

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

The progress of the Brazilian constitutionality control system and the 1988 Brazilian constitution

Elival da Silva Ramos¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo traçar a evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil e, por meio da identificação dos controles de constitucionalidade das leis e atos normativos, refletir sobre o grau de consolidação do nosso sistema democrático. O trabalho destaca a Constituição Federal de 1988, marco do amadurecimento político da sociedade brasileira, a partir da qual o controle de constitucionalidade ganha a relevância que hoje desfruta no sistema jurídico brasileiro, influenciando as construções legislativas e doutrinárias que o configuram.

Palavras-chave: Controle Constitucional; Constituição Federal de 1988; Democracia; Sistema Jurídico Brasileiro.

ABSTRACT

This article aims at describing the historical evolution of Brazilian constitutional jurisdiction and at reflecting about the level of consolidation of our democracy, through the identification of constitutionality controls of laws and normative acts. It highlights the Brazilian Constitution of 1988, symbol of the political maturation of Brazilian society, from which the constitutionality control has achieved importance in the Brazilian legal system, influencing legislative and doctrinal constructions that give to this control form.

Keywords: Brazilian Federal Constitution of 1988; Brazilian Law System; Constitutional Control; Democracy.

¹ Procurador do Estado de São Paulo, atualmente ocupando o cargo de Procurador Geral do Estado. Mestre, Doutor e Livre Docente e Professor Titular e, atualmente, Chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. São Paulo – SP – Brasil. Texto recebido em 04 .09.10. *E-mail:* lavile@uol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A consolidação de um sistema político democrático em qualquer Estado se faz ao longo do processo histórico, raramente linear e, portanto, suscetível de avanços e retrocessos, assinalando as dificuldades que se antepõem à construção de instituições que, de modo adequado à realidade social, importem na concretização do princípio da soberania popular.

Não é fácil atestar a efetiva implantação do ideário democrático, porquanto se trata de algo obtido por meio de aproximações sucessivas, restando a prática institucional sempre aquém dos objetivos colimados. Pode-se, entretanto, com alguma segurança, identificar critérios de avaliação do nível de democratização de determinada sociedade estatal. Esses critérios ora dizem respeito à eficácia do aparato institucional na realização das finalidades do estado democrático², ora pretendem aferir o funcionamento das instituições consideradas em si mesmas.

Por certo, o maior ou menor sucesso do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e de combate às omissões normativas inconstitucionais, em Estados estruturados a partir de Constituições rígidas, compõe relevante indicador do grau de vivência do ideário democrático, já que se cuida de manter o funcionamento dos poderes estatais o mais próximo possível das exigências normativas e axiológicas do poder constituinte, responsável último pela proposta política que se quer viabilizar.

Se a democracia é o regime político das sociedades maduras, a Constituição de 5 de outubro de 1988 parece assinalar o amadurecimento político da sociedade brasileira, pois, ao longo dessas últimas duas décadas, pode-se identificar a efetiva vigência de um sistema democrático entre nós, algo que, em nossa história, tem precedente apenas no interregno que vai da Constituição de 18 de setembro de 1946 à instauração do regime autoritário, de feições militar-tecnocráticas, de 31 de março de 1964.

Compreende-se, destarte, porque, sob o signo da Carta de 1988, o controle de constitucionalidade assumiu a importância decisiva que hoje desfruta no sistema jurídico brasileiro, impactando a todo o momento as construções legislativas e doutrinárias que o conformam, bem como a atividade de seus operadores, oficiais ou não.

² Assim, a amplitude de fruição das liberdades públicas ou de acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais (na verdade, dois critérios complementares) permite estimar o grau de enraizamento da democracia.

Pretendo neste trabalho apenas situar, em linhas gerais, o estágio evolutivo atingido por nossa jurisdição constitucional, o que demanda um rápido olhar para o passado, permitindo-me, outrossim, breves especulações de natureza prospectiva.

2 O CONTROLE DIFUSO DE PADRÃO CLÁSSICO

Não é o caso, dentro dos limites anteriormente postos ao desenvolvimento da matéria, de abordar o controle de constitucionalidade, de natureza política, existente ao tempo da Constituição do Império de 1824. Na verdade, em razão de sua reduzidíssima eficácia operacional, não é desarrazoado afirmar que apenas com o advento da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, e correlata introdução do controle jurisdicional de constitucionalidade, começou a ser escrita, entre nós, a história do instrumental destinado a tornar efetivo o princípio da supremacia da Constituição.

E não há dúvida de que o controle jurisdicional de constitucionalidade adotado por nossa primeira Constituição republicana correspondia perfeitamente ao sistema modelar de padrão estadunidense³. Assim sendo, cuidava-se de um controle repressivo (quanto ao momento de sua incidência), difuso (quanto à competência para o seu manejo), incidental (quanto ao procedimento) e propiciador de decisões judiciais de natureza declaratória (sanção de nulidade) e de eficácia *inter partes* (limites subjetivos da decisão).

A difusão constitui traço característico da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no Brasil, presente desde a sua implantação,

³ Coube a Rui Barbosa, em antológico arrazoado forense, estabelecer, de modo indelével, a vinculação do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade estruturado pela Carta de 1891 com aquele vigorante nos Estados Unidos da América, a partir do *leading case Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte em 1803: “Nesta excursão pelas novidades de um regime inteiramente sem passado entre nós, através dos artifícios, com que as conveniências e os infortúnios de uma época anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dele, e a própria lei nos pôs nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que ‘os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiários da jurisprudência e processo federal.’”(Ato*s inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003. p. 19). A norma infraconstitucional a que se referia Rui era o artigo 387 do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890.

contemporânea ao nascimento da República, até os dias atuais. Ou seja, no sistema brasileiro, a competência para verificar a adequação de lei ou ato normativo às normas constitucionais que lhes determinam a validade desde 1891 tem-se mantido pulverizada por todo o aparato judiciário, independentemente do grau de jurisdição ou do caráter monocrático ou colegiado do órgão controlador.⁴

Sob o regime da Constituição de 1891, o controle jurisdicional se fazia no bojo de processos judiciais comuns, isto é, que não tinham como objeto a fiscalização da constitucionalidade de leis ou atos normativos, a qual, então, exsurgia na estruturação dos fundamentos da decisão, enquanto mera questão prejudicial. Em outros termos, se indispensável precisar a validade ou não das normas a serem utilizadas na solução do caso, o juiz ou tribunal, como parte de seu mister ordinário, controlava a constitucionalidade dessas disposições. No entanto, essa fiscalização, de natureza incidental, figurava na fundamentação da decisão proferida pelo órgão judiciário, produzindo efeitos apenas para as partes, nos limites do caso concreto.⁵

Da combinação dos elementos difusão e incidentalidade decorria importante consequência no que toca à identificação da sanção de invalidade cominada para as leis e atos normativos ofensivos à Constituição: ela somente poderia ser a de nulidade⁶, tal qual reconhecida pelo Juiz Marshall, ao conduzir a Suprema Corte na decisão de *Marbury v. Madison*: “Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e

⁴ Em nada afetou a característica da difusão o fato de o controle em via principal, criado por emenda à Constituição de 1946 (EC n. 16/65), haver sido atribuído, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, se tomada como parâmetro a Constituição Federal, ou aos Tribunais de Justiça dos Estados, se realizado em defesa das Constituições locais, porquanto ao se afirmar que a competência para a fiscalização permeia todo o aparato judiciário não se exclui, obviamente, a necessidade de se observarem as regras processuais disciplinadoras da competência dos juízos e tribunais. Em suma, considera-se a competência para o controle genericamente, e não em uma ou outra de suas manifestações específicas.

