

20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL*

Twenty years of the 1988 Constitution:
Evolution of the constitutional jurisdiction in Brazil

Por ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.—2. FASES DA EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.—3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PAÍS: A) 1.^a fase: A inexistência do controle jurisdicional de constitucionalidade e a adoção preferencial de aspectos do controle político. B) 2.^a fase: Introdução do modelo jurisdicional de controle difuso e a sua convivência com aspectos do controle político de constitucionalidade: a) *O Sistema de Defesa da Constituição no plano federal*. b) *O Controle de constitucionalidade no plano dos Estados federados*. C) 3.^a fase: Combinação embrionária do modelo difuso de controle jurisdicional, de matriz norte-americana, com a jurisdição constitucional concentrada, de influência Kelseniana e aspectos, reforçados, do controle político: a) *O Controle de constitucionalidade como sistema de defesa da Constituição Federal*. b) *O controle de constitucionalidade no plano estadual*. c) *O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937*: a') No plano federal. b') O controle de constitucionalidade no plano estadual. d) *O controle de constitucionalidade na Constituição de 1946*: a') No plano federal; b') O Controle de constitucionalidade no plano estadual. D) 4.^a fase: Adoção efetiva de um sistema misto de controle jurisdicional, ainda com predominância do modelo difuso, e a permanência de aspectos do controle político de constitucionalidade: a) *A jurisdição constitucional sob a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965*: a') A jurisdição constitucional no plano federal. b') O controle de constitucionalidade no plano estadual. b) *O controle de constituionali-*

* Texto publicado em 2001 sob o título «Inovações no Controle de Constitucionalidade no Brasil», *Revista Mestrado em Direito* da Unifiefio n.1. Osasco: Edifio, 2001 revisto, atualizado e ampliado.

** Mestre, Doutora e Livre Docente pela USP, Professora Associada da FDUSP, Professora e Coordenadora do Mestrado no UNIFIEIO. Ex-Procuradora-Geral do Estado de São Paulo.

dade sob a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969: a') O controle de constitucionalidade no plano federal. b') O controle de constitucionalidade no plano estadual. E) 5.^a fase: Reafirmação do sistema jurisdicional misto, porém com acentuada tendência para o predomínio da jurisdição constitucional concentrada e a redução da aplicação do controle difuso, e adoção de um modelo político de controle de constitucionalidade reforçado: a) *O controle de constitucionalidade na Constituição de 5 de outubro de 1988*: a') O controle de constitucionalidade no plano federal. b') O controle de constitucionalidade no plano estadual. F) 6.^a fase: Profunda modificação na jurisdição constitucional no Brasil, com nítida prevalência do modelo jurisdicional concentrado e significativa minimização do controle difuso, e manutenção de aspectos do controle político de constitucionalidade: a) *A Lei 9.968, de 10 de novembro e a Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 e a profunda modificação na jurisdição constitucional no Brasil*.

4. CONCLUSÕES.

RESUMEN

Este texto pretende examinar la evolución de la jurisdicción constitucional en Brasil. Se señalan las fases que caracterizan esa evolución. Muestra la creciente sustitución en la adopción de los modelos de jurisdicción constitucional, que culmina, a la postre, en el evidente predominio de la jurisdicción constitucional concentrada, en los moldes europeos, y en la consecuente y significativa minimización de la jurisdicción constitucional concreta [difusa], adoptada por influencia del modelo norteamericano desde los orígenes de la República.

Palabras clave: Jurisdicción constitucional en Brasil. Fases de la evolución de la jurisdicción constitucional en Brasil.

RESUMO

Pretende este texto examinar a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. Aponta as fases que caracterizam tal evolução. Demonstra a crescente substituição na adoção dos modelos de jurisdição constitucional que culmina, afinal, na evidente predominância da jurisdição constitucional concentrada, nos moldes europeus, e na consequente e na significativa minimização da jurisdição constitucional concreta, adotada por influência do modelo norte-americano, desde os primórdios da República.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional no Brasil. Fases da evolução da jurisdição constitucional no Brasil.

ABSTRACT

This text intends to examine the evolution of the constitutional jurisdiction in Brazil. It points out the phases which characterize this evolution. It demonstrates the increasing substitution in the adoption of the types of constitutional jurisdiction which ends up, after all, in the clear predominance of the concentrated constitutional jurisdiction and in the minimization of the judicial review adopted by influence of the North-American model, since the beginning of the Brazilian Republic.

Key words: Constitutional jurisdiction in Brazil. Jurisdiction evolution in Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 5 de outubro de 1988 comemora, neste ano, 20 anos desde sua promulgação.

Será, ainda, a mesma Constituição? A indagação tem razão de ser se constatarmos que, ao longo desse período, o texto constitucional sofreu uma «avalanche» de modificações, provocadas por seis Emendas Constitucionais de Revisão (postas com fundamento no artigo 2º do ADCT) e 56 Emendas Constitucionais com base no artigo 60, que regulamenta a edição de Emendas à Constituição. Noventa artigos, dos mais relevantes no texto foram modificados, às vezes mais de uma vez, e de modo intenso. As Reformas Administrativa, da Previdência e do Poder Judiciário são disso exemplos. Vários artigos foram introduzidos *ex novo* na Lei Maior. Quase nenhum título restou incólume. Ressalvando-se o Título Primeiro (Dos Princípios fundamentais) que não sofreu nenhuma alteração, até mesmo o Título II, «Dos Direitos e Garantias Fundamentais» foi alterado, ainda que em poucos artigos. O Artigo 5º teve acrescido direitos (o direito à celeridade processual e a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos foi considerada equivalente à de emenda constitucional); o artigo 6º, base dos direitos sociais, prescreveu, em acréscimo, o direito de moradia; algumas alterações relevantes foram introduzidas no artigo 7º (direitos sociais dos trabalhadores) nos direitos políticos (arts. 12 a 17) e assim pela frente.

A Reforma do Poder Judiciário foi abrangente e fortificou a jurisdição constitucional concentrada na Brasil.

O controle de constitucionalidade se apresenta no Direito Constitucional contemporâneo a partir de três modelos «base»: (a) o modelo político, construído na França oitocentista sob a inspiração inclusive de Sieyès, impropriamente chamado de «francês», realizado por órgão político e tendo como objeto particularmente o controle das leis e, em regra, exercitado de modo preventivo; o modelo jurisdicional, que se bifurca em duas matrizes: (b) o modelo americano, o chamado *judicial review*, definitivamente sistematizado¹ pela magnífica construção, em 1803, do *Chief Justice* Marshall, na decisão proferida no caso *Marbury versus Madison* perante a Corte Suprema dos Estados Unidos da América, modelo de controle repressivo ou sucessivo, realizado por todo e qualquer juiz ou tribunal, em caso concreto, e levado à Corte Suprema, obedecendo a uma «lógica» estritamente

¹ SEGADO, FRANCISCO FERNANDEZ. In *El Sistema Constitucional Español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 1037 faz interessante anotação, lembrando que «a doutrina de la “judicial review” puede, em cierto modo, considerarse originada em Europa, aceptada como doutrina em Estados Unidos y vuelta a Europa uma vez elaborada y expandida por los jueces norteamericanos».

«jurídica»: se a Constituição é a Lei Maior do País e se contra ela nenhum ato jurídico pode prevalecer, cabe ao Poder Judiciário, órgão incumbido de apreciar as controvérsias surgidas em torno da lei, no caso concreto, em se defrontando com o conflito entre a lei ou ato jurídico e a norma constitucional, aplicar esta e afastar aquela, consoante os métodos próprios da jurisdição; o ato inconstitucional é nulo e sem nenhum efeito e a decisão, proferida *in casu*, opera efeitos *ex tunc* para as partes do processo; e (c) o modelo austríaco, idealizado por Kelsen para a Constituição da Áustria de 1920, em geral repressivo ou sucessivo (mas admitindo a modalidade preventiva de controle), realizado por um Tribunal Constitucional, de composição essencialmente política, especialmente constituído para exercer a fiscalização *in abstracto*, particularmente das leis, em processo objetivo. Trata-se de modelo que segue uma lógica «política» pelo órgão exclusivo de decisão — a Corte Constitucional — ainda que esta adote, para decidir, o método da jurisdição. A fiscalização abstrata é principal, independe de processo concreto e se realiza por via de ação própria, direta, ou por intermédio de um «recurso de inconstitucionalidade», que determina, num caso concreto, a subida obrigatória da questão de constitucionalidade para a Corte Constitucional. A decisão, em regra, opera efeitos contra todos, retirando a eficácia da lei².

Tais «modelos» foram sendo adotados pelos sistemas constitucionais, com adaptações que, todavia, na essência, não lhes alteraram a feição.

No Brasil republicano, já desde 1890, pelo Decreto 848, de 11 de outubro, foi adotado, porém com adaptações à realidade nacional, o modelo jurisdicional americano de controle de constitucionalidade, até então o único modelo jurisdicional definitivamente formulado nos sistemas constitucionais em geral.

Desta data em diante, inúmeras alterações foram sendo introduzidas no «modelo» original, ao ponto de podermos registrar, ao menos desde 1965 e ante as constituições subsequentes, a existência de um modelo misto de controle jurisdicional de constitucionalidade³, não sendo errôneo apontar a convivência dos modelos jurisdicionais «americano» e «austríaco» ou europeu⁴, com predominância, ainda, do modelo americano de controle

² FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA. «Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade», in *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, S.P., v. 34, Dez. 1990, p. 30.

³ FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA. «Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade», in *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, SP, n. 34, Dez. 1990, p. 27-44.

⁴ Para exame dos modelos «americano», «austríaco» ou europeu e o chamado «francês ou político» consultar, dentre outros, MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II (Introdução à Teoria da Constituição), 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 317 e segts. SEGADO, FRANCISCO FERNANDEZ. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid. Dykinson, 1992, p. 1033 e segts.

jurisdicional. Paralelamente as constituições brasileiras abrigaram fórmulas do controle político, mais ou menos acentuadamente.

Presentemente, em razão de uma série de fatores, dentre os quais releva apontar: (a) o próprio sistema constitucional brasileiro criado a partir da Constituição de 1988 com as alterações nela introduzidas ao sistema de jurisdição constitucional e as modificações constitucionais da Constituição de 1988 neste campo, particularmente pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 — A Reforma do Poder Judiciário; (b) a legislação infraconstitucional disciplinando questões relativas ao processo de controle de constitucionalidade e particularmente as constantes das leis produzidas ao final do ano de 1999 (Leis 9.868 e 9.882); e, (c) a interpretação e as construções do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, cabe uma indagação: qual é o modelo brasileiro de jurisdição constitucional? Temos, ainda, um modelo misto de controle jurisdicional, com predominância do modelo americano ou poderíamos vislumbrar a adoção de um «novo modelo» de jurisdição constitucional, ainda que sob o parâmetro da combinação, com temperamentos e adequações, dos modelos citados?

Este texto busca demonstrar a evolução do modelo difuso de controle de constitucionalidade para a jurisdição constitucional concentrada, produto da Constituição de 1988.

Para tanto traçará, em breves linhas, os modelos de jurisdição constitucional abrigados no Brasil monárquico e republicano, desde a Constituição de 25 de março de 1924.

2. FASES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para uma compreensão geral e imediata da evolução da jurisdição constitucional no Brasil, se tomarmos como critério os modelos básicos de controle de constitucionalidade acima apontados, suas peculiaridades e suas adaptações ao nosso sistema constitucional⁵, podemos distinguir, no Brasil, 6 fases, assim sumariamente descritas:

- 1.ª fase Inexistência de um controle jurisdicional e adoção preferencial de aspectos do controle político.
- 2.ª fase Introdução do modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade, na modalidade do controle difuso, inspirado no modelo americano e sua convivência com aspectos do controle político de constitucionalidade.
- 3.ª fase Combinação embrionária do modelo difuso de controle jurisdicional, de matriz norte-americana, que continua predominan-

⁵ Cf. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, «Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade», in *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, S.P., v. 34, Dez. 1990, p. 27-44.

te, com o modelo de jurisdição constitucional concentrada, de influência Kelseniana, e a convivência com aspectos do controle político reforçado.

