção aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em que se deu essa espécie de controle de constitucionalidade.

O *leading case* da matéria é anterior à Constituição Federal de 1988. Trata-se do mandado de segurança nº 20.257/DF, que, julgado em 08 de outubro de 1980, teve como relator para o acórdão o Ministro Moreira Alves. Naquela oportunidade, os senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale impetraram mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso Nacional, na pessoa de seu Presidente, com o objetivo de impedir a tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais nº 51 e 52/80, bem como da Emenda nº 3 às referidas Propostas. Entendiam os impetrantes que as ditas Emendas, ao objetivar a prorrogação dos mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores da época, violavam o dispositivo constitucional (art. 47, § 1º) que vedava a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República.

No caso, a Suprema Corte entendeu pelo cabimento do “*mandamus* em hipótese em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação ou deliberação”. Ainda, segundo o posicionamento da Corte, nesses casos “a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente”. Por fim, destacou o Tribunal que “a inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”.

Não obstante a aceitação do *writ* no caso concreto, após a análise do seu mérito a ação foi indeferida, restando a decisão ementada nos seguintes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA MESA DO CONGRESSO QUE ADMITIU A DELIBERAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE A IMPETRAÇÃO ALEGA SER TENDENTE A ABOLIÇÃO DA REPÚBLICA. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM HIPÓTESES EM QUE A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL SE DIRIGE AO PRÓPRIO PROCESSAMENTO DA LEI OU DA EMENDA, VEDANDO A SUA APRESENTAÇÃO (COMO É O CASO PREVISTO NO

PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 57) OU A SUA DELIBERAÇÃO (COMO NA ESPÉCIE). NESSES CASOS, A INCONSTITUCIONALIDADE DIZ RESPEITO AO PRÓPRIO ANDAMENTO DO PROCESSO LEGISLATIVO, E ISSO PORQUE A CONSTITUIÇÃO NÃO QUER – EM FACE DA GRAVIDADE DESSAS DELIBERAÇÕES, SE CONSUMADAS – QUE SEQUER SE CHEGUE A DELIBERAÇÃO, PROIBINDO-A TAXATIVAMENTE. A INCONSTITUCIONALIDADE, SE OCORRENTE, JÁ EXISTE ANTES DE O PROJETO OU DE A PROPOSTA SE TRANSFORMAR EM LEI OU EM EMENDA CONSTITUCIONAL, PORQUE O PRÓPRIO PROCESSAMENTO JÁ DESRESPEITA, FRONTALMENTE, A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDADE, UMA VEZ QUE A PRORROGAÇÃO DE MANDATO DE DOIS PARA QUATRO ANOS, TENDO EM VISTA A CONVENIÊNCIA DA COINCIDÊNCIA DE MANDATOS NOS VÁRIOS NÍVEIS DA FEDERAÇÃO, NÃO IMPLICA INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DE QUE OS MANDATOS NÃO MAIS SÃO TEMPORÁRIOS, NEM ENVOLVE, INDIRETAMENTE, SUA ADOÇÃO DE FATO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.⁵²

Mais recentemente, no ano de 2004, o tema do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade voltou à baila quando do julgamento do mandado de segurança nº 24.642-DF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso. Nessa oportunidade, o Deputado Federal Onyx Lorenzoni impetrou mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara dos Deputados, consubstanciado no envio prematuro ao Senado Federal de proposta de Emenda à Constituição (PEC 40/2003), a qual, no que tange ao estabelecimento dos limites máximos de remuneração dos servidores públicos, foi aprovada em apenas um turno de votação, contrariando, assim, o art. 60, § 2º, da Carta Magna.