⁵ O equacionamento da questão constitucional no controle incidental não faz, vale notar, coisa julgada *erga omnes*, porém se torna preclusa, na medida mesma da definitividade da sentença (coisa julgada formal).

⁶ Sobre o assunto, ver de minha autoria: *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94-101.

suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo.”⁷

O principal instrumento processual propiciador do controle incidental de constitucionalidade era, na vigência da Carta de 1891, o recurso extraordinário, por importar na revisão das decisões finais das Justiças dos Estados (Justiça comum) pelo Supremo Tribunal Federal, desde que afirmassem elas a invalidade de tratados ou leis federais ou a validade de leis estaduais, sempre tendo como parâmetro de confronto a Constituição Federal.⁸

3 DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16/65

O consenso em torno da opção brasileira pelo sistema de controle de matriz estadunidense iniciou um paulatino processo de enfraquecimento, a partir da ruptura constitucional que assinalou o final da República Velha e o advento do Estado providência.

Afinal, não se tardou a perceber os malefícios do método difuso/incidental em ordenamentos que, como o nosso, se filiam à família romano-germânica, no que concerne à uniformidade das decisões de controle, condição de sua previsibilidade pelos destinatários e operadores do sistema, algo que, décadas mais tarde, seria explicitado por *Mauro Cappelletti*:

“Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que,

⁷ Tradução de Rui Barbosa (ob. cit., p. 41), anotando-se que Marshall vincula a sanção de nulidade ao fato de ser a Constituição “escrita”, isto é, compreendida em um corpo articulado (Constituição orgânica), o que não é acertado, bastando que se invoque o Estatuto Albertino (Constituição da Itália monárquica), cujas normas, organicamente dispostas, admitiam contrariedade por legislação ordinária superveniente. O vício de inconstitucionalidade se prende ao binômio supremacia/rigidez, ao passo que a sanção de nulidade decorre de determinadas características do sistema-tipo de padrão estadunidense.

⁸ Cf. o artigo 59, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal de 1891, em sua redação originária, dispositivos que vieram a se converter nas alíneas “a” e “b” do artigo 60, parágrafo 1º, após a Emenda Constitucional de 03.09.1926.

ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional.”⁹

Embora tenha vigorado por pouco mais de três anos, a Constituição de 16 de julho de 1934 veio a se converter em um dos textos normativos mais criativos de nosso constitucionalismo. No que tange à fiscalização da constitucionalidade dos atos legislativos, se não chegou ao ponto de romper com a solução adotada pelo constituinte de 1891¹⁰, introduziu novos institutos que procuraram atenuar o problema da oscilação jurisprudencial em matéria constitucional.

Sob inspiração de prática consagrada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, consolidada na máxima prudencial do *full bench*¹¹, prescreveu-se que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”¹². No entanto, a disposição constitucional brasileira não disciplinava propriamente o *quorum* para deliberação dos tribunais sobre matéria constitucional, e sim estabelecia um número de votos favoráveis superior à maioria simples para que esses colegiados pudessem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público¹³, contribuindo, ainda que modestamente, para a estabilização da jurisprudência constitucional.

O constituinte de 1934 inovou, outrossim, ao introduzir um mecanismo de controle político repressivo, no âmbito do instituto da intervenção federal. Com efeito, na hipótese de intervenção da União

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 77.

¹⁰ Era esse o sentido da proposta apresentada pelo deputado constituinte Nilo Alvarenga, em 20 de dezembro de 1933, como lembra Gilmar Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1999. p. 240).

¹¹ Observa José Levi Mello do Amaral Júnior, em estudo dedicado ao incidente de arguição de inconstitucionalidade, que “desde 1902 já se tinha, no direito brasileiro, norma sobre o *quorum* para apreciação da questão constitucional (art. 1º do Dec. 938, de 29.12.1902)” (*Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26).

¹² Artigo 179 da Constituição Federal de 1934.

¹³ A redação do dispositivo que consagra norma equivalente na Constituição de 1988 (art. 97) restringe a exigência a ato *normativo* do Poder Público.

nos Estados para assegurar a observância dos denominados princípios constitucionais sensíveis¹⁴, estabeleceu-se que a intervenção somente seria efetivada depois que a Corte Suprema, por provocação do Procurador Geral da República, declarasse a constitucionalidade da lei federal que decretasse a medida extrema¹⁵. A decisão do Supremo Tribunal Federal constituía, pois, um pressuposto para a execução da lei interventiva, importando, indiretamente, na avaliação da constitucionalidade da lei ou ato do Poder Público Estadual ofensivo aos princípios constitucionais resguardados pela União. Tenho para mim que a denominada “ação direta interventiva”, então instituída, não consubstancia o exercício de função jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, é certo que germinava ali a semente que, após mais de três décadas, desabrocharia na ação direta declaratória de inconstitucionalidade dita genérica, que assinalou o advento do controle jurisdicional abstrato entre nós.¹⁶

Na busca de soluções criativas para a exacerbada oscilação da jurisprudência constitucional que não desfigurassem o sistema de controle jurisdicional brasileiro, de padrão estadunidense (difuso/incidental), a Constituição de 1934 deferiu ao Senado Federal¹⁷ competência 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” (art. 91, IV). O artigo 96 dessa Carta Constitucional esclarecia que não se cuidava de declaração de inconstitucionalidade proveniente de qualquer órgão do Poder Judiciário, mas do Supremo Tribunal Federal (decidindo, pois, em última instância),

¹⁴ Aqueles arrolados no artigo 7º, I, alíneas “a” a “h”, da Carta de 1934.

¹⁵ Artigo 12, V e parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1934.

¹⁶ Gilmar Mendes considera a representação interventiva confiada ao Procurador Geral da República “a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934” no sistema brasileiro de controle, pois não se pode olvidar o seu significado “para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no direito brasileiro” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 238-239).