- 4.ª fase Adoção efetiva de um sistema misto (modelos difuso, de matriz norte-americana e jurisdição concentrada, de matriz austríaca), ainda com predominância do modelo difuso e a permanência de aspectos do controle político de constitucionalidade.
- 5.ª fase Reafirmação do sistema jurisdicional misto, porém com acentuada tendência para o predomínio do modelo de jurisdição concentrada e minimização da aplicação do difuso, além da adoção de um modelo político de controle de constitucionalidade reforçado.
- 6.ª fase Profunda modificação no exercício da fiscalização de constitucionalidade no Brasil, com nítida prevalência do modelo jurisdicional concentrado e significativo reducionismo do controle difuso, e manutenção de aspectos do controle político de constitucionalidade.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL⁶ NO BRASIL

- A) 1.ª fase: A inexistência do controle jurisdicional de constitucionalidade e a adoção preferencial de aspectos do controle político

A primeira fase do controle se identifica na vigência da Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824.

A Constituição do Império não adotou modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade, muito embora este já tivesse surgido, por meio da construção jurisprudencial em 1803, da Suprema Corte, nos Estados Unidos da América. Nascida sob a influência do constitucionalismo europeu, e particularmente do constitucionalismo francês, a Constituição de 1824 ficou mais próxima da afirmação de um controle político de constitucionalidade, ao atribuir ao Poder Legislativo não somente a competência de «interpretar as leis» por ele elaboradas, consoante dispunha o art. 15,

⁶ Para análise mais aprofundada da evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, conferir, dentre outros: MOREIRA ALVES, JOSÉ CARLOS. «Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil», In *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1997; VELOSO, ZENO. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade* (Atualizado conforme as Leis 9.868, de 10/11/99 e 9.882, de 3/12/99). 2.ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 29-36; POLETTI, RONALDO. *Controle de Constitucionalidade das Leis*: Rio de Janeiro: Forense, 1985.

n.º 8, mas, ainda, a função de «velar na guarda da Constituição» na forma disposta no mesmo artigo, n.º 9.

De outra sorte, parcela da doutrina constitucional⁷ vê, ainda, no Poder Moderador, designado 4.º Poder na organização política do Império, a atribuição constitucional do exercício do controle dos demais órgãos: de um lado, porquanto a ele, qualificado de «chave de toda a organização política», cabia «velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos», na forma estabelecida pelo artigo 98 da Constituição; e de outro lado, porque exercia a competência de sancionar os decretos e resoluções da Assembléia Geral, para que tivessem força de lei, como estabelecia o art. 101, 3.º. Também aqui se tem um viés de controle político de constitucionalidade⁸.

B) 2.ª fase: Introdução do modelo jurisdicional de controle difuso e a sua convivência com aspectos do controle político de constitucionalidade

A 2.ª fase da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil se revela com a proclamação da República Federativa no Brasil e sob a égide da Constituição de 24 de fevereiro de 1891 e a Emenda Constitucional de 1926.

Com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, já com o prenúncio do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, foi o País transformado em República Federativa. A Constituição Federal passa a regular a organização federal, representada pela União, e a fixar as linhas mestras dos Estados membros do novo Estado Federativo, estabelecendo, em seu artigo 62, que «cada Estado reger-se-á pela Constituição e leis que adotar [...]». Têm-se, a partir daí, duas ordens constitucionais no Estado brasileiro: a ordem central, soberana, representada pela União e disciplinada na Constituição Federal, cujo guardião maior é o Supremo Tribunal Federal, e

⁷ Cf. dentre outros. BITTENCOURT, CARLOS ALBERTO LÚCIO, *O Controle Jurisdicional das Leis*, atualizado por José Aguiar Dias, 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, pp.27-28. Menciona o Autor a pretensão de autores, como Levi Carneiro, no sentido de que a Constituição do Império, tal como a dos Estados Unidos da América, de 1787, não impediria o exercício do controle pelo Poder Judiciário, mas refuta a idéia ante o sistema constitucional de organização de poderes e das respectivas atribuições constitucionais.

⁸ É o controle político o exercido por órgão não jurisdicional. Sobre essa modalidade de controle conferir, dentre outros: HORTA, RAUL MACHADO, *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995, p. 144 a 151; FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA, *Conflito entre Poderes (O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 148-210; SEGADO, FRANCISCO FERNÁNDEZ, *El sistema Constitucional Español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 1041-1043; tb. da autora «Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade», São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, 34: 27-46, dez. 1990.

as ordens estaduais, autônomas no âmbito de sua jurisdição, vertidas nas constituições dos Estados. Isto impõe considerar-se, sob o tema em exame, o sistema de defesa da Constituição Federal e o da Constituição Estadual.

a) *O Sistema de Defesa da Constituição no plano federal*

Nossa primeira Constituição republicana federativa abrigou aspectos do controle político de constitucionalidade e, sob a inspiração do modelo americano, cujas características adotou, introduziu, entre nós, agora no plano constitucional⁹, o controle jurisdicional difuso ou incidental, assim qualificado porque todo e qualquer juiz ou tribunal poderia apreciar, no caso concreto «sub examine», por via de ação ou defesa, a constitucionalidade da lei ou ato do executivo, conforme se deduzia dos artigos 59, §1º, «a» e «b», e 60 do texto constitucional¹⁰ e consoante ficou definitivamente regulado pela Lei 221 de 1894 e, mais à frente, pela Emenda Constitucional de 1926.

O controle político se resumia especialmente na competência de o Presidente da República, julgando inconstitucional o projeto de lei adotado pelas Câmaras, opor-lhe seu veto, motivado, o qual poderia ser derrubado pelo voto nominal de dois terços dos sufrágios presentes em cada uma das Câmaras, segundo determinava o artigo 36 e parágrafos da CF.

No tocante ao controle jurisdicional, no plano federal, o controle difuso se apresentava como modalidade de controle de constitucionalidade incidental, do caso concreto. A inconstitucionalidade é alegada pelo autor ou pelo réu, como incidente no processo (a Constituição mencionava a via de defesa ou de exceção). O controle é atribuído a todo e qualquer juiz ou tribunal, (observada a competência da justiça federal e da estadual) no caso de leis ou atos violadores da Constituição Federal; a decisão proferida tinha efeitos *inter partes* e *ex tunc*; o ato inconstitucional era considerado nulo e sem nenhum efeito; e o juiz e o tribunal tão somente deixavam de aplicar, no caso concreto, a lei considerada inconstitucional, sem contudo terem o poder de retirá-la do mundo jurídico, ou de revogá-la. A decisão final e definitiva sobre a inconstitucionalidade do ato questionado

⁹ O modelo jurisdicional difuso foi inicialmente introduzido no plano legal, pós 1889, pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890.

¹⁰ O art. 59, § 1º, «a» e «b» dispunha sobre a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para julgar recursos do Tribunal Estadual quando questionada a validade ou a aplicação de tratado ou lei federal ou quando o Tribunal Estadual considerasse válida lei ou ato do governo local contestada em face da Constituição ou de lei federal. O art. 60 determinava a competência dos juízes e tribunais federais para julgar causa fundada em disposição da Constituição Federal.

era proferida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, com os mesmos efeitos.

Importante mencionar que a jurisdição constitucional das liberdades foi reforçada, em 1891, com a introdução do *habeas corpus* em sede constitucional (art. 72, §22), que passou a servir de veículo, por excelência, para o exercício do controle de constitucionalidade de atos do Poder Público, lesivos a direitos individuais especialmente a partir da chamada «doutrina brasileira do *habeas corpus*», que ampliou o alcance do remédio constitucional, que de instrumento exclusivamente voltado para a liberdade pessoal, passou a ser aplicado para a proteção de qualquer direito que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção, desde que certo e incontestável¹¹.

b) *O controle de constitucionalidade no plano dos Estados federados*

A Constituição de 1891 não se referia ao sistema de defesa das constituições estaduais¹², matéria que, pela interpretação dada ao artigo 63, base da autonomia dos Estados, deveria ser solucionada no âmbito interno de cada ente federativo¹³. Estes usaram amplamente tal competência.

Assim, as constituições estaduais, de modo geral, «criaram sistemas de defesa próprios, de natureza política¹⁴, de controle direto incidindo sobre as leis estaduais e sobre as resoluções e atos das municipalidades, e estruturam-no livremente, sem obediência a qualquer modelo prefixado, ainda que se assemelhassem entre si». Não raro este controle político coexistia com o sistema de controle jurisdicional pelo método difuso, quando em jogo direitos subjetivos individuais (isto por decorrência lógica do princípio da supremacia da Constituição Federal). Algumas constituições previam uma espécie de jurisdição concentrada, como ocorria com a Constituição do Rio Grande do Sul, de 14.07.1891, art. 52, § 5º, que atribuía competência ao Superior Tribunal de Justiça para julgar «causas propostas pelo Go-

¹¹ Cf. FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 311-314. O Supremo Tribunal acolheu a «doutrina» e a Emenda Constitucional de 1926 a reduziu, ao modificar a redação genérica dada ao remédio constitucional no texto original de 1891.

¹² A Constituição de 1891 apenas mencionava a vedação de a Justiça dos Estados intervirem em questões submetidas aos Tribunais Federais (art. 62) e vice-versa; além de determinar que a jurisprudência dos Estados deveria ser consultada quando interpretasse leis da União («art. 59, §2º).

¹³ Cf. FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA, *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p.184 e segs.

¹⁴ Cf. meu *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo: Editora RT. 1979, cit., pp. 193-196. Veja-se, a fls. 195-196, referência a Castro Nunes que defendia o controle político constitucional exercido pelos Estados membros sobre o Município.

verno do Estado, fundadas em disposição da Constituição do Estado»¹⁵. No tocante ao controle político, em regra, este se colocava, tanto pelo viés preventivo como repressivo, em todas as constituições estaduais, seja pela adoção do veto do Poder Executivo por motivo de inconstitucionalidade, seja pela introdução de algumas fórmulas inovadoras de controle preventivo ou repressivo. Citem-se, para exemplificar, disposições constantes das Constituições do Estado de Santa Catarina e de São Paulo, e que, de resto, estavam presentes em praticamente todas as constituições estaduais.

A Constituição de Santa Catarina atribuía à Assembléia Legislativa, competência para «fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las», bem como «anular as resoluções dos Conselhos e os actos dos prefeitos municipaes», quando contrários à Constituição Estadual (cf. artigos 21, IX e XXIII, e 70, I); ao Presidente do Estado conferia competência para vetar projeto de lei que considerasse inconstitucional, veto que poderia ser derubado pela Assembléia Legislativa por dois terços dos deputados presentes (art. 25 e §§1º e 2º); já no tocante ao possível controle jurisdicional, como sistema de defesa, a Constituição do Estado nada mencionava, até porquanto as atribuições dos órgãos do Poder Judiciário estadual seriam fixadas por lei, segundo dispunha o artigo 58 do texto constitucional. Não obstante o silêncio constitucional é admissível dizer que, à semelhança do que ocorria na esfera da Constituição Federal, a Constituição Estadual poderia ter a validade de suas normas questionada pelos juizes e tribunais, no exercício do controle difuso, com recurso ao órgão máximo da magistratura estadual. Na Constituição de Santa Catarina, recurso ao Superior Tribunal de Justiça do Estado¹⁶.

A Constituição do Estado de São Paulo, de 14 de julho de 1891, estabelecia em seus artigos 20, item 12, 54 e 55, respectivamente, que competia ao Congresso Estadual: «[...] fazer leis, suspendê-las, interpretá-las e revogá-las» e anular as resoluções e atos da municipalidade, quando contrários à Constituição Estadual e à Constituição Federal e que o Presidente do Estado poderia, na ocorrência dos casos precedentes, no intervalo das sessões legislativas, «suspender a execução de tais atos»¹⁷.

¹⁵ Cf. meu *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo: RT, 1979, pp. 201-205.

¹⁶ Cf. *Constituições dos Estados Brasileiros*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927-1928. A citada Constituição de Santa Catarina é a promulgada após a Reforma Constitucional federal de 1926.

¹⁷ Cf. meu *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo: RT, 1979, p. 194. Referindo-se à competência para interpretar leis, AFONSO ARINOS, comentando a Constituição do Império retro mencionada, que continha disposição semelhante, já mencionava tratar-se de controle político. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, Rio: Forense, 1968, pp. 140 e 141.