Como se vê, o referido Deputado Federal, através de mandado de segurança, buscou o reconhecimento de inconstitucionalidade formal de proposta de Emenda à Constituição. Novamente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o controle judicial de constitucionalidade no âmbito do processo legislativo, porém rejeitou a ação quanto ao mérito, conforme se verifica da ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. – O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. II. – Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.303-Agr/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, “DJ” de 12.09.2003. III. – Inocorrência, no caso, de ofensa ao processo legislativo, C.F., art. 60, § 2º, por isso que, no texto aprovado

⁵² Mandado de Segurança nº 20.257, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator Originário: Min. Decio Miranda, Relator p/ o acórdão: Min. Moreira Alves, julgado em 08/10/1980, DJ 27/02/1981.

em 1º turno, houve, simplesmente, pela Comissão Especial, correção da redação aprovada, com a supressão da expressão “se inferior”, expressão dispensável, dada a impossibilidade de a remuneração dos Prefeitos ser superior à dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. IV. – Mandado de Segurança indeferido.⁵³

Diante da exposição realizada, verifica-se a efetiva possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade, seja por meio político, seja por meio jurisdicional. Oportuno ainda, para que seja realizado o devido contraste, a exposição do controle repressivo de constitucionalidade, tanto quando realizado politicamente, como quando realizado no âmbito jurisdicional.

3.2 O controle de constitucionalidade repressivo

O controle repressivo, *a posteriori* ou sucessivo, é realizado sobre lei ou ato normativo efetivo, em vigor.

De regra, o controle repressivo de constitucionalidade é jurisdicional. Contudo, há situações em que o controle pode ser realizado por meio do Poder Legislativo.

Editada medida provisória pelo Presidente da República, tem a mesma vigência e eficácia imediata e força de lei, por sessenta dias, cabendo ao Congresso Nacional aprová-la, com a conseqüente conversão em lei ordinária, ou rejeitá-la. Assim, nos casos em que o Congresso rejeita a medida provisória por inconstitucionalidade (art. 62, § 5º)⁵⁴, como por exemplo, nas situações em que carece dos requisitos de relevância e urgência, está realizando o controle repressivo de constitucionalidade, pois a mesma já havia ingressado no ordenamento jurídico. Todavia, no caso, esse controle é realizado de forma política ou não-jurisdicional.

Alexandre de Moraes aborda essa espécie de controle repressivo de constitucionalidade:

Consagrando a ideia de existência de controle de constitucionalidade repressivo exercido em relação às medidas provisórias, por tratarem-se de atos normativos perfeitos e acabados, *apesar do caráter temporário*, o Supremo Tribunal Federal admite serem as mesmas objeto de ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando que a edição de medida provisória, pelo Presidente da República, reveste-se de dois momentos significativos e inconfundíveis: o primeiro diz respeito a um *ato*

⁵³ Mandado de Segurança nº 24.642-DF, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em 18/02/2004, DJ 18/06/2004.

⁵⁴ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

(...)

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

*normativo, com eficácia imediata de lei; o segundo é a sujeição desse ato ao Congresso Nacional, para que este não apenas ratifique seus efeitos imediatos produzidos, mas a converta em lei, com eficácia, definitiva. Dessa maneira, esse ato normativo poderá ser objeto de controle repressivo de constitucionalidade, seja por via de ação direta de inconstitucionalidade, seja por parte do Poder Legislativo.*⁵⁵

Outra hipótese de realização do controle de constitucionalidade repressivo político ou não-jurisdicional se dá quando o Congresso Nacional, com base no art. 49, V, da Constituição Federal, susta os atos do Presidente da República que exorbitaram o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa. Tanto na hipótese de o Presidente da República ter editado decreto (art. 84, IV), como no caso de ter editado lei delegada (art. 68), caberá ao Congresso Nacional editar um decreto legislativo sustentando os referidos atos.