¹⁷ Não é despidendo notar que o Senado Federal, sob o pálio da Constituição de 1934, muito mais do que uma câmara legislativa de revisão, fora concebido como um órgão de coordenação entre os poderes, o que se ajustou perfeitamente à atribuição de competência para suspender a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo assim a ponte entre o exercício ordinário da jurisdição e a atividade legislativa ou administrativo-normativa. Em última análise, emprestava a Câmara Alta eficácia *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade proveniente do Poder Judiciário.

cabendo ao Procurador Geral da República comunicar a decisão ao Senado Federal para o exercício (discricionário) da reportada competência.

Essa a origem do instituto, genuinamente brasileiro, da resolução senatorial suspensiva da execução de lei ou ato normativo, declarados inconstitucionais em decisão definitiva do órgão máximo do Poder Judiciário, na busca da superação dos efeitos limitados (*inter partes*) atribuídos ao controle jurisdicional de constitucionalidade efetuado em processos comuns, de modo incidental.

A Constituição de 10 de novembro de 1937 em nada contribuiu para o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Ao contrário, em demonstração de evidente falta de compromisso com o princípio da supremacia que lhe deveria servir de suporte, consagrou fórmula destinada a afastar, por critério político, os efeitos de declaração judiciária (incidental) da inconstitucionalidade de ato legislativo.¹⁸

Por seu turno, em sua redação originária, a Constituição seguinte, de 18 de setembro de 1946, preservou as linhas gerais do sistema brasileiro de controle, que se manteve essencialmente jurisdicional, com atuação descentralizada por todo o aparato judiciário e no âmbito de processos comuns, em que a questão constitucional aflora de modo incidental, sem prejuízo aos institutos delineados pelo constituinte de 1934, no sentido de atenuar o problema de falta de uniformidade das decisões de controle.

Até a edição da Emenda n. 16, a contribuição mais significativa da Carta de 1946 consistiu na maturação que propiciou às inovações institucionais de 1934, por ela agasalhadas, notadamente no que tange à denominada representação interventiva, objeto de regulação procedimental em nível ordinário.¹⁹

¹⁸ A referência é ao disposto no parágrafo único do artigo 96 da Constituição Federal de 1937.

¹⁹ Com efeito, na vigência da Carta de 1946, foi editada a Lei federal n. 2.271/54, que determinou a aplicação do rito do mandado de segurança à arguição de inconstitucionalidade para fins de intervenção, sendo sucedida pela Lei n. 4.337/64. Esta última criou procedimento específico para a representação, sob forte inspiração de soluções anteriormente encontradas pela própria jurisprudência.

4 O CONTROLE MISTO QUANTO AO ASPECTO MODAL

Das tantas reformas do Poder Judiciário já experimentadas no Brasil, em nível constitucional, talvez a patrocinada pela Emenda n. 16, de 6 de dezembro de 1965, à Constituição de 1946, tenha sido a de maior impacto, quanto ao desempenho ulterior da função jurisdicional, por haver modificado uma das características essenciais de nosso sistema de controle de constitucionalidade, a incidentalidade.

Com efeito, agregou-se às competências originárias do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”²⁰. A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 16/65, o sistema de controle brasileiro, no que concerne ao aspecto modal ou procedimental, passou a combinar a técnica da declaração incidental, em concreto, consagrada no sistema modelar estadunidense, com a da fiscalização em abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos, de inspiração europeia²¹. Na técnica da declaração em abstrato, então acolhida em nosso constitucionalismo, a questão de constitucionalidade é examinada pelo Poder Judiciário de modo autônomo, inteiramente desvinculado da solução de um litígio específico, constituindo-se o pedido de reconhecimento da invalidade do ato subalterno diante da Constituição no objeto principal do processo²². Dali em diante, o controle jurisdicional brasileiro assumiu caráter misto, porém apenas no tocante ao aspecto modal, permanecendo difuso quanto ao aspecto subjetivo ou orgânico.²³

Se é certo que a denominada representação para fins de intervenção federal, objetivando a preservação de princípios constitucionais particularmente sensíveis, preparou o terreno fértil em que laborou o constituinte de reforma, o uso de idêntica terminologia na identificação do novel instituto não impediu que desde logo se constatassem as marcantes diferenças entre os instrumentos.

²⁰ Nova redação da alínea “k” do inciso I do artigo 101 da Constituição Federal de 1946.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 101-114.

²² CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 104-105.

²³ Veja-se o comentário da nota de rodapé n. 4.

Na verdade, a diferença de maior relevo está na própria natureza dos institutos, porquanto a representação interventiva consubstancia controle de constitucionalidade político-repressivo²⁴, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade, à época intitulada de “representação por inconstitucionalidade”, se situa nos domínios do controle jurisdicional-repressivo. Ademais, o campo de abrangência da representação interventiva era muito menor do que o da ação direta introduzida pela Emenda Constitucional n. 16/65: aquela tinha por objeto unicamente leis ou atos normativos estaduais, enquanto por meio desta se podia impugnar a validade de leis ou atos normativos federais ou estaduais; no primeiro caso, o fundamento do pedido de declaração de inconstitucionalidade se restringia à agressão aos princípios elencados no inciso VII do artigo 7º da Carta de 1946, enquanto, no segundo caso, a causa de pedir compreendia a violação a toda e qualquer norma da Constituição Federal.

A diferença quanto à natureza da atuação da Corte Suprema nas duas modalidades de controle redundava em relevante diferença quanto aos efeitos da decisão declaratória por ela proferida: o veredicto de procedência da representação dita interventiva simplesmente autorizava ao Congresso Nacional a decretar, por meio de lei, a intervenção federal, que se limitaria a suspender, *ex nunc*, a execução do ato impugnado, se essa medida bastasse ao restabelecimento da normalidade no Estado²⁵; já o acolhimento de ação direta declaratória de inconstitucionalidade importava em provimento jurisdicional declaratório, que reconhecia, de per si, a invalidade *ab initio* da lei ou ato normativo censurado, ostentando, como é próprio de sentenças declaratórias, retroatividade aparente.²⁶

A declaração de inconstitucionalidade em via principal implementava por si mesma a sanção de nulidade inerente ao sistema de controle jurisdicional brasileiro, dispensando qualquer outra providência de caráter executório, senão a mera comunicação aos órgãos emissores do ato invalidado. Durante algum tempo, contudo, a falta de tradição no manejo de instrumento, importado do sistema europeu, fez com que se titubeasse quanto à necessidade de, também nessa hipótese, ser editada

²⁴ O que não tem sido observado pela doutrina pátria.

