

# Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei

GILMAR FERREIRA MENDES

## SUMÁRIO

*1. Considerações preliminares: A Constituição imperial. 2. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891. 3. A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade. 4. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937. 5. A Constituição de 1946 e o sistema de controle de constitucionalidade. 6. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/1969. 7. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. 8. A Emenda Constitucional n.º 3, de 1993: A ação declaratória de constitucionalidade. 9. Conclusão.*

### *1. Considerações preliminares: a Constituição imperial*

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n.ºs 8.º e 9.º).

Nessa linha de raciocínio, o insigne Pimenta Bueno lecionava, com segurança, que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante:

“Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.

Gilmar Ferreira Mendes é Procurador da República. Professor da UnB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster (RFA)

Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurista formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas quer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório.

Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela<sup>1</sup>.

Era a consagração de dogma da soberania do Parlamento.

Por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado o elevado mister de velar para "a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes" (art. 98). "É a faculdade (...) - dizia Pimenta Bueno - de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente como outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão (...)"<sup>2</sup>.

Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Brasília, Senado Federal, 1978, p. 69.

<sup>2</sup> PIMENTA BUENO, op. cit., p. 203.

<sup>3</sup> Cf., a propósito, LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, pp. 27-8; BARBI, Celso Agrícola, *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*, RDP, I (4):36; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Teoria das Constituições rígidas*, 2.ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980, p. 155.

## 2. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do Direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1.º, *a e b*).

O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu, no seu art. 3.º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. "Esse dispositivo (...) - afirma Agrícola Barbi - consagra o sistema de controle por via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação de parte"<sup>4</sup>. Estabelecia-se assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9.º, parágrafo único, *a e b*, do Decreto n.º 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1.º, *a e b*).

Não obstante a clareza dos preceitos, impediu alguma perplexidade diante da inovação. E o gênio de Rui destacou, com peculiar proficiência, a amplitude do instituto adotado pelo regime republicano, como se vê na seguinte passagem de seu magnífico trabalho elaborado em 1893:

"O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, sec. 2.ª, cujo teor reza assim: 'O Poder Judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'."

<sup>4</sup> BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 37; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., p. 156.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que

'Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, *a*)';

como, ainda, que 'Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1.º, *a*)'.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito<sup>5</sup>.

A Lei de n.º 221, de 20 de novembro de 1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade, consagrando no art. 13, § 10, a seguinte cláusula:

"Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as

<sup>5</sup> RUI BARBOSA, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1962, pp. 54-5.

leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição."

Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu a algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*. "Os tribunais - dizia Rui - não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...)"<sup>6</sup>. E, sintetizava, ressaltando que a *judicial review* "é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação"<sup>7</sup>.

## 3. A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, *b e c*, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179)<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> RUI BARBOSA, op. cit., p. 83.

<sup>7</sup> RUI BARBOSA, op. cit., p. 83.

<sup>8</sup> MANGABEIRA, João, *Em torno da Constituição*, São Paulo, Ed. Nacional, 1934, pp. 115-7; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., pp. 159-65. Cumpre notar que o anteprojeto continha, no art. 57, a seguinte regra: "Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus ministros. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou ato do Presidente da República. Sempre que qualquer Tribunal não aplicar uma lei federal ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal. Julgado inconstitucional qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do liti-

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário", emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96)<sup>9</sup>.

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à "declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal", tal como a denominou Bandeira de Mello<sup>10</sup>, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7, I, *a a h*, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3.º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2.º). Assinale-se, por oportuno, que, na Assembléia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, § 2.º, a expressão "tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade" por "tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a inconstitucionalidade"<sup>11</sup>.

Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual<sup>12</sup>. Advirta-se, po-

gante vitorioso, o remédio judiciário instituído para a garantia de todo direito certo e incontestável". Tal disposição acabaria por consolidar, entre nós, um modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Não prevaleceu, todavia, essa orientação, predominando o entendimento que assegura o poder de *inaplicar* a lei tanto ao juiz singular quanto aos tribunais. Anote-se, ademais, que a cláusula inicial importava na *constitucionalização* dos preceitos aplicados há mais de cinco anos.

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., p. 170; ARAÚJO CASTRO, *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1935, pp. 246-7.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 170.

<sup>11</sup> ARAÚJO CASTRO, op. cit., pp. 107-8.

<sup>12</sup> CALMON, Pedro, *Intervenção federal*, o art. 12 da Constituição de 1934, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1936, p. 109.

rém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico<sup>13</sup>.

Não obstante a breve vigência do Texto Magno, ceifado pelas vicissitudes políticas que marcaram aquele momento histórico, não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito brasileiro<sup>14</sup>.