Luís Roberto Barroso trata de ambas as hipóteses, afirmando que “ensejam ao Legislativo o controle de constitucionalidade para assegurar a observância do princípio da legalidade, na eventualidade de vir a ser vulnerado por conduta abusiva do Chefe do Executivo”. Segundo o referido autor, “a competência da casa legislativa limita-se à sustação do ato, não sendo legítimo que o ato de sustação, ainda que sob a forma de lei, venha a invadir esfera de reserva administrativa do Executivo ou a disciplinar matéria cuja iniciativa seja a ele reservada”.⁵⁶

No que tange ao controle jurisdicional, a Constituição Federal de 1988 consolidou o modelo misto de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Efetivamente, em relação a preceitos normativos decorrentes da ação legislativa, o controle jurisdicional da constitucionalidade pode ocorrer basicamente de duas maneiras. A primeira delas é o controle incidental e difuso, que se dá no julgamento de um determinado caso concreto, em que se nega aplicação a normas consideradas inconstitucionais para se tutelar direito subjetivo. A segunda possibilidade de controle se verifica quando há o julgamento de uma ação direta com tal finalidade, em que se protege a própria Constituição, declarando-se a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinado preceito normativo, o que configura o controle abstrato e concentrado de leis e atos normativos.⁵⁷

A Constituição de 1988 trouxe importantes avanços visando ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização constitucional. Dentre tais avanços, menciona-se: a) ampliação do número de legitimados ativos para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), encerrando o monopólio do Procurador-Geral da República; b) introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 102, I, q) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, § 1º, antigo parágrafo único); c)

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p.607.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.73/74.

⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p.17.

previu a instituição, nos Estados-membros, de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º). Com a Emenda Constitucional nº 3/93 foi conferida nova redação ao art. 102, I, a, sendo introduzida a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.⁵⁸

A ação direta de inconstitucionalidade é regulamentada processualmente pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, onde são referidos os procedimentos de cunho processual a serem adotados quando do ajuizamento da ação. Foi somente na Constituição de 1988 que foi encerrado o monopólio do Procurador-Geral da República, abrindo-se as portas do controle concentrado para um rol de legitimados de forma, a sem dúvida nenhuma, democratizar a utilização dessa espécie de controle. Afinal, o Procurador-Geral da República é cargo de livre nomeação e exoneração por parte do Presidente da República.

Paralelamente, existem formas de controle de constitucionalidade por omissão. O mandado de injunção é o remédio que, semelhante ao mandado de segurança, visa a tutelar direitos subjetivos nos casos em que “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI). Outra hipótese de controle de constitucionalidade por omissão consiste na chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que o controle é realizado de forma abstrata, e cuja procedência acarretará na cientificação “ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, § 2º).⁵⁹

Em função de não ter sido editada lei regulamentadora específica para o mandado de injunção, é o mesmo regido (“temporariamente”) pela Lei nº 8.038/90 que lhe atribui, conforme já referido, sistemática semelhante à da ação de mandado de segurança. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por outro lado, foi recentemente agraciada com uma lei regulamentadora, que estabelece a sua disciplina processual. Cuida-se, no caso, da Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009 que acarretou acréscimos à Lei nº 9.868/99, apresentando uma série de dispositivos de cunho processual, destacando-se, dentre estes, o art. 12-A, que arrola como legitimados ativos da ADI por omissão os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Também se pode falar em controle abstrato de constitucionalidade através da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação declaratória é oriunda da Emenda Constitucional nº 3/93, e pode ser proposta pelos mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103,

⁵⁸ VELOSO, Zeno. Op. cit., p.36.

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p.17.

caput), sendo que as decisões proferidas produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º).⁶⁰ À semelhança da ação direta de inconstitucionalidade, a disciplina processual da ação declaratória de constitucionalidade está na Lei nº 9.868/99.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, por outro lado, tem base no art. 102, § 1º, da Carta Magna e é disciplinada pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, destinando-se a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º), cabível também “quando for relevante o fundamento da controvérsia jurisdicional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único). A decisão proferida em sede de ADPF, fixando “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art. 10), terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (art. 10, § 3º).⁶¹