²⁵ Artigo 13 da Constituição Federal de 1946, que delineou claramente a denominada intervenção normativa.

²⁶ Daí haver se generalizado na doutrina e na jurisprudência a alusão à eficácia *ex tunc* dessas decisões.

resolução pelo Senado Federal suspendendo a execução da lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Pretório Excelso.²⁷

A Emenda Constitucional n. 16/65 previu ainda a institucionalização pelos Estados-membros de controle abstrato de normas de nível local, ao facultar-lhes a atribuição aos respectivos Tribunais de Justiça da competência para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, em conflito com a Constituição Estadual²⁸. Todavia, a não reprodução do dispositivo-matriz na Constituição de 24 de janeiro de 1967, bem como na Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, somada ao entendimento restritivo consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adiaram o efetivo desenvolvimento do controle principal estadual para o período posterior à Constituição vigente.

A Constituição de 1967/69 promoveu apenas modificações secundárias nos instrumentos de fiscalização de constitucionalidade assentados após a reforma de 1965 à Carta de 1946. Apesar das promissoras perspectivas que se abriram com chegada ao Brasil do controle principal/abstrato, o certo é que a ação direta de inconstitucionalidade teve o seu florescer bastante prejudicado, em face da atribuição da legitimação para agir, a título exclusivo, ao Procurador Geral da República, o que seria alterado apenas com o advento da Constituição de 1988. O monopólio da competência para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, no período 1965-1988, era agravado pelo fato do Ministério Público Federal estar envolvido também, à época, com a advocacia da União, sendo o seu chefe nomeado em comissão pelo presidente da República e, portanto, passível de dispensa *ad nutum*²⁹, sendo que até mesmo a prévia aprovação da escolha pelo Senado Federal foi eliminada no texto da Emenda n. 1/69 à Carta de 1967.

Não se tardou a constatar a subutilização do controle principal anteriormente a 5 de outubro de 1988, limitando-se o uso da ação direta de inconstitucionalidade, precipuamente, à impugnação de normas resultantes da superação de vetos opostos pelo Presidente da República ou

²⁷ A polêmica só refluíu com o advento do atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1980, ao patentear, nas disposições de seus artigos 175 e 178, que as resoluções senatoriais suspensivas estavam adstritas ao controle incidental.

²⁸ Cf. o artigo 19 da Emenda Constitucional n. 16/65, que acresceu o inciso XIII ao artigo 124 da Constituição Federal de 1946.

²⁹ Cf. os artigos 126 da Constituição Federal de 1946, 138 da Constituição Federal de 1967 e 95 da Emenda Constitucional n. 1/69.

pelos governadores, o que era raro ocorrer em nível federal, mas que, com alguma frequência, causava incômodo aos chefes dos Poderes Executivos estaduais.³⁰

5 A FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, a cuja elaboração se dedicou durante vinte meses o Congresso Nacional³¹, não promoveu alterações em nosso sistema de controle de constitucionalidade que significassem o abandono do modelo estadunidense, vigorante desde a proclamação da República. Entretanto, é inegável o fato de que, sob o seu influxo, acentuou-se a europeização da fiscalização brasileira, que se iniciara com a Carta de 1934.

Destarte, das disposições constantes da Constituição de 1988, em sua versão originária, colhem-se as seguintes notas características: configuração essencialmente jurisdicional-repressiva, atribuindo-se reduzida importância ao controle político e ao controle preventivo; difusão da competência de controle por todo o aparato judiciário; combinação das técnicas de controle incidental e principal, operando a primeira em processos concretos/subjetivos, em contraposição à abstração e objetividade dos processos deflagrados por ações diretas de inconstitucionalidade; variação da eficácia subjetiva das decisões de controle em função da modalidade utilizada, afetando apenas as partes em litígio se produzidas incidentalmente, mas gerando efeitos *erga omnes* se consistentes em declaração de inconstitucionalidade³² a título principal;

³⁰ No sistema político que vigorou de 1964 a 1985, os governadores dos Estados mantiveram a característica de representantes do poder civil, mas foram postos em situação de extrema dependência com a Presidência da República, por força da ameaça permanente de intervenção federal, com base no Ato Institucional n. 5/69 (art. 3º) e da eleição indireta para os respectivos cargos, que vigorou na maior parte do período.

³¹ A Emenda Constitucional n. 26/85 à Constituição Federal de 1967 atribuiu ao Congresso Nacional poderes constituintes, que foram exercidos sem prejuízo das atribuições ordinárias de suas duas Casas.

³² O veredicto de improcedência de ação direta de inconstitucionalidade importa em declaração de constitucionalidade que, entretanto, não faz coisa julgada *erga omnes*, a despeito de abalizadas manifestações doutrinárias em sentido contrário, como, por exemplo, a do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, tendo por objeto o período de nosso sistema de controle anterior à criação da ação declaratória de constitucionalidade: “Parece legítimo admitir, portanto, que, já no modelo da Emenda

natureza declaratória da decisão de controle, que somente se habilita a operar sanção de nulidade³³, vale dizer, atestatória da invalidade *ab initio* e de pleno direito do ato controlado, se julgada procedente a questão de constitucionalidade.

No entanto, em resposta às críticas dos que viam na atribuição de legitimação para agir exclusivamente ao Procurador Geral da República o principal obstáculo ao pleno desenvolvimento do controle abstrato entre nós, acolheu o constituinte de 1988 a ideia de titularidade plural da ação direta de inconstitucionalidade. Disso resultou elenco abrangente de órgãos e entidades, públicas e privadas, às quais foi deferida competência para provocar a avaliação em tese da constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, em face da Constituição Federal, consoante disposto no artigo 103 da Carta Magna³⁴. A democratização do controle em via principal reforçou-se, ademais, pelo reconhecimento de independência institucional ao Ministério Público da União, cujo chefe, o Procurador Geral da República, passou a ser nomeado pelo Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, sendo-lhe fixado um período de mandato de dois anos (com a possibilidade de uma recondução), em que a destituição do cargo, por iniciativa presidencial, se sujeita ao controle parlamentar³⁵. Em decorrência, apartou-se da Procuradoria Geral da República a representação judicial da União e a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, que passaram a constituir o cerne das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, então criada.³⁶

n. 16/65, tanto a decisão que, no processo de controle abstrato de normas, declarava a inconstitucionalidade de uma lei, como aquela, na qual se afirmava a legitimidade da norma, transitavam em julgado, com eficácia *erga omnes*.” (*Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 278).

³³ Sobre o tema das sanções de invalidade em matéria constitucional, ver, de minha autoria: *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, cit.