- C) 3ª fase: Combinação embrionária do modelo difuso de controle jurisdicional, de matriz norte-americana, com a jurisdição constitucional concentrada, de influência Kelseniana e aspectos, reforçados, do controle político

Esta fase se instala sob a égide da Constituição de 1934 e permanece sob as Constituições de 1937 e de 1946, esta na sua versão originária. Vejamos.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, elaborada como resultado do movimento constitucionalista de 1932, eclodido em São Paulo, instaura no Brasil a Segunda República. Reflexo do quadro político-institucional do momento de seu nascimento e de uma indisfarçável influência dos movimentos políticos europeus do pós Primeira Guerra Mundial e da ressonância da Constituição de Weimar, nos trabalhos constituintes se defrontam correntes antagônicas, como salientam Paulo Bonavides e Paes de Andrade¹⁸.

Constituição singularmente inovadora¹⁹ sob vários aspectos, foi particularmente reformadora no que concerne à jurisdição constitucional, que parece ter sofrido influência da doutrina de Kelsen, consoante assinalam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes²⁰. Tais inovações se revelam no plano federal, tanto no modelo político quanto no jurisdicional, com reflexos também no plano estadual de controle.

- a) *O controle de constitucionalidade como sistema de defesa da Constituição Federal*

Manteve a Constituição de 1934 os institutos políticos de controle existentes na constituição precedente, particularmente o veto presidencial motivado e fundado em inconstitucionalidade da lei, conforme o art. 45 e §§, com alterações, todavia: (a) introduziu o veto parcial e abriu a possibilidade para sua superação pelo voto da maioria absoluta dos membros de cada Casa Congressual (no caso de o Senado também haver participado da elaboração da lei); (b) atribuiu ao Senado, conforme dispunha o art. 91, II,

¹⁸ Cf. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, pp. 301-302.

¹⁹ Cf. FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA, «A Constituição de 1934», In obra coletiva: *As Constituições Brasileiras – Análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, pp. 25-41.

²⁰ Cf., dos autores, *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9868*, de 10-11-99, São Paulo: Saraiva, 2001, p.p. 28-33.

faculdade até então inusitada, que deferia ao órgão competência privativa «para examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais...», disposição, segundo Pontes de Miranda, importantíssima, não deferida a nenhum outro poder, vez que a apreciação do Senado, de natureza política, se fazia *in abstracto*, diferentemente da jurisdicional, presa ao caso concreto²¹; (c) e, ainda, numa autêntica criação nacional, inédita em sistemas presidencialistas filiados ao modelo americano de controle de constitucionalidade, inseriu um órgão político no exercício da jurisdição constitucional, ao atribuir ao Senado, pelo artigo 91, IV, 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». Muito se polemiza quanto à natureza dessa função senatorial. De qualquer sorte, trata-se, quanto ao órgão, de competência de natureza política, ainda que essa novidade constitucional refletisse, em certa medida, o prenúncio da adoção de um controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, nos moldes do sistema austríaco, cuja decisão produz, pela própria natureza do órgão que a emite, efeitos *erga omnes*, diferentes portanto, dos efeitos *inter partes* produzidos no modelo americano de controle. A disposição inovadora, dentro do modelo difuso, parece encontrar eco no fato de o Brasil não adotar o princípio anglo-saxão do *stare decisis* (ou do precedente judiciário), pelo que os juizes e tribunais inferiores não estavam obrigados a seguir a decisão, ainda que definitiva, do Supremo Tribunal Federal. Assim, a inserção do Senado (órgão político) no sistema de defesa jurisdicional da Constituição cometia à decisão do Supremo Tribunal Federal extensão de efeitos *erga omnes*.

No que respeita ao controle jurisdicional propriamente dito, a Constituição de 1934 manteve o modelo difuso, de inspiração norte-americana. Modelo de controle do caso concreto, exercitado por todo e qualquer juiz ou tribunal nos limites das respectivas competências e decidido em grau definitivo pela Corte Suprema, por via do Recurso Extraordinário (art. 76, III e alíneas). Não obstante, trouxe este texto constitucional, importantes inovações, algumas já sinalizando rumo à jurisdição constitucional concentrada, direta e abstrata do modelo europeu, afora a atribuição deferida ao Senado, retro mencionada.

No artigo 179 fixou o quorum da maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade, quorum que milita *favor legis*, ou seja, pela presunção de constitucionalidade da lei.

²¹ Cf. FERRAZ, «A Constituição de 1934», in *As Constituições Brasileiras – Análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, p. 32. A disposição mencionada pode ter sido, talvez, a fonte de inspiração para o inciso V do art. 49 da Constituição de 1988 que será examinado mais à frente.

De ressaltar, no modelo difuso, o realce dado pela Constituição de 1934 à jurisdição constitucional das liberdades, com a consagração, para além do *habeas corpus*, do «mandado de segurança», remédio constitucional genuinamente brasileiro e destinado à proteção de todo direito individual não alcançado pela *habeas corpus*. Este instituto processual passou a ser o veículo primordial para o exercício do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, violadores de direitos individuais. Menção também deve ser feita à «ação popular», instituto constitucional de proteção genérica de direitos de cidadania (art. 113, § 38), também possível de ser utilizada como instrumento difuso de controle de constitucionalidade.

O realce principal neste contexto, todavia, fica por conta do artigo 12, V, que introduziu a chamada «representação interventiva (atualmente «ação direta interventiva»), regulando a intervenção nos casos em que a União tivesse de atuar para assegurar a observância, pelos Estados, «dos princípios constitucionais especificados nas letras «a» e «h» do art. 7º, n. I, e a execução de leis federais». A intervenção, no caso do Inciso V citado, que se faria mediante lei, somente se efetuaria depois que a Corte Suprema (nome então atribuído ao Supremo Tribunal Federal), mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei e a declarasse inconstitucional. A concentração, em órgão supremo e guardião da Constituição, dessa competência, e a legitimação exclusiva de apenas uma autoridade para propor a ação fundada em inconstitucionalidade constituem marco expressivo no caminho da introdução da jurisdição constitucional concentrada e direta entre nós.

b) *O controle de constitucionalidade no plano estadual*

No plano estadual, exame especial, embora resumido, merece a matéria.

Como se viu, as constituições estaduais, na primeira República, criaram livremente, independentemente de modelos prefixados, seus sistemas de defesa (o político e o jurisdicional), que colhiam em suas malhas, as leis, atos normativos, atos administrativos estaduais e municipais. O controle político, no plano estadual, em regra, somente incidia sobre leis estaduais, alcançando, no plano municipal, toda espécie de ato jurídico público.

Com a Constituição Federal de 1934, as constituições estaduais vão apresentar marcantes inovações no tocante ao controle de constitucionalidade, particularmente no que se refere ao controle das leis estaduais.

O controle, que até então era preferencialmente político, passa a ser predominantemente jurisdicional e indireto, muito próximo do modelo fixado pelo texto de 1934 para o plano federal.

Os institutos de controle político são mantidos nas constituições esta-

duais: o veto governamental, a suspensão de leis e atos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (que permanece conferida à atribuição da Assembléia ou do Executivo), sendo mantido particularmente o controle político das leis e atos municipais²².

A jurisdição constitucional, como sistema de defesa da Constituição Estadual, permanece nos moldes do sistema difuso, expressa ou implicitamente configurado no Documento Estadual, desaparecendo referências expressas a um controle direto de leis estaduais frente à Constituição Estadual²³. As constituições estaduais não transportaram o modelo de «representação interventiva» com relação aos municípios situados no âmbito de sua jurisdição.

c) *O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937*

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, não trouxe inovações de monta no controle jurisdicional difuso (reserva feita à proibição de o Poder Judiciário conhecer de questões políticas, conforme dispunha o art. 94, que reduzia, em muito, o alcance da jurisdição no tocante aos direitos fundamentais). Não manteve a incipiente jurisdição constitucional concentrada pela via da ação interventiva e reforçou, sob vários aspectos, o controle político presente nas constituições precedentes.

De ressaltar, a respeito do controle político, dois pontos. De um lado, a Constituição outorgou à Câmara dos Deputados (art. 9º, parágrafo único) a competência para verificar a observância, pelos Estados, dos princípios constitucionais nela contidos (art. 9º, «e»), raiz da representação interventiva introduzida pela Constituição de 1934; de outro, estabeleceu a possibilidade, inusitada nos sistemas constitucionais contemporâneos, de o Presidente da República submeter novamente ao Parlamento lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 96, parágrafo único), podendo o Parlamento, pelo voto de dois terços de seus membros, confirmar a lei e com isto tornar sem efeito a decisão do STF²⁴. Vislumbram-se, nos dois casos, modelos de controle político «*a posteriori*».

No que concerne à jurisdição constitucional das liberdades, a Consti-

²² Cf. meu *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo: RT, 1979, p. 205-206.

²³ Cf. meu *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo: RT, 1979, p. 205-206.

²⁴ Essa competência do Presidente da República, combinada com a do Parlamento, constituiu enorme retrocesso no tocante ao papel do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle jurisdicional e foi criticada por muitos, embora exaltada por outros tantos, consoante asseveram Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes na obra *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9868, de 10-11-99*, 2001, pp. 26-28.

tuição de 1937 suprimiu, no plano constitucional, o mandado de segurança e a ação popular, que persistiam apenas no plano infraconstitucional.

d) *O controle de constitucionalidade na Constituição de 1946*

a') No plano federal

A Constituição de 18 de setembro de 1946 manteve, em linhas gerais o modelo de jurisdição constitucional da Constituição de 1934.

Na versão originária, retomando a tradição construída pelas Constituições de 1891 e de 1934, assegurou, com algumas alterações, os institutos de controle político de constitucionalidade; assim, para exemplo, o veto presidencial (art. 70 e §§) e a competência do Senado para suspender a execução de leis ou «decretos», «no todo ou em parte», declarados inconstitucionais por decisão «definitiva» do Supremo Tribunal Federal (art. 64)²⁵.

Com relação à jurisdição constitucional retomou o controle difuso, consoante as linhas gerais de 1891 e 1934, acrescentando importante princípio no Capítulo dos direitos fundamentais: o da inafastabilidade do controle jurisdicional para direitos violados. Este princípio, a partir de então é o fundamento primeiro do controle difuso, no plano constitucional. Reintroduziu os instrumentos processuais de defesa de direitos (veículos adequados para o exercício do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público) e a competência do Supremo Tribunal Federal para decidir, em caráter definitivo, via Recurso Extraordinário, toda e qualquer ofensa à Constituição federal, segundo estabelecia o artigo 101, inciso III e alíneas; preservou a competência de o Senado Federal suspender a execução de lei e decreto declarados inconstitucionais pelo STF (art. 64); restabeleceu a representação interventiva (art. 8º c/c art. 7º, inciso VII), para assegurar a observância, pelos Estados, dos princípios constitucionais obrigatórios, modificando-se, todavia, as formalidades previstas na Constituição de 1934. Promoveu-se «um avanço em sua regulamentação [...], e um novo e vigoroso passo para a instituição do controle concentrado» segundo Zeno Veloso²⁶. Embora, acentue o autor, o objetivo não fosse propriamente o de estabelecer um «verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade», nos moldes do modelo europeu, pois a manifestação do Supremo Tribunal Federal não produzia, na verdade, efeitos *erga omnes*, como usual nas matrizes do modelo concentrado, mas tão somente

²⁵ As aspas indicam as alterações efetuadas no novo texto constitucional.

²⁶ Cf. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade (atualizado conforme as Leis n. 9.868, de 10/11/99 e 9.882, de 3/12/99)*, 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 33.

se destinava a possibilitar a intervenção da União no estado federado²⁷. No caso citado, o ato argüido de inconstitucional seria submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este o declarasse inconstitucional, seria decretada a intervenção, competindo ao Congresso Nacional (art. 7º, inciso VII), «se limitar a suspender a execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado» (art. 13).

A representação interventiva foi largamente utilizada desde então²⁸ até a promulgação da Emenda Constitucional 16/65.

Segundo Lúcio Bittencourt, a despeito dessas inovações, se garantiu, no sistema constitucional brasileiro, a pureza do sistema americano, com o Supremo Tribunal acima de tudo na ordem de autoridade²⁹.

b') O controle de constitucionalidade no plano estadual

A Constituição de 1946, na sua versão originária, nada estabelecia relativamente ao controle de constitucionalidade de atos jurídicos ofensivos à Constituição Estadual.