Cabível mencionar ainda a representação interventiva, para efeito de intervenção federal nos Estados-membros, por inobservância dos princípios constitucionais sensíveis, citados no art. 34, VII, da Constituição, dependendo de provimento, pelo STF, de representação do Procurador-Geral da República (art. 36, III). Também há a representação interventiva, a ser provida pelo Tribunal de Justiça, para que ocorra a intervenção do Estado-membro em Município, para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (art. 35, IV).⁶²

Em linhas gerais, são estas as principais formas de controle de constitucionalidade previstas na Constituição Federal de 1988, não se esquecendo que, cada uma, diante de seu vasto conteúdo, tem possibilidade de gerar um estudo próprio. Todavia, conforme já salientado, esse não é o objetivo do presente trabalho, marcado por um caráter de introdução ao tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

4 CONCLUSÕES

O presente estudo tentou demonstrar como o sistema de controle de constitucionalidade, através de diversas influências e estímulos, evoluiu na história constitucional do Brasil, de modo a constituir um verdadeiro modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

O início do estudo se deu com a Constituição Imperial de 1824, em que o controle de constitucionalidade efetivamente não existiu em virtude de inúmeros fatores. Dentre estes, destaca-se o exercício do Poder Moderador por parte do Imperador, que, impedindo a rígida separação de poderes, impedia o estabelecimento de qualquer espécie de controle de constitucionalidade.

⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p.19/20.

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p.20.

⁶² VELOSO, Zeno. Op. cit., p.36.

Também foi analisada a primeira Constituição da República, de 1891, que, através da pena de Rui Barbosa, sofreu influência imediata do direito norte-americano, acarretando, inclusive, a adoção do modelo difuso de controle de constitucionalidade, com base em *Marbury v. Madison*, o *leading case* da matéria na Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

No que concerne à Carta de 1934, foram verificadas importantes inovações trazidas pelo texto constitucional, enfatizando-se a cláusula de reserva de plenário, a suspensão pelo Senado Federal da execução de leis ou atos declarados inconstitucionais pelo Judiciário, e a possibilidade de intervenção da União em negócios peculiares aos Estados para assegurar princípios constitucionais sensíveis.

Em relação à “Polaca”, como é conhecida a Constituição de 1937, foi focado o modo pelo qual Getúlio Vargas conseguiu, através do controle exercido sobre o Poder Legislativo, engessar o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Na Constituição de 1946 o núcleo de exame foi a regulamentação da representação interventiva, com legitimação ativa do Procurador-Geral da República para submeter a questão ao Supremo Tribunal Federal, para fins de decretação de eventual intervenção. Outrossim, com a Emenda Constitucional nº 16/65 se deu o estabelecimento no Brasil do controle concentrado de lei ou ato normativo federal ou estadual, cuja legitimidade ativa era exclusiva do Procurador-Geral da República.

No que tange à Constituição de 1967 e suas emendas, o ponto mais relevante enfatizado foi a consolidação da posição do Procurador-Geral da República como grande protagonista do controle de constitucionalidade, como, por exemplo, na condição de único detentor do poder de iniciativa para a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, perante o Supremo Tribunal Federal.

Foram ainda apresentadas em linhas gerais, diante do caráter introdutório do presente estudo, as formas de controle da constitucionalidade previstas na Carta de 1988, enfocando-se a classificação em controle preventivo (político e jurisdicional) e em controle repressivo (político e jurisdicional). Diante da maior relevância e amplitude do tema, foi conferida especial atenção ao controle de constitucionalidade repressivo jurisdicional, resultado da evolução histórica apresentada no capítulo anterior.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989.
- BARBOSA, Rui. *A Constituição de 1891*. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Min. da Educação e Cultura, 1946.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Vol. II., 3.ed. José Konfino: Rio de Janeiro, 1956.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed., rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III (Arts. 34-112). Revista dos Tribunais: São Paulo, 1967.

SANTANA, Izaias José de. *Controle Concreto de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.