³⁴ Talvez tenha o constituinte exagerado na dose da abertura que promoveu, em sede de legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, provocando a reação do órgão de controle, o Supremo Tribunal Federal, que, em via jurisprudencial e sem claro supedâneo constitucional, passou a exigir o preenchimento do requisito da pertinência temática para o manejo do instrumento pelos proponentes ditos *especiais* (incs. IV, V e IX do artigo 103, em contraposição aos legitimados *universais*).

³⁵ Artigo 127, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988.

³⁶ Artigo 131, *caput*, da Carta de 1988.

Não se tardou a constatar o incremento na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, propiciadoras de considerável acervo de decisões em matéria constitucional, prolatadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário e dotadas de eficácia geral. A consolidação do controle jurisdicional abstrato, de outra parte, provocou o esvaziamento da intervenção federal de caráter normativo, que apenas formalmente continuou presente no sistema constitucional posterior a 1988, bem como a sensível diminuição da importância da competência do Senado para editar resoluções suspendendo a execução, no todo ou em parte, de leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.³⁷

Outro passo no sentido do fortalecimento do controle em via principal foi dado com a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental³⁸, porquanto a legislação infraconstitucional pretendeu atribuir ao instituto o perfil de autêntica ação direta de inconstitucionalidade subsidiária, utilizável nas situações que restaram à margem do controle abstrato de normas³⁹, sem embargo de nele se vislumbrar, outrossim, um modo de obter, incidentalmente, decisões sobre a validade de leis e atos normativos dotadas de eficácia contra todos⁴⁰. Todavia, a modelagem meramente legal de modalidades de exercício extraordinário da jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal não permite vaticínios otimistas

³⁷ Na Constituição Federal de 1988, os referidos institutos têm assento, respectivamente, nos artigos 34, VII, e 36, III e parágrafo 3º (representação interventiva) e 52, X (resolução suspensiva).

³⁸ A arguição de descumprimento de preceito fundamental havia sido prevista no parágrafo único do artigo 102 do texto originário da Constituição de 1988, dispositivo que passou ao parágrafo 1º, com o advento da Emenda Constitucional n. 3/93.

³⁹ Dentre outras situações do gênero, podem-se mencionar: a avaliação da compatibilidade do direito pré-constitucional com a Constituição Federal de 1988, o que pode redundar em eventual declaração de não recepção ou de revogação por inconstitucionalidade; o controle de constitucionalidade de legislação posterior à Constituição Federal de 1988, porém já revogada; o controle de leis e atos normativos municipais. Cf. o artigo 1º, parágrafo único, I, c.c. o artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei Federal n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

⁴⁰ Assim caminhou boa parte das proposições doutrinárias acerca da denominada arguição incidental, construídas a partir da combinação das disposições dos artigos 5º, parágrafo 3º, e 10 da Lei Federal n. 9.882/99. Dentre outros, cite-se: ROTHEMBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 203.

quanto ao futuro da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por pretender excepcionar o arranjo da separação dos poderes, à margem da normatividade constitucional em que se assenta.⁴¹

Para estancar as controvérsias sobre a viabilidade do controle abstrato de nível estadual e superar a jurisprudência restritiva consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, quando da vigência da Carta de 1967/69, inseriu-se no Texto Magno disposição expressa autorizadora da instituição pelos Estados de ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto leis ou atos normativos estaduais ou municipais, confrontados com as normas de suas Constituições.⁴²

O constitucionalismo social-democrático da segunda metade do século passado apresenta como uma de suas notas características a preocupação com a efetividade das normas constitucionais, consciente de que o divórcio entre o projeto político por elas delineado e a realidade se converte em fator de descrédito em relação ao papel central que a Constituição desempenha no sistema político⁴³. E o descrédito na força normativa da Constituição faz com que os principais atores sociais não se engajem na tarefa de sua cabal implementação⁴⁴, o que, em momento subsequente, contribuirá para afastá-la ainda mais do plano fático.

⁴¹ Importa lembrar que a Ordem dos Advogados do Brasil postulou, por meio da ADI n. 2.231-8, o reconhecimento da inconstitucionalidade total da Lei n. 9.882/99, não tendo o Supremo Tribunal Federal completado ainda o julgamento da matéria.

⁴² Cuida-se do parágrafo 2º do artigo 125, o qual, desde logo, vedou a atribuição da legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade estadual a um único órgão.

⁴³ Nas palavras de *Konrad Hesse*, “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” (*A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 20).

⁴⁴ Em suma, resta abalada a vontade de Constituição a que alude *Konrad Hesse*: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição*.” (*A força normativa da Constituição*, p. 19)

Nesse aspecto, a Constituição de 5 de outubro revelou-se em sintonia com o seu tempo, acolhendo, de forma pioneira na história de nossas instituições fundamentais, instrumentos voltados à superação do fenômeno deletério da omissão inconstitucional de caráter normativo.

Desse modo, em sede de controle abstrato, admitiu-se modalidade peculiar de exercício da ação direta de inconstitucionalidade, consistente na obtenção de provimento declaratório da “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”⁴⁵. A ausência de experiência anterior na disciplina do instituto, mesmo se considerados os sistemas constitucionais estrangeiros⁴⁶, e as dificuldades impostas pelo princípio da separação dos poderes, explicam a moderação do constituinte quanto às consequências do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade omissiva. Assim é que, julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal⁴⁷ se limita a dar “ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

No que concerne à omissão inconstitucional normativa em detrimento de direitos fundamentais, patenteou o constituinte a intenção de ir mais longe, disponibilizando aos prejudicados a garantia do mandado de injunção, a ser concedido “sempre 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”⁴⁸. Após haver assentado jurisprudência que emprestava ao novo *writ* tratamento muito próximo ao de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção n. 721-7/DF, em 30 de agosto de 2007, atribuiu outra configuração ao instituto que, tanto quanto os demais remédios

⁴⁵ Artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁶ É o caso de Portugal, em cuja Constituição se inspirou o constituinte brasileiro: cf. o artigo 283 da Constituição lusa de 02 de abril de 1976.

⁴⁷ A quem compete processá-la e julgá-la, se o parâmetro para se avaliar a existência de inconstitucionalidade for a Constituição Federal.

⁴⁸ Artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não fez, como deveria, a necessária conexão entre esse inciso e o parágrafo 1º do artigo 5º, o que situaria o mandado de injunção como um instrumento para se obter a aplicação imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de eficácia limitada, desde que de natureza não programática, admitindo o seu uso em favor de todo e qualquer direito de porte constitucional.

constitucionais, ensejaria controle incidental e concreto da violação ao Texto Magno⁴⁹. Não se pode afirmar com segurança, contudo, que esteja concluída a revisão do entendimento pretoriano, porquanto no julgamento dos MI ns. 670/ES, 708/DF e 712/PA (todos sobre o direito de greve dos servidores públicos), cerca de dois meses depois, a Corte Excelsa tornou a reposicionar o instituto, dessa feita o concebendo como instrumento de fiscalização principal e abstrata, em que se pleiteia decisão mandamental, de caráter normativo.