Assim, à mingua de disposições imperativas, as constituições estaduais, na linha adotada ante as Constituições Federais precedentes, criaram sistemas próprios de controle de constitucionalidade das leis e atos estaduais e leis e atos municipais contrários às suas disposições.

Afora a adoção do modelo de controle difuso, este sim imperativo ante a exigência de observância, pelos Estados, dos princípios constitucionais federais (e o princípio de controle era um deles), a maioria das constituições estaduais optou pelo controle político de constitucionalidade, particularmente no tocante às leis e atos municipais. Exceção apontada é a da Constituição de São Paulo, que, de certo modo, seguiu à risca o modelo federal, inclusive quanto à atribuição, à Assembléia Legislativa, «da competência para suspender, no todo ou em parte, a execução de qualquer ato,

²⁷ Há autores que não arrolam a representação interventiva (que constitui uma verdadeira ação, segundo pensamento predominante na doutrina) como instrumento de controle de concentrado de constitucionalidade. Na verdade, trata-se de controle direto, concentrado, que pode envolver o exame de um ato «in abstrato», ainda que a decisão tenha efeitos concretos. Cf. CLÉVE, CLÉMERSON MERLIN, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 98 e segts.

²⁸ Cf. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES na obra *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9868/99*, 2001, pp. 33-40.

²⁹ Cf., BITTENCOURT, CARLOS ALBERTO LÚCIO, *O Controle Jurisdicional das Leis*, atualizado por José Aguiar Dias, 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997; também, MOREIRA ALVES, JOSÉ CARLOS, *Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil*, In *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1997, p. 144.

deliberação ou regulamento declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário».

Observe-se que a manutenção do controle político sobre atos municipais suscitou embates forenses que levaram a jurisprudência, em sua maior parte, a «tender pela rejeição da legitimidade dessa espécie de controle»³⁰

D) 4.^a fase: Adoção efetiva de um sistema misto de controle jurisdicional, ainda com predominância do modelo difuso, e a permanência de aspectos do controle político de constitucionalidade

A quarta fase na evolução do controle de constitucionalidade no Brasil desponta com a Emenda Constitucional n. 16/65 e perdura sob a Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n. 1/69

a) *A jurisdição constitucional sob a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965*

a') A jurisdição constitucional no plano federal

Promulgada a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965 (Reforma do Poder Judiciário) o controle de constitucionalidade no Brasil se apresenta sob nova roupagem, pelo que se pode identificar, a partir daí, o surgimento de nova fase na jurisdição constitucional, na qual se aponta a adoção efetiva de um modelo jurisdicional misto.

É profunda a alteração do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, a partir de então.

Com efeito. Sem prejuízo dos aspectos de controle político e do controle difuso, ainda mantidos, e da representação interventiva, a Emenda n. 16 insere na alínea «k» no inciso I, do art. 101 da CF, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, «a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República».

Restava introduzida, assim, no Brasil, a jurisdição constitucional *in abstracto* e concentrada, de inspiração européia, por intermédio de ação direta, incidindo ou tendo como objeto as leis e atos normativos federais e estaduais³¹.

³⁰ Cf., sobre o controle no plano estadual e as referências aqui feitas meu *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: RT, 1979, p. 207 e segts.

³¹ O termo «representação» foi interpretado pela doutrina predominante como «ação». Cf. nota anterior.

Ante tal inserção, de normatividade mínima, foi o Supremo Tribunal Federal «construindo», em torno da jurisdição concentrada uma jurisprudência visando a dar concretude à disposição constitucional; assim a legislação ordinária precedente, incompatível com a Constituição superveniente, é tida por «revogada» e não se submetia ao controle direto de constitucionalidade; a lei municipal contrária à Constituição Federal não se submetia ao controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal; a ação direta constituía processo objetivo, e os efeitos da decisão eram *erga omnes* (decisão construída em processo administrativo no STF) e assim por diante.

De observar que, a partir de então, passa o Supremo Tribunal a fazer as vezes de uma «Corte Constitucional» própria do modelo europeu e deste utilizando larga inspiração para decidir, ainda que, consoante asseverava a doutrina, o STF não constituísse verdadeiro Tribunal Constitucional pois, enquanto cúpula do Poder Judiciário no Brasil não tinha atribuições exclusivas de Corte Constitucional, exercendo, precipuamente, funções jurisdicionais de controle federativo.

Em resumo, ante a Emenda n. 16, de 1965, para além do controle político mantido na Constituição de 1946, o modelo de jurisdição constitucional passou a ser um sistema misto, integrado por três tipos ou modalidades de exercício:

- a) Controle difuso, incidental, interposto em caso concreto ante a alegação da inconstitucionalidade, como via de defesa ou de exceção, realizado por diversos órgãos jurisdicionais no âmbito da respectiva competência e em qualquer modalidade de processo ou ação, e decidido, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal por via do Recurso Extraordinário. A resolução do Senado Federal estendia, neste controle difuso, os efeitos da decisão do STF para todos;
- b) O controle para fins de intervenção nos Estados, proposto exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República;
- c) A jurisdição concentrada, direta e abstrata, de leis e atos normativos federais e estaduais, provocada pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal e que produzia efeitos contra todos.

A despeito do modelo híbrido apontado, nesta 4ª fase predomina o modelo difuso de controle de constitucionalidade. O modelo foi reforçado pela inserção, no Texto da Lei Maior, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 141, § 4º), como garantia de proteção dos direitos individuais, e dos remédios constitucionais (*habeas corpus*, manda-

do de segurança e ação popular, estes dois últimos reingressados no plano constitucional, conforme mencionado).

b') O controle de constitucionalidade no plano estadual

A Emenda Constitucional n. 16/65, retro citada, revolucionou o controle de constitucionalidade também no plano estadual.

Isto porque, no mesmo passo em que criou³², no plano federal, como sistema de defesa da Constituição Federal, o que hoje se denomina a «ação genérica de controle de constitucionalidade» (então sob o rótulo de representação, como visto), possibilitou, expressamente, no plano estadual, a criação, por lei, de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal conflitantes com a Constituição do Estado, ao introduzir no artigo 124, relativo à Justiça dos Estados, o inciso XIII, *verbis*:

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

Sinalizou o Legislador Constituinte Reformador, então, tendência de senão refutar ao menos dirimir polêmica sobre a existência de direito autônomo do Constituinte Estadual para criar modelo próprio de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos municipais; tal direito, relativamente ao controle de leis estaduais — omissos no texto constitucional — parece restar admitido pelo legislador reformador.

b) *O controle de constitucionalidade sob a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*

a') O controle de constitucionalidade no plano federal

No plano federal, os Textos Constitucionais supra referidos mantiveram praticamente sem alterações o «modelo» de jurisdição constitucional introduzido após a Emenda Constitucional 16/65.

³² O art. 59, § 1º, «a» e «b» dispunha sobre a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para julgar recursos do Tribunal Estadual quando questionada a validade ou a aplicação de tratado ou lei federal; ou quando o Tribunal Estadual considerasse válida lei ou ato do governo local contestada em face da Constituição ou de lei federal. O art. 60 determinava a competência dos juízes e tribunais federais para julgar causa fundada em disposição da Constituição Federal.

O controle político restou confirmado, com alteração relativa ao veto (cf. art. 62, §1º, CF. de 1967); o modelo jurisdicional difuso e o concentrado também foram mantidos.

De registrar que o uso da ação genérica, no período da vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1, de 1969 foi acentuado, particularmente no tocante ao controle da constitucionalidade das constituições estaduais. Isto especialmente porque tais textos constitucionais previam minuciosa disciplina da autonomia estadual o que reduzia, sob vários aspectos, o âmbito de atuação dos constituintes estaduais. Exemplo a ser mencionado é o dos art. 188 da Constituição de 1967 e artigo 200 da E.C. 1/69, que introduziram limites de fundo e de forma para a elaboração das constituições estaduais e que levaram o Supremo Tribunal a interpretar, de maneira bem restritiva, a autonomia dos entes federativos³³.

Pode-se afirmar, ainda, que graças à jurisprudência aos poucos construída pelo Supremo Tribunal Federal, sob a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.1/69, se acentua, também, a inspiração do modelo austríaco. Para exemplo, lembre-se o efeito *erga omnes* atribuído pelo STF às decisões proferidas na ação direta genérica.

b') O controle de constitucionalidade no plano estadual

Já no que respeita à jurisdição constitucional no plano estadual, afóra a manutenção de aspectos do controle político e do modelo jurisdicional difuso de controle de constitucionalidade, importante foi a inovação das Constituição de 1967 e Emenda n. 1, de 1969, ao suprimirem a referência, no seu Texto, à jurisdição concentrada genérica da lei ou ato municipal, conflitantes com a Constituição Estadual.

A doutrina, à época, interpretou tal omissão como tendência de o Constituinte reconhecer a competência autônoma de os Estados criarem seus sistemas de controle de constitucionalidade³⁴, faculdade da qual, no entretanto, os constituintes estaduais, de modo geral, não se utilizaram, exceção feita, por exemplo, às constituições: (a) do Estado de São Paulo de 13.5.1967 e à Emenda Constitucional n. 2, de 30/10/69, que expressamente consagraram, ao lado do modelo difuso de controle de constitucionalidade, o modelo jurisdicional concentrado, tanto das leis e atos estaduais, como o das leis e atos municipais ofensivos à Constituição Estadual (conforme estabeleciam seus artigos 50, parágrafo único e 53, inciso I, «e» e artigos 51 e 52, «e», respectivamente); (b) do Estado do Acre (artigos

³³ Cf. meu *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: RT, 1979, p. 157 e seguintes.

³⁴ Cf. meu *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo: RT, 1979, pp. 213-218.

48, §2º, 52, parágrafo único e 55); do Estado do Mato Grosso e do Espírito Santo, dentre outras³⁵. Este modelo, à semelhança do federal, consistia na instituição da ação direta genérica de controle de constitucionalidade, cujo objeto era as leis e atos normativos estaduais e municipais; tal jurisdição constitucional era exercida de modo concentrado e direto, perante o Tribunal de Justiça do Estado e mediante provocação de autoridade legitimada na Constituição Estadual.

Cabe observar, ainda, que inovação considerada promissora, no tocante ao sistema de defesa da Constituição Estadual foi a criação, pela Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 15, §3º, «d»), ao nível do Estado-Membro, como *prius* para a intervenção, da «representação interventiva», com a finalidade de assegurar a observância, pelos municípios, dos princípios da Constituição Estadual. Esta representação (verdadeira ação), tal como no plano federal, revelou-se, ainda que impropriamente, um instituto de jurisdição concentrada, direta, provocada somente perante o Tribunal de Justiça, por um único legitimado, o Chefe do Ministério Público Estadual.

Em resumo, no contexto das duas ordens constitucionais federais mencionadas e das respectivas constituições estaduais, no plano estadual consagrou-se, além de aspectos do controle político, o modelo jurisdicional misto: de um lado, o controle difuso; e de outro, a adoção do modelo jurisdicional concentrado, seja por via da representação interventiva, prevista pela Constituição Federal, seja pela ação direta genérica, não prevista no Texto da Lei Maior Federal, mas estabelecida expressamente na maioria das constituições estaduais, seguindo ambos, porém, as linhas gerais do modelo federal de controle jurisdicional.

E) 5.ª fase: Reafirmação do sistema jurisdicional misto, porém com acentuada tendência para o predomínio da jurisdição constitucional concentrada e a redução da aplicação do controle difuso, e adoção de um modelo político de controle de constitucionalidade reforçado

a) *O controle de constitucionalidade na Constituição de 5 de outubro de 1988*

A Constituição de 1988 inaugura a 5ª fase na evolução da jurisdição constitucional no Brasil, implantando, na sua versão originária, comple-

³⁵ Aliás, São Paulo (e outros Estados) foi mais longe e introduziu também a possibilidade do exercício da jurisdição constitucional direta e concentrada, pelo Tribunal de Justiça do Estado, de leis e atos municipais ofensivos à Constituição Federal. A questão gerou embates perante os tribunais e foi afinal decidida pelo Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional tal previsão pela Constituição de São Paulo.

mentada pela Emenda Constitucional n. 3/93, um modelo bastante completo e complexo de jurisdição constitucional para defesa do Texto de nossa Lei Maior.