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que "é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas".

Manifesta-se digna de menção a competência atribuída ao Senado Federal para "examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais" (art. 91, II). Em escólio ao art. 91, II, da Constituição de 1934, Pontes de Miranda destacava que "tal atribuição outorgava ao Senado Federal um pouco função de Alta Corte Constitucional (...)"<sup>15</sup>. A disposição não foi incorporada, todavia, pelas Constituições que sucederam ao Texto Magno de 1934.

Finalmente, afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referat* de Kelsen sobre a essência e o desen-

<sup>13</sup> MIRANDA, Pontes de, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1938, v. 1, p. 364.

<sup>14</sup> POLETTI, Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 93. Afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentada proposta de instituição de um Tribunal especial, dotado de competência para apreciar questões constitucionais suscitadas no curso dos processos ordinários, bem como para julgar pedido de argüição de inconstitucionalidade formulado por "qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto (...)". O projeto de autoria do Deputado Nilo Alvarenga criava uma Corte Constitucional, inspirada na proposta de Kelsen, e confiava a sua provocação a qualquer sujeito de direito (cf. Ana Valderes Ayres Neves de Alencar, A Competência do Senado Federal para Suspender a Execução dos Atos Declarados Inconstitucionais, *Revista de Informação Legislativa*, 15(57):237-45).

<sup>15</sup> MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 770.

volvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*)<sup>16</sup>.

#### 4. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937

A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b e c*), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituiu-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição<sup>17</sup>.

É bem verdade que o novo instituto não colheu manifestações unânimes de repulsa. Cândido Mota Filho, por exemplo, saudava a inovação, ressaltando que:

"A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despedido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua *Teoria de la política*, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucio-

<sup>16</sup> Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20.12.1933, in: *Anaes da Assembléia Constituinte*, Rio de Janeiro, 1935, pp. 33-35.

<sup>17</sup> BASTOS, Celso, *Curso de direito constitucional*, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 63; cf., Francisco Luiz da Silva Campos, Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro, *RF*, 73:246-9.

nalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais"<sup>18</sup>.

No mesmo sentido, pronunciaram-se Francisco Campos<sup>19</sup>, Alfredo Buzaid<sup>20</sup> e Genésio de Almeida Moura<sup>21</sup>.

Impende assinalar que, do ponto de vista doutrinário, a inovação parecia despida de significado, uma vez que, como assinalou Castro Nunes, "podendo ser emendada a Constituição pelo voto da maioria nas duas Casas do Parlamento (art. 174), estaria ao alcance deste elidir, por emenda constitucional, votada como qualquer lei ordinária, a controvérsia sobre a lei que se houvesse por indispensável"<sup>22</sup>. Mas, em verdade, buscava-se, a um só tempo, "validar a lei e cassar os julgados"<sup>23</sup>.

Todavia, quando em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n.º 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a reação nos meios judiciários foi intensa<sup>24</sup>. Considerou Lúcio Bittencourt que as críticas ao ato presidencial não tinham procedência, porque, no seu entendimento, o Presidente nada mais fizera do que "cumprir, como era de seu dever, o prescrito no art. 96 da Carta Constitucional"<sup>25</sup>. Concede, porém, o insigne publicista que a celeuma suscitada nas oportunidades em que atos judiciais foram desautorizados, entre nós, "está a demonstrar como se encontra arraigado em nosso pensamento jurídico o princípio que confere à declaração judicial caráter incontestável, em relação ao caso concreto"<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> MOTTA FILHO, Cândido, A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil, *RF*, 86:277.

<sup>19</sup> Op. cit., pp. 246 e s.

<sup>20</sup> Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 32.

<sup>21</sup> Inconstitucionalidade das leis, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 37:161.

<sup>22</sup> CASTRO NUNES, José de, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 593, nota 25.

<sup>23</sup> NUNES, op. cit., p. 593, nota 25.

<sup>24</sup> BITTENCOURT, op. cit., pp. 139-40.

<sup>25</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 139.

<sup>26</sup> BITTENCOURT, op. cit., pp. 139-40.

Por outro lado, cumpre notar que a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).

#### 5. A Constituição de 1946 e o sistema de controle de constitucionalidade

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a, b e c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: "a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato". Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender a execução* da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

#### § 1.º A representação interventiva

A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8.º, parágrafo único, *c/c* o art. 7.º, VII).

A intervenção federal subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8.º,

parágrafo único).