6 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO VINCULANTE

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, reforçou ainda mais o controle em via principal e abstrata, ao introduzir a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária e, portanto, exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mediante alteração na redação da aliena “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição de 1988. De início, a legitimação ativa para a ação declaratória de constitucionalidade ficou restrita ao presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e ao Procurador Geral da República⁵⁰, o que se mostrava coerente com a gênese do instituto, que veio a lume no bojo da reforma que autorizou à União a instituição de imposto provisório sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF). A criação da ação declaratória de constitucionalidade, na verdade, resultou da preocupação do governo federal com a falta de uniformidade das decisões judiciais sobre a constitucionalidade de normas tributárias, dificultando ao extremo o planejamento financeiro, dada a incerteza gerada quanto aos resultados da atividade de arrecadação de tributos. Porém, com a edição de Emenda n. 45, em 2004, estabeleceu-se a unificação do rol de legitimados para a propositura das duas ações diretas de nível federal, tomando-se

⁴⁹ No acórdão do julgamento do MI n. 721-7, publicado no *DJ* de 30 de novembro de 2007, a Suprema Corte, conduzida pelo ministro Marco Aurélio, declarou que na injunção “há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão”, sendo que “a carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada”. Ademais, “tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”.

⁵⁰ Cf. o parágrafo 4º do artigo 103 da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 3/93.

como referência a disciplina da ação direta de inconstitucionalidade⁵¹. No entanto, o objeto da ação declaratória de constitucionalidade permaneceu circunscrito às leis e atos normativos federais.

Ao contrário do que ocorreu com a ação direta de inconstitucionalidade, o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade provocou intensa polêmica doutrinária⁵², tanto pelas dúvidas suscitadas quanto à sua viabilidade jurídico-constitucional, quanto pela falta de consenso no tocante à conveniência e oportunidade do novel instituto. Se o primeiro aspecto foi logo dirimido, de modo convincente, pelo Supremo Tribunal Federal⁵³, não se pode dizer o mesmo do segundo, até porque, em sede de fiscalização abstrata, a declaração de constitucionalidade de atos legislativos não gera, usualmente, coisa julgada oponível contra todos. Afinal, é sabido que o vício de inconstitucionalidade, por vezes, somente é detectado após algum tempo de aplicação do diploma controlado, mostrando-se a estabilização dos efeitos de decisão judicial que proclame sua constitucionalidade extremamente danosa ao princípio da supremacia da Constituição.

Por meio da legislação infraconstitucional que disciplinou o processo e o julgamento das ações diretas compreendidas no controle principal de nível federal, buscou-se atenuar o problema das declarações prematuras de constitucionalidade, estabelecendo-se específica condição da ação para as ações declaratórias de constitucionalidade, consistente na “existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.⁵⁴

A propósito, a mencionada legislação, consubstanciada na Lei Federal n. 9.868/99, incrementou a via principal de fiscalização, ao assentar em texto normativo, pela primeira vez desde a introdução do controle abstrato no Brasil, o rito das ações diretas genéricas, aproveitando o legado das soluções alcançadas por meio de conspícua jurisprudência

⁵¹ Mediante a supressão do parágrafo 4º do artigo 103 e modificação da redação do *caput* do dispositivo.

⁵² Parte dessa polêmica está condensada na obra: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁵³ Ao resolver questão de ordem no julgamento da ADC n. 1-1/DF, em acórdão publicado no *DJ* de 16 de junho de 1995, o Supremo Tribunal Federal proclamou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93, em relação à nova modalidade de controle principal.

⁵⁴ Artigo 14, III, da Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

do Supremo Tribunal Federal. Excedeu-se, porém, o legislador ordinário, ao contemplar modalidade de convalidação parcial de lei ou ato normativo viciado por inconstitucionalidade, fundada em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, deferindo-a à Corte Suprema, que somente pode decretá-la pelo voto de dois terços de seus membros⁵⁵. Cuida-se da denominada modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle principal, a qual, a princípio, por força da natureza da sanção inerente ao sistema brasileiro (de nulidade), remonta ao nascimento do ato impugnado. Permitiu-se por mera disposição legal que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos daquela declaração ou decida “que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, o que suscitou a arguição de inconstitucionalidade do próprio dispositivo⁵⁶, adaptação canhestre ao direito pátrio de norma equivalente inserta na Constituição portuguesa de 1976⁵⁷. Não obstante a pendência a propósito da constitucionalidade do artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99, dele tem feito uso o Supremo Tribunal, cada vez mais frequentemente, e inclusive no âmbito do controle incidental, o que, posta de lado a discussão sobre a validade do preceito, constitui mais uma demonstração da tendência evolutiva do sistema de fiscalização brasileiro rumo ao modelo europeu.

Outra novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 3/93 foi a disposição sobre a dimensão subjetiva das decisões definitivas de mérito proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade, as quais, a teor do parágrafo 2º, então acrescido ao artigo 102 da Constituição, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, esse último “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário [*que não o STF*] e ao Poder Executivo”. No que concerne à eficácia *erga omnes*, sempre foi ela considerada insita às decisões de mérito proferidas em sede de controle principal de constitucionalidade, independentemente de previsão expressa na Carta Magna. O efeito vinculante, todavia, não era da tradição de nosso sistema de controle, gerando sua estipulação enorme perplexidade no campo doutrinário. Posteriormente, o efeito vinculante foi estendido às decisões de mérito proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade por meio da Lei n. 9.868/99⁵⁸, tendo a Emenda n. 45/2004 modificado a redação do parágrafo 2º do artigo 102, no sentido de equiparar a eficácia subjetiva das

⁵⁵ Cf. o artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99.

⁵⁶ ADI ns. 2.154-2 e 2.258-0, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁷ Artigo 282, n. 4.