Reproduzindo a doutrina imediatamente anterior, introduziu-lhe, não obstante, várias alterações e importantes inovações, particularmente no modelo da jurisdição constitucional concentrada, que, claramente configuraram um modelo misto, com reforçada jurisdição concentrada. As modificações e inovações se projetam tanto no plano federal, como no plano estadual.

a') O controle de constitucionalidade no plano federal

O controle político, embora usualmente preventivo, como visto nas constituições anteriores, na Constituição de 1988 se apresenta sob duas modalidades: o controle preventivo e o controle repressivo.

O controle preventivo se materializa no veto presidencial, via do qual o Presidente da República pode sustar a conversão de um projeto de lei em lei (art. 66, §1º), fundado em alegação de inconstitucionalidade. A sustação, todavia, não é definitiva, porquanto o veto pode ser derrubado pelo Congresso Nacional³⁶.

O controle político sucessivo ou *a posteriori* é viabilizado por um instituto novo no panorama constitucional. Uma espécie de «veto legislativo», introduzido pelo artigo 49, inciso V da Constituição, que prevê a competência de o Congresso Nacional «sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa». Também, aqui, não se trata de controle definitivo, ante a possibilidade de, sobre a «sustação», poder incidir o controle jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal, final guardião da Constituição³⁷; também poderia constituir exemplo dessa modalidade de controle a rejeição, pelo Congresso Nacional, de Medida Provisória, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade.

A jurisdição constitucional, que no Brasil é essencialmente repressiva, combina a inspiração dos dois modelos, americano e austríaco, já tantas vezes citados; de um lado, o controle difuso, *in casu, a posteriori*, incidental ou por via de exceção e, de outro, a jurisdição concentrada, abstrata, em tese.

³⁶ Também preventivo é o controle interno que a Comissão de Constituição de Justiça pode exercitar ao se manifestar contrariamente a um projeto de lei por motivo de inconstitucionalidade. Trata-se de controle não previsto expressamente na Constituição, mas estabelecido nos regimentos das Casas do Congresso.

³⁷ Sobre o assunto conferir meu *Conflito entre Poderes (O poder Congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo)*, São Paulo: RT, 1994.

No controle difuso, a arguição da inconstitucionalidade, que pode ser suscitada relativamente a todo e qualquer ato jurídico, é «provocada», pelo autor ou pelo réu, num caso concreto, seguindo a máxima *nemo iudex sine actore*. Trata-se de processo «subjetivo», no qual se deduz interesse jurídico das partes. Qualquer das partes pode invocar a questão da inconstitucionalidade, como questão prejudicial ou como via de defesa, em qualquer tipo ou modalidade de processo ou de ação. A questão da inconstitucionalidade também pode ser suscitada pelo Ministério Público (quando participa do feito), sendo certo que, ante esse sistema, também o juiz ou o Tribunal pode recusar a aplicação da lei que julgue inconstitucional, mesmo sem a provocação das partes. Julga a questão constitucional o juiz ou o Tribunal competente para a causa, sendo que qualquer Tribunal (inclusive o STF) somente pode decidir uma questão de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos votos de seus membros (art. 97, CF). Nos tribunais, o procedimento é disciplinado por normas específicas (cf., no Supremo Tribunal Federal, arts. 176 a 178 do Regimento Interno): afora isto, não há normas próprias sobre o procedimento relativo ao julgamento da questão de inconstitucionalidade, aplicando-se, por extensão, as normas da legislação processual relativa às demais questões prejudiciais.

A decisão definitiva sobre a inconstitucionalidade de qualquer ato jurídico, provocada no caso concreto, compete ao Supremo Tribunal Federal, via Recurso Extraordinário (CF, art. 102, III).

Sob a ordem implantada pela Constituição de 1988, na sua versão original, a natureza do ato inconstitucional e os efeitos da decisão de constitucionalidade seguiam o modelo da doutrina clássica até então predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: o STF decidia essencialmente motivado em fundamentos jurídicos; o ato inconstitucional era considerado nulo e sem nenhum efeito e a decisão proferida em Recurso Extraordinário tinha efeitos *inter partes* e *ex tunc*. Mantida a competência de o Senado Federal³⁸ suspender a execução, no todo ou em parte, de leis declaradas inconstitucionais em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (CF art. 52, X), a decisão do STF passava, a partir dessa Resolução, a ter efeitos *erga omnes*.

Cabe ressaltar que, no plano da jurisdição constitucional das liberdades, a Constituição de 1988 inova sensivelmente, introduzindo, para além dos institutos já existentes no sistema constitucional imediatamente ante-

³⁸ Ante a introdução da jurisdição concentrada no Brasil e muito particularmente com a Constituição de 1988, que reforça sobremaneira essa modalidade de defesa da constituição, e que confere à decisão do STF efeitos específicos, como se verá, reascende-se a polêmica em torno dessa atribuição do Senado Federal e dos efeitos que a Resolução por ele expedida produz. Parte da doutrina entende que tal atribuição deveria sair do cenário constitucional, de modo a atribuir-se às decisões do STF, em qualquer modalidade de controle, os mesmos efeitos.

rior, novos remédios constitucionais, dentre os quais releva salientar: o *habeas data* (CF art. 5, LXXII), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI)³⁹ e a ação popular (art. 5º, LXXIII) com diferente conotação, vez que passa a ser, também, instrumento de proteção de uma nova dimensão de direitos fundamentais, os chamados direitos de terceira geração (no caso, o direito ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural), além da ação civil pública, também garantia instrumental de direitos fundamentais (art. 129, III). Todos esses institutos, que compõem o quadro mais relevante da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais, se prestam ao exercício do controle de constitucionalidade pelo método difuso.

É, porém, na jurisdição constitucional concentrada, em tese e *in abstracto* que repercutem, com maior vigor, as alterações e inovações da Constituição de 1988 (com a Emenda n. 3/93).

Ainda que o Supremo Tribunal não tenha sido convertido em Corte Constitucional, consoante se pretendeu nos trabalhos constituintes, o fato é que, no papel de guardião da Constituição (CF art.102, *caput*), a jurisdição constitucional nele concentrada, com exclusividade, o faz, sob vários aspectos, assemelhado a um Tribunal Constitucional como o existente nos sistemas jurisdicionais europeus. A jurisdição constitucional concentrada reveste-se da natureza de controle repressivo, é viabilizada por via principal e direta, num processo objetivo; visa a preservação ou a reconstituição da ordem constitucional violada e é veiculada mediante cinco instrumentos, cada qual com objeto próprio, titulares legitimados restritos⁴⁰ e efeitos diferenciados, quais sejam: a ação direta (genérica) de inconstitucionalidade (CF art. 102, I, «a»); a ação direta interventiva (CF arts. 36, VII e 36, III); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF art. 103, § 2º); a ação declaratória de constitucionalidade (introduzida pela Emenda n. 3/93, CF art. 102, I, «a»); e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, §1º).

³⁹ O controle de constitucionalidade por omissão, no sistema introduzido pela Constituição de 1988, se faz também pelo mandado de injunção. Sem entrar na problemática e na polêmica que este instituto suscita, trata-se de controle *in casu*, concreto, em processo subjetivo e que, portanto, se insere no modelo difuso de controle, muito embora a Constituição Federal (e as constituições estaduais) designem determinadas autoridades para decidi-lo. Isto porque, como, no caso, o objeto do mandado de injunção é sanar a ausência de norma que esteja inviabilizando o exercício de um direito, sua propositura somente pode ser feita contra a autoridade competente para elaborá-la e perante o foro determinado pelo nível desta autoridade (Cf. arts. 102, I «q»; 105, I «h»,. 120, §4º, V etc.). A decisão proferida, segundo o STF, se aproximava, no tocante aos efeitos, da ADI por omissão.

⁴⁰ Nenhuma das modalidades de controle admite a legitimação universal ou atribuída a qualquer pessoa - *quisque de populo* - referida por CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional*, 3ª ed., 2ª reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 983.

Como se vê, dentre as ponderáveis inovações da Constituição, a primeira se deve à ampliação dos instrumentos de jurisdição constitucional concentrada, até então resumidos a duas modalidades, a ação direta genérica e a ação interventiva.

A ação direta de inconstitucionalidade, nome que assume a «representação de inconstitucionalidade» do sistema precedente, ressurgiu com significativa alteração. Ao monopólio da legitimação da ação pelo Procurador-Geral da República, tema de intensa polêmica durante o regime constitucional anterior, a Constituição de 1988 responde ampliando sobremaneira o direito de propositura da ação, ainda que mantida a legitimação daquele. Assim, nos termos do artigo 103 (redação originária), podem provocar a ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. É certo, convém observar, que esta ampla legitimação vem recebendo interpretação restritiva no Supremo Tribunal Federal que, por exemplo, exige a chamada «pertinência temática»⁴¹ para a propositura de ação de certos titulares, os quais têm de demonstrar interesse na ação, o que leva Clémerson Cléve a mencionar, em tom de crítica, que o Supremo Tribunal Federal acaba por distinguir o que denomina de «legitimados universais» dos «legitimados especiais»⁴². Indaga-se, mesmo, se diante de tal posição teria STF transformado essa jurisdição objetiva em controle subjetivo.

São submetidos ao controle de constitucionalidade, via ação direta, as leis e atos normativos federais e estaduais. Doutrina e jurisprudência se debruçam sobre o alcance dessa norma, e também aqui se nota a interpretação restritiva do STF, que além de manter a inaplicabilidade do controle direto sobre lei municipal, entende também não incidir este sobre atos anteriores à Constituição, sobre lei de efeitos concretos⁴³, sobre ato normativo regulamentar etc.⁴⁴

A natureza do ato inconstitucional e os efeitos das decisões proferidas nas ADIs previstas na redação originária da Constituição de 1988, com

⁴¹ Conferir, dentre outras, ADI 77, 159, 158, 1643. www.stf.gov.br/jurisprudencia acesso em 10/05/2008.

⁴² Cf. A *Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: RT, 1995, p. 122.

⁴³ Ver ADI 647/DF (Medida Liminar), Relator Ministro Moreira Alves.

⁴⁴ Cf. CLÉVE, CLÉMERTON, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: RT, 1995, p. 132 e segs. O reparo é necessário tendo-se em vista as inovações trazidas pela Lei 9.882/99, como se verá adiante.

exceções pontuais, continuaram, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a seguir a doutrina clássica: o ato inconstitucional é ato nulo e irritado⁴⁵ e a decisão, proferida em sede de controle concentrado, não revoga a lei mas retira-lhe a eficácia, porquanto tem efeitos *erga omnes*, desde que tomada pela maioria absoluta dos membros do STF, efeito este não previsto expressamente na Constituição — como seria aconselhável — mas que decorre de entendimento firmado pelo Supremo sob a vigência da Constituição anterior, sendo dispensada a sua remessa ao Senado Federal⁴⁶.

Relevante, para o exame do tema sob o enfoque dado neste trabalho, é mencionar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal admitir medidas liminares e ação cautelar neste contexto. Isto porque, a partir da concessão, pelo STF, de uma cautelar, por exemplo, se suspende a «eficácia» da lei ou ato questionado, e por óbvio, se paralisa todo o modelo difuso de controle.

Afora isto, é de se apontar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vertida nas ADIs, onde a adoção de novas técnicas de interpretação e de decisão demonstra a influência marcante do modelo europeu. Assim, dentre outras, a interpretação da lei conforme a Constituição, a declaração da inconstitucionalidade sem redução do texto, a adoção das chamadas «sentenças aditivas»⁴⁷.

Em resumo, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) foi largamente utilizada desde a Constituição de 1988, graças ao seu espectro amplo e abrangente⁴⁸ e sinalizou, inegavelmente, a tendência para a predominância da jurisdição constitucional concentrada no Brasil.