Deve-se ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta ao Procurador-Geral da República, a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, uma peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado. E o poder atribuído ao Procurador-Geral da República, que, na Constituição de 1946, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal – a quem competia a defesa dos interesses da União (art. 126) –, deve ser considerado, assim, uma simples representação processual<sup>27</sup>.

A arguição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946. A primeira ação direta, formulada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argüia a inconstitucionalidade de disposições de índole parlamentarista contidas na Constituição do Ceará, tomou o n.º 93<sup>28</sup>. A denominação emprestada ao novo instituto – representação – segundo esclarece Themistocles Cavalcanti, se deveu a uma escolha entre a reclamação e a representação, "processos conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal"<sup>29</sup>. A análise do sentido de cada um teria conduzido à escolha do termo *representação*, "já porque tinha de se originar de uma representação feita ao Procurador-Geral, já porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal, com o seu parecer"<sup>30</sup>.

A ausência inicial de regras processuais permitiu que o Supremo Tribunal Federal desenvolvesse os mecanismos procedimentais que viriam a ser consolidados, posteriormente, pela legislação processual e pela praxis da Corte<sup>31</sup>. E, por isso, colocaram-se, de plano, ques-

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., p. 192.

<sup>28</sup> Rp. n.º 93, de 16.7.1947, Rel. Min. Annibal Freire, *AJ*, 85:3; BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, *Do Controle da Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 110.

<sup>29</sup> BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, op. cit., p. 112.

<sup>30</sup> BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, op. cit., p. 112; cf., também, Rp. n.º 94, de 17.7.1947, Rel. Min. Castro Nunes, *AJ*, 85:31.

<sup>31</sup> BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, op. cit., pp. 111-12.

tões relativas à forma da arguição e à sua própria caracterização processual. Questionava-se, igualmente, sobre a função do Procurador-Geral da República e sobre os limites constitucionais da arguição.

Na Rp. 94, que argüia a inconstitucionalidade dos preceitos consagradores do regime parlamentarista na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, indagou-se sobre a necessidade de se formular requerimento ao Procurador-Geral. E esse entendimento foi acolhido, tendo o chefe do Ministério Público Federal solicitado "que a medida fosse provocada, o que foi feito através de pedido devidamente justificado"<sup>32</sup>.

Na opinião do insigne publicista, que exercia o cargo de Procurador-Geral da República, a arguição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal, ainda que com parecer contrário do Ministério Público<sup>33</sup>.

Essa orientação tornou-se ainda mais evidente na Rp. 95 (Rel. Min. Oroszimbo Nonato), na qual o Procurador-Geral da República manifestou-se pela constitucionalidade do preceito impugnado, justificando, no entanto, a proposição da ação, pelas seguintes razões:

"Não tem esta Procuradoria Geral nenhuma dúvida em opinar a respeito, reafirmando conceitos já emitidos em outro parecer, no sentido de prestigiar o texto votado pelas Constituintes estaduais, cuja validade se presume, quando não colida com princípios fundamentais e expressos na Constituição Federal.

Esta colisão não se verifica, a meu ver, na hipótese, porquanto a norma impugnada nada mais fez do que concretizar o princípio da hierarquia dos poderes no chamamento ao exercício do Poder Executivo.

Na Constituição Federal, também é o Presidente da Câmara o imediato na substituição do Presidente e Vice-Presidente da República, e esta é uma tradição do nosso Direito constitucional.

Pouco importa que o poder não esteja ainda constituído porque o mesmo princípio se aplica a todos os casos de vaga.

Subsiste, entretanto, a impugnação

<sup>32</sup> BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, op. cit., p. 110.

<sup>33</sup> BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles, op. cit., p. 111.

ao preceito invocado e basta esta contróversia para que 'o ato argüido de inconstitucionalidade' seja submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal. E a dúvida é de tanto maior relevo quanto é o próprio Poder Executivo quem vacila na aplicação do texto constitucional, no momento em que se integra o Estado na plenitude de sua autonomia política.

Grave é a responsabilidade do Governo diante da contingência de pôr termo à intervenção no Estado, entregando o Poder Executivo, não ao seu detentor eleito pelo povo mas a um representante eventual eleito pela Assembléia.

Cumprido, por isso mesmo, o Procurador-Geral da República, um dever imposto não só pela alta consideração que merece o Aviso do Exmo. Sr. Ministro da Justiça, mas ainda pelos altos propósitos que o inspiram trazendo questão de tanta relevância ao conhecimento deste E. Tribunal, esperando que este se pronuncie sobre a legitimidade do artigo 2.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado diante da Constituição Federal, bem como sobre a constitucionalidade da intervenção federal depois de promulgada a Constituição Federal.