⁵⁸ Artigo 28, parágrafo único.

decisões de mérito proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, abarcando, nos dois casos, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculativo.⁵⁹

A pretensão da proposta doutrinária que inspirou a atribuição de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade era estabelecer a obrigatoriedade da observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelos órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, dos fundamentos determinantes da decisão⁶⁰. Contudo, ainda não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal tenha emprestado essa conotação ao efeito vinculante, rompendo com o princípio arraigado em nossa legislação processual de que os motivos da sentença não fazem coisa julgada (e, portanto, não vinculam quem quer seja), “ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”⁶¹. De minha parte, preconizo interpretação neutralizante para a polêmica cláusula constitucional do efeito vinculativo, no sentido de se entender que ela apenas equiparou o descumprimento do dispositivo das decisões proferidas em controle abstrato de normas de nível federal ao descumprimento da lei, para efeito da promoção da responsabilidade disciplinar ou político-administrativa das autoridades judiciárias ou administrativas renitentes.⁶²

7 A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS INSTITUTOS DA SÚMULA VINCULANTE E DA REPERCUSSÃO GERAL

Duas questões que se entrelaçam no âmbito do Supremo Tribunal Federal continuaram a desafiar todos aqueles preocupados com o bom

⁵⁹ Na redação conferida ao parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dentre os destinatários do efeito vinculante, não mais figura o Poder Executivo, e sim a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁶⁰ Bastante elucidativo a esse respeito o texto: MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1999. p. 435-458.

⁶¹ Artigo 469, I, do Código de Processo Civil.

⁶² Veja-se o artigo: RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 119-120.

desempenho da função jurisdicional após o advento da Constituição de 1988: a conhecida deficiência de nosso sistema de controle, relativamente à falta de uniformidade e conseqüente imprevisibilidade das decisões, e o congestionamento das vias judiciais, de um modo geral.

No encaminhamento de soluções bem ao gosto do formalismo normativista, pouco tempo após a entrada em vigor da “Constituição-cidadã” passou-se a discutir no âmbito do Congresso Nacional proposta de emenda tendo como eixo a reforma do Judiciário⁶³, propositura essa que veio, afinal, a se converter na Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

Em relação à fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos, procurou-se reforçar a eficácia das decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental, por meio da súmula vinculante. As súmulas de orientação editadas pelo Supremo Tribunal Federal já haviam tido o seu poder de uniformização, via convencimento dos demais órgãos judiciários, incrementado pela Lei Federal n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que, alterando a redação do artigo 557 do Código de Processo Civil, permitiu ao relator negar seguimento a recurso em confronto com jurisprudência dominante na Suprema Corte, sumulada ou não, ou, ao contrário, reformar monocraticamente a decisão recorrida que esteja em discrepância com essa jurisprudência⁶⁴. O que se fez na reforma de 2004 foi autorizar o pretório excelso a, “de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”⁶⁵. Se as resoluções suspensivas do Senado já estavam em processo de atrofimento, por força do impacto do alargamento da via principal de controle, é de se prever que o seu espaço institucional, nos próximos anos, passe a ser ocupado pelas súmulas vinculantes, pois autorizam elas atuação normativa direta do Supremo em matéria constitucional, sem que fique a Corte na dependência de providência discricionária do Senado Federal. Ademais, o seu objeto é mais amplo que o das resoluções senatoriais, porquanto podem ter por objetivo a validade (inconstitucionalidade ou constitucionalidade), a interpretação e a eficácia (vigência ou revogação) de normas determinadas (legais ou

⁶³ PEC n. 96/92.

⁶⁴ Artigo 557, *caput* e parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

⁶⁵ Artigo 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

constitucionais), “acerca das quais haja controvérsia atual entre órgão judiciários ou entre esses e a administração pública que acarreta grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”⁶⁶. É certo, entretanto, que a expedição de súmula vinculante tem como um de seus pressupostos a existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria sumulada, necessariamente de ordem constitucional, ao passo que o Senado, a partir de uma única decisão definitiva da Corte, declaratória da inconstitucionalidade de lei (federal, estadual ou municipal), está autorizado a suspender a execução, no todo ou em parte, do ato impugnado.

Se, por um lado, a súmula vinculante potencializa os efeitos do controle incidental realizado pelo Supremo Tribunal Federal, cuidou o constituinte reformador de limitar o cabimento do recurso extraordinário apenas às questões constitucionais com repercussão geral, assim reconhecidas por, pelo menos, quatro de seus ministros⁶⁷. A disciplina conferida ao instituto da repercussão geral pela Lei Federal n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, mediante o acréscimo dos artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, seguiu a diretriz, já contemplada pela Lei n. 9.756/98, de se atribuir eficácia geral indireta às decisões do Supremo Tribunal Federal em processos concreto-subjetivos⁶⁸, o que deve contribuir para a amenização do déficit decisório de nossa mais alta Corte.

Ademais, começa a se esboçar uma tendência de utilização combinada dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, de sorte que, uma vez reconhecida a repercussão geral e decidido no mérito o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, consagra em súmula o entendimento prevalente⁶⁹, tornando-o de observância obrigatória aos destinatários mencionados no *caput* do artigo 103-A.

De outra parte, se a própria ideia de súmula jurisprudencial de caráter normativo não se ajusta comodamente a um sistema jurídico radicado na família da *civil law*, sofrendo resistências justificáveis por

⁶⁶ Parágrafo 1º do artigo 103-A.

⁶⁷ Nos termos do parágrafo 3º, acrescido ao artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que reza: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁶⁸ Destaquem-se as normas do parágrafo 5º do artigo 543-A e do artigo 543-B, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Civil.

⁶⁹ Foi o que sucedeu na aprovação das Súmulas ns. 7 (RE n. 582.650), n. 8 (RE ns. 560.626, 556.664 e 559.882) e 10 (RE n. 482.090).

parte da doutrina e dos operadores do sistema, a avaliação quanto aos efeitos positivos que possa trazer em termos de diminuição da carga de trabalho no âmbito do Supremo Tribunal Federal também não se faz de modo consensual. Afinal, “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”⁷⁰. Ora, na medida que o Pretório Excelso passe a fazer uso constante do instrumento e considerando as ambiguidades e incertezas que fatalmente decorrerão dos textos sumulados⁷¹, corre-se o risco da diminuição da quantidade de recursos extraordinários e de agravos de instrumento se dar à custa de um aumento vertiginoso na quantidade de reclamações, de protocolização direta no âmbito da Suprema Corte.

8 ANÁLISE PROSPECTIVA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante à evolução da fiscalização da constitucionalidade das leis e omissões legislativas no Brasil, a Constituição de 1988, complementada pelas reformas promovidas pelas Emendas Constitucionais ns. 3/93 e 45/04, tornou ainda mais evidente a tendência no sentido da adoção do padrão europeu para o nosso sistema de controle⁷², rompendo em algum momento, de modo definitivo, com as características que ainda o vinculam ao sistema modelar estadunidense.

⁷⁰ Parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição Federal.

⁷¹ O artigo 4º da Lei Federal n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplinou, em nível infraconstitucional, a edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, estabeleceu: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. Tal modulação da eficácia vinculante do enunciado sumular deverá constituir fonte inesgotável de controvérsias envolvendo a sua aplicação, ensejando a interposição das correspondentes reclamações pelos insatisfeitos com a solução dada pelos órgãos administrativos ou jurisdicionais de base.