A outra modalidade de controle direto e concentrado é a ação interventiva, que segue, em linhas gerais, o que dispunham as constituições precedentes. *Prius* para a intervenção da União no ente federativo estadual, a Constituição atribui a titularidade para provocação exclusivamente ao Procurador-Geral da República, e define a competência concentrada e exclusiva do Supremo Tribunal Federal para julgá-la. A declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, possibilita a «suspensão» da execução de lei ou ato estadual, julgado inconstitucionais, pelo Presidente da República, com efeito geral e obrigatório, portanto, se tanto bastar para o restabe-

⁴⁵ Cf. VELOSO, ZENO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade* (Atualizado conforme as Leis 9.868, de 10/11/99 e 9.882, de 3/12/99). Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 184 e segts.

⁴⁶ Assim se procedeu desde a decisão tomada pelo STF em processo administrativo, em 1977. (Cf. *Revista de Informação Legislativa*, n. 57, 1978, p. 260, *apud* MORAES, ALEXANDRE, *Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 615). A atribuição de efeitos gerais e para todos em sede de controle direto é inspirada no modelo concentrado europeu.

⁴⁷ Cf. LEAL, ROGER STIEFELMANN, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87-90.

⁴⁸ De 1988 a esta data o número de ADIS ultrapassou a casa dos 4.000.

lecimento da normalidade constitucional no Estado federado. Cabe observar que esta modalidade de ação, amplamente utilizada quando instituída, perdeu sua receptividade ante a ação direta de inconstitucionalidade, de alcance muito mais largo e eficaz.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inspirada na Constituição Portuguesa de 1976, é outro instrumento que veio reforçar a jurisdição constitucional concentrada na Constituição de 1988.

O controle da inconstitucionalidade por omissão é um controle direto, genérico, que tem por objetivo examinar a omissão dos poderes e órgãos administrativos que deixam de criar normas ou praticar atos requeridos pela Constituição para sua efetiva aplicação. Prevista no art. 103, § 2º, o objeto dessa ADI é a «omissão» dos poderes federais ou estaduais obrigados, pela Constituição, a editar normas ou a praticar certos atos. Assim incide, em tese, sobre a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo federal e estadual ou mesmo do Poder Judiciário quando designado, pela Constituição, para elaborar ato normativo ou praticar ato que concretize a norma constitucional.

Os efeitos da decisão, nessa modalidade de controle, vêm definidos expressamente na Constituição, art. 103, § 2º: ciência ao poder competente, no caso de ausência de normas, e prática de ato, em trinta dias, em se tratando de órgão administrativo omissor. Ao Supremo Tribunal Federal cabe verificar e declarar, se for o caso, se ocorreu a omissão inconstitucional dos poderes, ou seja, atestar a inexistência da norma ou ato requeridos pela Constituição, para os efeitos fixados constitucionalmente, que são *erga omnes*. A decisão é declaratória⁴⁹.

O rol de legitimados, não expressamente definidos pela Constituição, é o definido pelo artigo 103, ou seja, o mesmo da ADI de inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, I, «a», retro examinada, assim admitido por interpretação analógica.

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no

⁴⁹ Na verdade, a decisão nesta ADI é meramente declaratória e muito pouco eficaz, já que o Judiciário não pode obrigar o Poder Legislativo a legislar e a Constituição não estabelece sanção para o descumprimento da decisão judicial. Em alguns casos, o STF tem ido mais longe e minorado os efeitos dessa ineficácia, fixando prazos para a emissão da legislação e atribuindo algumas conseqüências, beneficiando os destinatários da norma constitucional para o caso de a omissão permanecer. O mesmo tem ocorrido com o mandado de injunção, cujo objeto é semelhante ao da ADI por omissão (ausência de norma que viabilize o exercício de um direito ou liberdade constitucional). Em caso emblemático, o STF decidiu que se a norma faltante não fosse editada em prazo determinado, a parte, no MI, ficava desobrigada de pagar os impostos dispensados pela Constituição mediante lei, até então não editada. Ver, tb. ADI 3316/MT – Mato Grosso, julgamento em 09/05/2007, Relator Eros Grau In www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia, acesso em 31/05/2008, em que o STF referindo a MI conferiu prazo para o Congresso Nacional expedir lei regulamentando o § 4º do art. 18 da CF.

§ 1º do artigo 102 (dantes parágrafo único, alterada a numeração pela EC n. 3/93), designada pela sigla ADPF, consistia em atribuição originária do Supremo Tribunal Federal, cuja finalidade, o texto parecia indicar, seria coibir a violação a preceito fundamental, por ação ou omissão do poder público. Estabelecida em norma constitucional de eficácia limitada, dependente de lei para discipliná-la, na verdade permaneceu sem qualquer aplicação até dezembro de 1999, quando então foi regulada pela Lei 9.882/99.

A previsão desse instituto sempre intrigou os estudiosos e talvez, por esta razão, restou, por tão longo tempo – 11 anos - inerte no cenário constitucional. É que o texto oferece, realmente, dificuldades múltiplas para seu entendimento⁵⁰, sendo que muitas delas se vão refletir na regulamentação editada em 1999.

Um instrumento que verdadeiramente revolucionou o modelo jurisdicional de controle concentrado na Constituição de 1988, não apenas reforçando-o, mas lhe dando um caráter nitidamente distinto do até então adotado, foi a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, introduzida no artigo 102, I, «a», pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Tal Emenda, também, incluiu dois parágrafos no Texto Constitucional, um no artigo 102 e outro no artigo 103, dando a este instrumento uma disciplina minuciosa no que diz respeito aos efeitos da decisão, diferentemente do estabelecido para a ADI. Com efeito, aos artigos 102 e 103 foram introduzidos os seguintes parágrafos:

§ 2º (art. 102) – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

§ 3º (art. 103) – A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Para o que interessa ressaltar, nos limites deste texto, convém lembrar que a ADC inovou, de um lado, quanto à concepção da presunção da constitucionalidade da lei; de outro, ao atribuir, de modo expresso e no texto constitucional, «eficácia contra todos» e «efeitos vinculantes» a uma decisão do órgão supremo do Poder Judiciário no País, efeitos jamais atribuídos expressamente às decisões proferidas nos demais instrumentos de controle concentrado; e por fim, mas não menos relevante, ao conferir ao

⁵⁰ Cf. FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, «O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999)», *Revista Uniflío*, 4, Ano II, Janeiro de 2001, p. 71-85.

Supremo Tribunal Federal o papel de uma terceira Câmara (de função jurídica) do Legislativo, atribuindo-lhe, pois um papel nitidamente político, consoante registra Ferreira Filho⁵¹. Convenha-se que o caráter político das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em matéria de controle concentrado, já era por vezes ressaltado pelo próprio STF em sua jurisprudência; mas a disciplina da ADC parece deixá-lo explícito, na lição de Ferreira Filho, retro citada.

Incide a ADC tão somente sobre leis e atos normativos federais, e sua provocação, perante o Supremo Tribunal Federal era atribuída a apenas 4 titulados, como se vê no §3º retro transcrito.

Os instrumentos de controle retro analisados, e introduzidos pela Constituição de 1988, reforçam a jurisdição constitucional concentrada e reduzem a significação do controle de constitucionalidade difuso. Isto particularmente por «ampliar a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, e por permitir que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas». É o que salientam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes «já que toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias»⁵².

«A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual e a possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante a cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento de controle concentrado»⁵³.

Nesse sentido, pondera Roger Siefertmann Leal⁵⁴, fazendo referência a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que as cartas constitucionais para atenderem à concepção do Estado Social contemporâneo determinam «a inclusão de novas matérias no espectro constitucional, reflexo da pujança de novas correntes políticas» o que evidencia «a tendência contemporânea de «amplitude do «campo» constitucional»; isto é, as Constituições «modernas» não se «restringem mais à disciplina do poder político, mas buscam também regular relações econômicas e sociais». «Decorre daí a conclusão

⁵¹ Cf. FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, «O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999)», *Revista Unifio*, 4, Ano II, Janeiro de 2001, p. 79.

⁵² MARTINS, IVES GANDRA e MENDES, GILMAR FERREIRA, *Controle concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei 9868, de 10-11-99*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 63-63.

⁵³ MARTINS, IVES GANDRA e MENDES, GILMAR FERREIRA, *Controle concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei 9868, de 10-11-99*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64.

⁵⁴ O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva. 2006, pp. 78-79.

óbvia de que, em geral, para regular o econômico e o social, além do político, a Constituição conterà em seu texto um número substancialmente maior de comandos normativos, o que implica adensar o poder de controle daquele que exerce a jurisdição constitucional, na medida em que o parâmetro da atividade fiscalizatória se torna mais extenso». Tudo isso «contribui para o predomínio político da jurisdição constitucional».

Parece indiscutível, portanto, que a Constituição de 1988 inaugura uma nova fase da jurisdição constitucional no Brasil, demonstrando nítida tendência para a adoção preferencial do modelo jurisdicional de controle concentrado, com inegável restrição da amplitude do modelo difuso até então predominante no sistema constitucional brasileiro. A despeito dessas marcantes linhas, restava, ainda, no sistema constitucional, o chamado modelo misto de controle, pela convivência, por vezes conflitante, dos modelos jurisdicionais concentrado e difuso⁵⁵.

b') O controle de constitucionalidade no plano estadual

No plano estadual, afora o fato de a Constituição Federal impor bases para a adoção das modalidades de controle de constitucionalidade pelos constituintes estaduais, é de se ressaltar que as Constituições estaduais, em sua maioria, se limitam a transcrever, sem inovações ou até adaptações, o modelo federal de controle de constitucionalidade.

Assim, mantém-se o controle político pelo veto, total ou parcial, sempre motivado, do Governador do Estado, aposto a projetos de lei da Assembléia Legislativa considerados inconstitucionais e adota-se a modalidade de controle político repressivo mediante a «sustação», pelas Assembléias Legislativas, de atos normativos exorbitantes do poder regulamentar (como consta, por exemplo, na Constituição do Estado de São Paulo, art. 20, IX) ou da delegação legislativa, (nos Estados que adotaram a lei delegada, como por exemplo, a Constituição do Pará, art. 92, IX).

A jurisdição constitucional abrange o método difuso de controle (por imposição implícita e expressa da Constituição Federal, especialmente fundada no art. 5º, inciso XXV (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional), e nos artigos que disciplinam a competência do Supremo Tribunal Federal na via do Recurso Extraordinário); o método concentrado interventivo (CF, art. 35 e 36); e a jurisdição direta, genérica, também

⁵⁵ Contra, a manifestação de Sepúlveda Pertence em voto proferido na ADEC 1, que a despeito das inovações da ação declaratória entendeu «pela convivência dos dois sistemas na integralidade de suas características» *apud* IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei 9868, de 10-11-99*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 260.

por expressa disposição da Constituição Brasileira, §2º do artigo 125, *verbis*:

§ 2º Cabe aos Estados a instituição da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um só órgão.

O controle jurisdicional difuso se desenvolve nos moldes do modelo federal, alcançando todo e qualquer ato jurídico em conflito com a Constituição Estadual; pode ser suscitado em todo e qualquer tipo de processo. A decisão proferida tem efeitos para o caso concreto e opera *ex tunc*. A decisão definitiva sobre a constitucionalidade do ato questionado é decidida pelo Tribunal de Justiça do Estado, órgão de cúpula da Justiça Estadual. Os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, que formam o cerne da jurisdição constitucional das liberdades, também podem ser, nos Estados, veículos desse controle, na medida em que o ato questionado se inclua entre as competências estaduais fixadas e desenvolvidas pela Constituição Estadual.

Cabe ressaltar, por necessário, que sempre que a questão constitucional invocada perante a Constituição Estadual tiver por fundamento disposição reproduzida da Constituição Federal, a matéria poderá não ter solução definitiva no Tribunal de Justiça, devendo ser remetida ao Supremo Tribunal Federal. Se, de outro lado, sobre a mesma lei estadual forem impetradas duas ações de inconstitucionalidade, uma perante o Supremo Tribunal Federal e outra ajuizada ante o Tribunal de Justiça do Estado, entende o STF que esta última deverá ter o curso suspenso até o julgamento da anterior⁵⁶.

A decisão proferida, sempre pelo voto da maioria absoluta, pelo Tribunal de Justiça ou órgão designado pela Constituição Estadual, conforme estabelece, por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo em seu art. 90, § 6º. Quando se trata de decisão definitiva, é usualmente encaminhada à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal que, à semelhança de idêntica atribuição deferida ao Senado Federal, como visto, poderá suspender a execução da lei ou ato normativo impugnado (para exemplo veja-se a Constituição do Estado de São Paulo, art. 90, § 3º).

A jurisdição constitucional concentrada, no plano estadual, como se disse, envolve apenas a representação de inconstitucionalidade e a ação interventiva, tem assento constitucional federal, mas deve ser disciplinada, a partir daí, na Constituição do Estado. Inexistindo Poder Judiciário Mu-

⁵⁶ STF – Pleno – Medida Cautelar – Adin n.º 1423/SP. Relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45-684, *apud* ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, Décima Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 601, nota 1.

nicipal no Brasil, também não há, por decorrência, exercício de jurisdição constitucional no plano municipal, voltado para a defesa da Lei Orgânica Municipal⁵⁷.

De modo geral, as constituições estaduais adotaram a «representação de inconstitucionalidade» nos moldes federais, abrindo espaço para a ação direta genérica e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade pode alcançar, assim, tanto o ato inconstitucional como a omissão inconstitucional, e a legitimação, em ambos os casos é atribuída, em sua maioria, ao mesmo rol de legitimados do plano central, com as adaptações correlatas para o plano estadual: Mesa da Assembléia Legislativa, Governador do Estado, Mesa da Câmara Municipal, Prefeito Municipal, Partido Político com representação na Assembléia Legislativa ou na Câmara Municipal, Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, organizações sindicais e de classe de âmbito estadual.

Os efeitos da decisão e a natureza do ato inconstitucional acompanham o modelo federal.

A ação interventiva, também assentada na Constituição Federal, destina-se a viabilizar a intervenção do Estado no Município, quando este pratica ato ofensivo aos princípios constitucionais estabelecidos na Constituição Estadual. De observar que nem todas as constituições de Estado fixam rol de princípios constitucionais de observância obrigatória pelos municípios e que embasavam a ação interventiva. A ação interventiva ainda tem razoável uso no plano estadual, embora também minimizado pela adoção da ação direta de inconstitucionalidade, de alcance mais amplo e abrangente. O órgão competente para julgá-la é o Tribunal de Justiça do Estado e a provocação somente pode ser postulada pelo Chefe do Ministério Público Estadual (art. 129, V. CF.). Declarada a inconstitucionalidade do ato questionado, caberá ao Governador do Estado suspender sua execução, se isto bastar para restabelecer a normalidade constitucional (art. 36, § 3º, CF).

De modo geral, as constituições estaduais não introduziram a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Esta matéria, ainda problematizada pela doutrina, carece de conformação definitiva.

Em resumo, no plano estadual, o sistema misto de jurisdição constitucional tem raízes mais fortes, principalmente pela inexistência dos demais instrumentos de jurisdição constitucional concentrada que, como visto, reforçam-no; é certo, todavia, que a ação direta de inconstitucionalidade vem, cada vez mais, ganhando espaço nos embates forenses, com as peculiaridades apontadas no seu uso no âmbito federal.

⁵⁷ Entende o Poder Judiciário que o controle possível, nesse caso, é o controle de legalidade.

F) 6ª fase: Profunda modificação na jurisdição constitucional no Brasil, com nítida prevalência do modelo jurisdicional concentrado e significativa minimização do controle difuso, e manutenção de aspectos do controle político de constitucionalidade

Esta fase tem como instrumentos condutores a legislação ordinária – Leis 9.968, de 10 de novembro de 1999 e 9.882, de 3 de dezembro de 1999 e, de modo especial, a Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, que versou sobre a «Reforma do Judiciário».

a) *A Lei 9.968, de 10 de novembro e a Lei 9882, de 3 de dezembro de 1999 e a profunda modificação na jurisdição constitucional no Brasil*

Poder-se-ia, a rigor, entender que as leis acima mencionadas, editadas na vigência da Constituição de 1988, e após cerca de onze anos de sua promulgação, destinadas, uma a regular o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, e outra a disciplinar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, integrariam a fase precedente, o que talvez não justificasse, a partir delas, dimensionar novo modelo de jurisdição constitucional no Brasil.

Contudo, o modelo de jurisdição constitucional no País sofreu profundas alterações a partir dessas Leis e muito particularmente da Lei 9.882/99, pelo que se impõe considerar a possibilidade de estarmos diante de um novo modelo de jurisdição constitucional.

Esse novo modelo é reafirmado pela promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que, além de dar respaldo constitucional a providências normativas das leis referidas, trouxe significativas e inegáveis alterações na matéria.

Não cabe, nos estritos termos desta exposição, entrar no mérito da discussão em torno da constitucionalidade de ambas as leis, questão constitucional que permeou a doutrina e foi posta ante o Supremo Tribunal Federal; deixa-se de lado, também, o exame da rica problemática suscitada pelas citadas leis⁵⁸. Para o que interessa, no momento, é possível apontar quatro aspectos, introduzidos por tais leis, que modificam a jurisdição constitucional no Brasil em pontos essenciais, predominantes até então: (a)

⁵⁸ Cf., para exame dessa matéria: MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA e MENDES, GILMAR FERREIRA, *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9868*, de 10-11-99, São Paulo: Saraiva, 2001; TAVARES, ANDRÉ RAMOS e ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS (organizadores), *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99*, São Paulo: Editora Atlas, 2001.

a natureza do ato inconstitucional; (b) a natureza da função exercida pelo Supremo Tribunal Federal (c) a caracterização e (d) a sobrevivência do modelo difuso de constitucionalidade. Os dois primeiros pontos decorrentes tanto da Lei 9.868/99 como da Lei 9.882/99 e os demais resultantes da Lei 9.882/99 e da EC 45/2004.

De início, cabe ressaltar que o entendimento da doutrina e da jurisprudência brasileiras quanto à natureza do ato inconstitucional - ato nulo e insuscetível de produzir quaisquer efeitos - é afetado pelos artigos 27 da Lei 9868/99 e 11 da Lei 9882/99.

Dispõem citados artigos:

Art. 27 (Lei 9.868) – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11 (Lei 9.882) – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (g.n)

A conclusão ante as disposições grifadas parece não ensejar dúvidas.

Por primeiro, o ato declarado inconstitucional, no Brasil, está, presentemente, sujeito à modulação de seus efeitos: produz efeitos e poderá continuar a produzi-los, até permanentemente, se assim decidir o Supremo Tribunal Federal. E tal declaração atinge a jurisdição concentrada, veiculada pela ação direta de inconstitucionalidade (ADI), pela ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e pela argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) que, também, desponta como modalidade de jurisdição concentrada. Mas atingirá, também, a jurisdição difusa, no caso concreto, vez que a ADPF será intentada em caso concreto que, como se verá, restará suspenso, até a decisão do STF, sobre a questão constitucional.

Ora, diante de decisão jurisprudencial proferida com tais contornos, como entender o princípio da supremacia constitucional, do qual decorria, no modelo até então adotado pelo Brasil, a nulidade do ato inconstitucional ofensivo à Constituição? Onde fica a rigidez da Constituição, especialmente diante de legislação ordinária? Onde fica a segurança jurídica com relação a direitos violados por ato inconstitucional e que não serão

reconstituídos ante tais normas? Qual a finalidade da jurisdição constitucional, nestes moldes, já que não assegura a intangibilidade da norma constitucional? E como entender-se que efeitos semelhantes possam ser produzidos no sistema por meio da via legislativa que altera, neste sentido, profundamente, a noção e a interpretação da Lei Fundamental no Brasil?

É certo que a modulação de efeitos de decisões proferidas em jurisdição constitucional concentrada é prerrogativa dessa modalidade de controle que, neste particular, segue as considerações do modelo kelseniano de jurisdição constitucional⁵⁹. Assim, para exemplo, a Constituição Portuguesa (art. 282, n. 4) que, ao que parece, na linha dos modelos europeus de jurisdição constitucional adota o entendimento de Kelsen, autorizando que o Tribunal Constitucional de alcance mais restrito às declarações de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevância. Daí as decisões do Tribunal Constitucional Português poder ter eficácia *ex nunc* ou mesmo efeitos prospectivos. Mas a adoção dessa tese altera a posição clássica quanto à natureza do ato inconstitucional, adotado no Brasil. Anota-se, ainda, que aumenta a perplexidade em nosso sistema em razão de essa mudança decorrer de «lei ordinária», cuja constitucionalidade, neste aspecto é questionável, já que introduz normas relativas à decisão do Supremo Tribunal Federal, matéria que, necessariamente, deveria ter sede constitucional⁶⁰.

De outro lado, ante os mencionados textos, na parte grifada, modifica-se também a função do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional nos modelos difuso ou concentrado. Até então, o Supremo Tribunal Federal, como cúpula do Poder Judiciário, decidia a questão da constitucionalidade das leis e atos jurídicos essencialmente por critérios jurídicos, de modo a fazer prevalecer o Texto Constitucional, sem ultrapassar sua função de poder constituído, ainda que não se negasse sua posição de Poder Político. Com o advento dos citados dispositivos legais, abre-se espaço para o Supremo Tribunal Federal decidir uma questão de constitucionalidade por razões de ordem política, de conveniência política, colocando-se, neste ponto, ao lado do constituinte originário; isto porque, ao decidir uma questão constitucional, poderá emprestar ao constituinte vontade e determinação não expressas no texto constitucional, provocando

⁵⁹ Ver LEAL, ROGER SITEIFELMANN, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94-95.

⁶⁰ No mesmo sentido, ver FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, «O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999)», *Revista Unifão*, 4, Ano II, Janeiro de 2001, p. 80. Em sentido contrário ver IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, in ob. cit, comentários à Lei 9868.

verdadeiramente a chamada «mutação inconstitucional» ou um processo informal de mudança da Constituição⁶¹.

Isso mesmo ressalta Ferreira Filho. Demonstra o constitucionalista que, a partir dos textos legais citados, se pretende que o Supremo Tribunal Federal atue como órgão político, julgando sob motivação de relevante interesse social; vale dizer, apreciando a ação (no caso, tanto a ação direta de inconstitucionalidade como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental) por razões de conveniência e oportunidade⁶², apreciação de mérito, apreciação nitidamente política, reforçada pela exigência do quorum qualificado de dois terços de votos dos membros do STF.

Outro ponto relevante para o que interessa ao tema em exame diz respeito aos efeitos da decisão da questão constitucional na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória (art. 28, parágrafo único) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art.10, § 3º). Dispõem citados dispositivos;

Art. 28 Parágrafo único (Lei 9868) – A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal

Art. 8º. § 3º (Lei 9.882) – A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

A consequência do efeito vinculante, particularmente na ADI e na ADPF, com relação à jurisdição constitucional concreta é evidente e radical.

Isto porquanto, de um lado, como já se viu, a Constituição brasileira é uma Constituição analítica, abrange praticamente todas as questões que regem a vida política, econômica e social do País; e de outro, em razão da amplitude dos legitimados para proporem os diferentes tipos de ação direta (especialmente a ADI, de espectro amplo e genérico). Esses fatos abrem espaço para o uso cada vez mais crescente dos instrumentos de ju-

⁶¹ Cf., dentre outros, meu *Processos Informais de Mudança da Constituição – Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, São Paulo: Max Limonad, 1986; também PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol IV, Madrid: Tecnos, 1984, p.137-223.

⁶² Ver FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, «O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999)», *Revista Unifio*, 4, Ano II, Janeiro de 2001, p. 80. Em sentido contrário ver IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9868 de 10/11.77*, São Paulo: Saraiva, 2001.

risdição concentrada, mais céleres e que resolvem a questão constitucional com maior rapidez e definitivamente. Assim, praticamente tudo passa pelo crivo da jurisdição constitucional concentrada. Diante disto, tende a ine-gável redução o modelo difuso de controle de constitucionalidade, ou seja: a possibilidade de o juiz ou o Tribunal, no caso concreto, examinar uma controvérsia constitucional, considerar o ato questionado por inconstitu-cionalidade, afastar sua aplicação e dar à sua decisão efeitos entre as par-tes e *ex tunc*. O juiz ou o Tribunal, ao se defrontarem no processo com uma questão constitucional já decidida pelo STF, sobre ela não se poderá debruçar. Há de aplicar, para tanto, a decisão do STF, restando-lhe exami-nar o feito apenas quanto ao mérito. Somente remanescerão, para exame, no modelo difuso, e durante ainda algum tempo (?), questões constitu-cionais de aplicação muito estreita e que ainda não foram objeto de decisão pelo STF.