⁷² Dentre outros autores, é o que sustenta Gilmar Mendes, ao ensinar que no Brasil se constata a tendência, ainda que fragmentária, “à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade”. (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 264).

Assim é que a valorização da via principal e abstrata de controle, manejada precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal⁷³, ao lado das variadas formas pelas quais vem se procurando dotar as decisões proferidas pela Corte *incidenter tantum* de efeitos gerais⁷⁴, apontam para, em horizonte não muito distante, a concentração da competência de controle nas mãos de corte constitucional federal e, possivelmente, de tribunais congêneres de nível estadual, voltados à guarda das Constituições locais. Em face da tradição histórica e do fortalecimento da presença do Supremo Tribunal Federal na estrutura judiciária brasileira nos últimos anos⁷⁵, o mais provável é que a própria corte suprema, que já ostenta as feições essenciais de um tribunal constitucional, venha a ser adaptada ao desempenho desse novo papel institucional.

Por outro lado, não haveria dificuldade alguma em se manter entre nós as duas formas de atuação da jurisdição constitucional, vale dizer, o método principal e o método incidental, em sintonia com a tendência do sistema europeu do pós-guerra, porquanto a combinação entre uma e outra via já ocorre na atualidade, embora inexista entre nós um incidente de inconstitucionalidade similar ao que é submetido às cortes constitucionais do velho mundo.

⁷³ Basta observar que a União detém a competência legislativa sobre as matérias de maior relevo, sendo a constitucionalidade da legislação federal avaliada apenas pela ação direta de inconstitucionalidade de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁴ Desde a eficácia geral indireta, consistente em se dificultar o seguimento de recursos extraordinários em contraste com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou em facilitar a acolhida daqueles que a ela se afeiçoem, até a constrição dos demais órgãos judiciários e da Administração Pública, direta e indireta, à observância do enunciado de súmulas vinculantes sobre matéria constitucional, passando por inúmeras propostas, *de lege ferenda* ou de sentido meramente interpretativo em relação ao direito posto, que preconizam a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto/incidental. É o caso, por exemplo, da PEC n. 406/2001, em que se propõe o acréscimo de parágrafo ao artigo 103 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal, acolhendo incidente de constitucionalidade proposto por pessoas ou entidades referidas no *caput*, poderá, em casos de reconhecida relevância, determinar a suspensão de todos os processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão, com eficácia e efeito previstos no parágrafo 2º do artigo 102, que verse exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada.”

⁷⁵ Exemplo disso é a liderança exercida no Conselho Nacional de Justiça, órgão máximo de controle político-administrativo no âmbito interno do Poder Judiciário, instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, cuja presidência cabe a um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pela Corte, tendo tal escolha, até agora, recaído na figura do próprio presidente do Supremo.

Quanto à sanção de invalidade operada pelo sistema de fiscalização, pode-se afirmar que não mais existe o consenso em torno das virtudes do sistema sancionatório vigente, que, inquestionavelmente, comina a invalidade absoluta (nulidade) para o ato normativo inconstitucional. A pressão exercida pelo legislador infraconstitucional para se atenuarem as consequências drásticas, e nem sempre adequadas, da sanção de nulidade, de que são provas incontestes os artigos 27 da Lei n. 9.868/99 e 11 da Lei n. 9.882/99, ainda que incidindo ele próprio em inconstitucionalidade, está a demonstrar o amadurecimento da superação da sistemática atual, passando-se a trabalhar com a sanção de anulabilidade, para o que se mostra imprescindível a concentração da competência de controle, como já deixei assentado em trabalho doutrinário.⁷⁶

Penso que não se trata apenas de uma tendência evolutiva de nosso sistema de controle, porém, mais do que isso, da necessidade de seu ajustamento, de modo a superar, em definitivo, a crise de funcionalidade provocada pelo advento da concepção social-democrática de Estado, registrada nos preceitos da Constituição de 1934.

O que se espera é que tal reforma institucional, vital para a plena consecução dos generosos objetivos traçados pelo constituinte de 1988, não seja postergada por muito mais tempo, eclipsada por medidas alternativas de legitimidade ou conveniência duvidosas, como algumas daquelas adotadas ultimamente pelo constituinte de reforma, pelo legislador ordinário, ou mesmo fruto de construções jurisprudenciais engendradas pelo Supremo Tribunal Federal. A transformação do Supremo em corte constitucional de feições europeias, isto é, detentora do monopólio do controle de constitucionalidade em nível federal e dedicada, com exclusividade, à jurisdição constitucional, é a chave para a solução do

⁷⁶ Refiro-me, mais uma vez, à obra *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, em que assinaléi, à guisa de conclusão: “O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle em via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção a aparência de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos *ab initio* ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia *erga omnes* e não retroativas ou com retroatividade limitada. [...] *De lege ferenda*, propõe-se a modificação do regime sancionatório de inconstitucionalidade brasileiro, passando-se a acolher a sanção de anulabilidade que, aplicada alhures, tem conseguido melhor equilibrar o princípio da supremacia constitucional com as exigências de segurança nas relações jurídicas.” (ob. cit., p. 244-245).

grave problema de sobrecarga com que tem se defrontado, crescentemente, de uns tempos a esta parte. Fora daqueles casos que se compreendem em um conceito *lato* de jurisdição constitucional, como o julgamento de elevadas autoridades da República pela prática de crimes comuns ou de responsabilidade ou de conflitos que possam afetar gravemente a coesão federativa, o Supremo Tribunal não deve julgar causas, e sim questões de constitucionalidade, inclusive as que envolvam a avaliação da recepção do direito pré-constitucional. Enquanto não se despir a nossa mais alta Corte das características de derradeira instância recursal, mediante eliminação ou profunda reformulação do recurso extraordinário, bem além de fórmulas paliativas como as da repercussão geral, não se equacionará a questão do déficit decisório, que tanto incomoda a todos os que a prezam como um dos mais importantes legados do Brasil republicano.

Se a Constituição, nestes vinte anos de vigência da Carta de 1988, adquiriu maior efetividade e respeito, passando a ocupar o espaço central que lhe pertence no sistema jurídico e a condicionar e limitar a atividade política, não resta dúvida de que boa parte dos créditos deve ser atribuída à evolução experimentada no sistema de controle de constitucionalidade, a partir de sua promulgação. Cabe, doravante, completar o caminho que se começou a trilhar em 1934, sem se perder em desvios que possam vir a retardar ou a comprometer o êxito de tão nobre empreitada.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1999.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1999. p. 435-458.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 109-127.

_____. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 198-238.