Assim: (a) a ampla legitimação, a presteza e a celeridade desses mo-delos processuais constitucionais e a atribuição de efeito vinculante às decisões neles proferidas; (b) e, ainda, a possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante a cau-telar ou liminar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, pela utilização dos instrumentos de jurisdição concentrada: ADI, ADC, ADPF. Como decorrência, suprime-se ou ao me-nos se reduz de modo significativo a utilização do modelo difuso de con-trole de constitucionalidade, embora ainda resguardado no Texto da Lei Maior.

É, contudo, na disciplina legal da arguição de descumprimento de pre-ceito fundamental, prevista no §1º do artigo 102, que se vai encontrar a efetiva redução – ou mesmo remodelação - do modelo difuso de controle de constitucionalidade no Brasil. Convém transcrever o texto dos artigos 1º e 2º e §3º do art. 5º da citada lei para compreender-se o assunto.

Art. 1º – A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Fe-deral será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por ob-jeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único – Caberá também a arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

.....

Art. 2º – Podem propor arguição de descumprimento de preceito fun-damental:

I – Os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

II – (vetado)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

.....

Art. 5º – O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

.....

§ 3º – A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. (g.n.)

Mostram os artigos citados que é possível vislumbrar-se duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma, provocada diretamente pelos legitimados para a ação direta e dirigida ao STF com a finalidade de «evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público» (art. 1º, *caput*); outra, interposta num processo concreto (próprio do modelo difuso de controle), quando a controvérsia constitucional aí instaurada for relevante, controvérsia esta que pode alcançar a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Convenha-se: este exatamente o objeto do controle difuso de constitucionalidade que, como se viu, no caso concreto, abrange todo e qualquer ato jurídico, inclusive os anteriores à Constituição⁶³.

Sem nos determos em discussões paralelas, de relevante importância, basta, tendo em vista o escopo desse trabalho, acentuar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, na segunda modalidade prevista no § 1º, acima transcrito, incide sobre o modelo difuso de controle, paralisa-o e determina a subida dos autos ao Supremo Tribunal Federal que poderá, em medida liminar, determinar a «suspensão do andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente da coisa julgada» (art. 4º, § 3º). A decisão, proferida *in abstracto* e em tese, sobre a questão constitucional, deverá ser tomada, se presentes na sessão pelo menos dois

⁶³ Recorde-se que, pela jurisprudência do Supremo Tribunal, atos municipais e atos anteriores à Constituição não eram admitidos como passíveis de controle concentrado. Assim, e por lei, altera-se jurisprudência iterativa do STF, ponto que também constitui aspecto a realçar estarmos diante de um modelo novo de controle de constitucionalidade, instaurado mediante norma infraconstitucional.

terços dos Ministros (art. 8º); será comunicada aos órgãos competentes pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art. 10); e terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, §3º).

Mais não é preciso acentuar. O controle difuso, ante a ação de descumprimento de preceito fundamental, assume nova conotação; assim terá efeito semelhante ao da jurisdição concentrada. E assim ocorre porque, ainda que trate de caso veiculado num processo concreto, o juiz deve paralisar a ação e determinar sua remessa à Corte Constitucional sempre que se deffrontar com questão de constitucionalidade controvertida. Tal conclusão inverte o sistema do controle difuso, impedindo o juiz ou tribunal de examinar matéria constitucional, que passa a ser de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal, em missão assemelhada à de um Tribunal Constitucional.

Assim, o modelo difuso, no Brasil, não mais pode ser definido como a faculdade de todo e qualquer juiz ou tribunal decidir, em todo e qualquer processo, uma questão constitucional. É que, incidindo a ADPF⁶⁴, deverá cada qual, necessariamente, paralisar o feito e somente decidir-lhe o mérito, após a decisão sobre a questão constitucional proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A esta decisão, de efeitos *erga omnes* e vinculantes, estará ele vinculado por determinação legal.

Outros pontos poderiam ser mencionados a propósito das citadas leis e sua projeção no modelo de jurisdição constitucional no Brasil. Mas os indicados demonstram, à evidência, que o Brasil, diante da aplicação das leis em questão, apresenta um novo modelo de controle de constitucionalidade, com nítida predominância do sistema jurisdicional concentrado, ainda que sem Corte Constitucional propriamente, com significativo reducionismo do modelo difuso, de influência norte-americana, e do qual restariam, em efetiva aplicação, apenas aspectos ou «resquícios» do modelo instalado na Constituição.

A Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, conhecida como a «Reforma do Judiciário», além de normatizar certas inovações introduzidas pelas leis citadas, dando-lhes, portanto, respaldo constitucional, estabeleceu outras disposições relevantes para o tema em exame.

Dentre essas merecem ser citadas:

- (a) a alteração dos legitimados para a ação declaratória, que passam a ser os mesmos previstos para a ação direta genérica (art. 103, com nova redação);

⁶⁴ Até o momento foram propostas cerca de 100 ADPFs. www.stf.gov.br/jurisprudencia/portal acesso em 02/06/2008.

- (b) a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, federal, estadual e municipal às decisões definitivas de mérito proferidas na ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (art. 102, §2º);
- (c) a adoção da súmula vinculante no modelo difuso de jurisdição constitucional (art. 103-A). Convém transcrever o *caput* e o § 2º deste artigo:

Art. 103-A – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos 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, bem como procederá à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 2º – Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (n. g.)

- (d) a introdução da chamada «repercussão geral» para a admissibilidade do recurso extraordinário, no sistema de jurisdição difuso (art. 102, §3º), que dispõe:

§ 3º – No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral⁶⁵ 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.

A previsão constitucional da eficácia *erga omnes* e dos efeitos vinculantes às decisões proferidas na ADI e na ADC inova, no plano constitucional relativamente à primeira, e confirma os efeitos legais para ambas previstos na legislação infraconstitucional citada

A introdução da súmula vinculante, louvada por muitos em razão ser uma fórmula tendente a concretizar o princípio da celeridade, incluído como um dos direitos fundamentais no artigo 5º, inciso LXXVIII, também pela EC 45/004, mas criticada por outros tantos em razão de limitar o

⁶⁵ O instituto da Repercussão Geral foi regulado pela Lei 11.418, de 19/12/2006. Em estudo elaborado pelo STF em maio de 2008 tramitavam no Supremo 60.614 Recursos Extraordinários, 3.667 com preliminar de Repercussão Geral e 56.947 sem preliminar de Repercussão Geral. Ver no site: www.stf.gov.br/portal/cms/vertexto.as?serviço=jurisprudenciaRepercussaoGe acesso em 01/06/2008.

exame de questões constitucionais por juízes e tribunais, trouxe, como é óbvio, inegável alteração à jurisdição constitucional difusa. Juizes e Tribunais estarão adstritos à decisão do Supremo Tribunal Federal veiculada por súmula vinculante, não mais lhes sendo facultado o exame de questões constitucionais na matéria objeto de súmulas vinculantes⁶⁶.

De outra sorte, a exigência de demonstração de «Repercussão Geral» em recurso extraordinário, veículo que conduz uma questão constitucional pré-questionada em um caso concreto até o Supremo Tribunal Federal e, em que se discute um direito subjetivo das partes, modifica, substancialmente, a eficácia e o alcance desse modelo de proteção dos direitos fundamentais. Um direito próprio, subjetivo, particular, que foi ferido por ato inconstitucional, e que não tenha seus efeitos estendidos a outros vale dizer, que não tenha projeção social, econômica ou política além do direito do postulante, não mais terá a proteção da mais alta Corte do País. Se, de um lado, a medida se propõe reduzir⁶⁷ o número de processos a serem examinados pelo Supremo Tribunal Federal — que, diga-se de passagem, é realmente numeroso — de outro lado deixa sem proteção, pelo guardião da Constituição, um direito próprio lesado que encontrava, democraticamente, no modelo difuso, uma proteção reforçada pelo recurso extraordinário.

4. CONCLUSÃO

Ao estudioso da matéria não podem passar despercebidas e desavisadas as profundas inovações que, passo a passo, foram sendo introduzidas na jurisdição constitucional no Brasil e que culminaram, com a Constituição

⁶⁶ Até o presente foram expedidas pelo Supremo Tribunal Federal seis súmulas vinculantes. Dentre os assuntos objeto de súmula, corriqueiros embora, mas que segundo o STF irá desafogar significativamente o Poder Judiciário destacam-se: a desnecessidade de advogados em processos administrativos disciplinares do funcionalismo público, matéria que segundo esclarecimento do Ministro Gilmar Mendes tramitava em milhares de ações perante as diferentes instâncias do Judiciário; a impossibilidade de utilização do salário mínimo como indexador para o cálculo de adicional de insalubridade para servidores públicos ou funcionários de empresas privadas; o soldo dos recrutas convocados para serviço militar não pode ser inferior ao salário mínimo; a proibição de os Estados legislar sobre consórcios, sorteios e jogos, inclusive loterias e bingos; outra súmula diz respeito a milhares de ações impetradas pelo funcionalismo contra a decisão do Tribunal de Contas da União sobre o corte de adicionais salariais, especialmente de aposentados, sem que os servidores fossem chamados a se manifestar. A súmula reconheceu que cada servidor tem direito de ser ouvido. (Notícias e Informações em O Estado de São Paulo de 14/05/2008.

⁶⁷ Ver a esse respeito, sob o título «A pretensa redução do número de processos» observação de ROGER S. LEAL, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179 e seguintes. Mostra o autor que o efeito vinculante não reduziu processos na Alemanha, na Espanha e no Brasil.

de 1988, com as Leis 9.868/99 e 9.882/99 e as Emendas Constitucionais 03/1993 e 45/2004.

Em conformidade com citados textos constitucionais e legais revela-se a adoção predominante da jurisdição constitucional concentrada entre nós. A despeito da previsão constitucional do modelo difuso, este tende, senão a desaparecer pelo menos a uma redução inegável.

A ser mantido o novo modelo de controle, será necessária, por certo, conformação constitucional definitiva dos instrumentos de que se utiliza e do papel que nele tem o Poder Judiciário em geral.

O novo modelo deverá ter repercussões no plano estadual, no qual, embora ainda não adotadas a ação declaratória de constitucionalidade e a ADPF, tem lugar, com a mesma amplitude verificada no âmbito federal, a ação direta de inconstitucionalidade. Também neste campo, a tendência será senão a extinção, ao menos a significativa moderação em de sua aplicação.

Isto tudo parece suficiente para questionar-se se o Brasil vivencia, presentemente, um novo modelo de jurisdição constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio: *O Controle Jurisdicional das Leis* (atualizado por José Aguiar Dias), 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE: *História Constitucional do Brasil*. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CANOTILHO, Joaquim J. Gomes: *Direito Constitucional*, 3ª ed., 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CLÉVE, Clémerson Merlin: *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha: «Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade», In São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, v. 34, Dez. 1990, pp. 27-44.
- : «A Constituição de 1934» In obra coletiva: *As Constituições Brasileiras – Análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, p. 25-41.
- : *Conflito entre Poderes (O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- : *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- FERREIRA FILHO: *Curso de Direito Constitucional*. 31ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- : «O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis 9.868, de 10 de novembro de 1999 e n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999)», *Revista Unifão*, 4, Ano II, Janeiro de 2001.
- HORTA, Raul: *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- LEAL, Roger Stiefelmann: *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira: *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei 9868, de 10-11-99*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II (Introdução à Teoria da Constituição), 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.
- MORAES, Alexandre: *Direito Constitucional*, 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- MOREIRA ALVES: «Evolução do controle de Constitucionalidade no Brasil. In *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1997.
- POLETTI, Ronaldo: *Controle de Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SEGADO, Francisco Fernandez: *El Sistema constitucional español*. Madrid: Dyckinson, 1992.
- TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores): *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- VELOSO, Zeno: *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade (atualizado conforme as Leis 9.868, de 10/11/99 e 9.882, de 3/12/99)*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VERDÚ, Pablo Lucas: *Curso de Derecho Político*, vol. IV. Madrid: Tecnos, 1984.