Requer, por isso, a Vossa Excelência que distribuída a presente como reclamação, seja a mesma processada como de direito"<sup>34</sup>.

O Supremo Tribunal Federal ressaltou que não se tratava de simples consulta, mas de "exposição de um conflito de natureza constitucional, elementarmente constitucional, não ocultando a forma algo dubitativa das comunicações a ocorrência do tumulto (...)"<sup>35</sup>. E, concluiu, a final, pela constitucionalidade do art. 2.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Rp. n.º 95, de 30.7.1947, Rel. Min. Oroszimbo Nonato, *AJ*, 85:55-6. Não obstante, convém assinalar que o Ministro Edgar Costa não conheceu da representação, uma vez que esta tinha, "não apenas a aparência, mas incontestável caráter de consulta" (*AJ*, 85:68-9).

<sup>35</sup> Rp. n.º 95, de 30.7.1947, Rel. Min. Oroszimbo Nonato, *AJ*, 85:58.

<sup>36</sup> Rp. n.º 95, de 30.7.1947, Rel. Min. Oroszimbo Nonato, *AJ*, 85:55-75.

Desde o início, firmou-se no Supremo Tribunal Federal a orientação de que se cuidava de uma controvérsia de índole constitucional. O Poder Judiciário não se limitava a opinar. A sua decisão configurava "um aresto, um acórdão", que punha "fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade"<sup>37</sup>. A propósito, vale registrar a seguinte passagem do voto proferido por Castro Nunes, na Rp. n.º 94:

"Consiste a intervenção, nas hipóteses do n.º VII, na suspensão, importa dizer, na decretação pelo Congresso da não-vigência do ato legislativo.

São duas atribuições distintas, de índole diversa, mas articuladas: a decisão do Supremo Tribunal situa-se no terreno jurídico; a do Congresso, no plano político, mas a título de sanção daquela.

Vem aqui, a propósito, esclarecer que, nos termos do assento constitucional e dos motivos de sua inspiração, o Supremo Tribunal não é provocado como órgão meramente consultivo, o que contrariaria à índole do Judiciário; não se limita a opinar, *decide*, sua decisão é um aresto, um acórdão; põe fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade. E nessa função de árbitro supremo que ele intervém, se provocado, no conflito aberto entre a Constituição, que lhe cumpre resguardar, e a atuação deliberante do poder estadual.

Daí resulta que, declarada a inconstitucionalidade, a intervenção sancionadora é uma decorrência do julgado"<sup>38</sup>.

O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de "árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade". Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes:

"Atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se

necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado.

Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto.

Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição.

Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.

Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que, como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64.

Na declaração em tese, a suspensão redundante na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejulgado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos"<sup>39</sup>.

Com essa colocação, o eminente jurista e magistrado logrou fixar princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n.º 16, de 1965.

Os limites constitucionais da ação direta também mereceram a precisa reflexão de Castro Nunes. Na Rp. n.º 94, enfatizou-se o caráter excepcional desse instrumento. "Outro aspecto, e condizente com a atitude mental do intérprete, em se tratando de intervenção – ensinava – é o relativo ao caráter excepcional dessa medida, pressuposta neste regime a autonomia

constituente, legislativa e administrativa dos Estados-Membros, e, portanto, a preservação dessa autonomia ante o risco de ser elidida pelos Poderes da União"<sup>40</sup>. E Castro Nunes aduzia que a enumeração contida no art. 7.º, VII, da Constituição de 1946, "é taxativa, é limitativa, é restritiva e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal Federal"<sup>41</sup>.

Na Rp. n.º 95, o tema voltou a ser apreciado, tendo pontificado, uma vez mais, o magistério de Castro Nunes:

"Devo dizer ao Tribunal que considero a atribuição hoje conferida ao Supremo Tribunal excepcionalíssima, só quando for possível entroncar o caso trazido ao nosso conhecimento a algum dos princípios enumerados no art. 7.º, n.º 7, será possível conhecer da arguição. Não basta ser levantada uma dúvida constitucional, não basta que exista uma controvérsia constitucional. Se não for possível entroncá-la com um dos princípios enumerados, penso que o Tribunal deverá abster-se de qualquer deliberação. Nesse sentido, aliás, foi o voto do eminente Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, que salientou também esse aspecto, igualmente ressaltado pelo eminente Sr. Ministro Relator, em seu voto.

No caso de dúvida, ou quando duvidosa ou remota aquela articulação, o Tribunal não deverá conhecer da representação que poderia transformar em expediente de rotina ou meio de consulta do Governo em todos os casos em que lhe conviesse provocar uma manifestação do Supremo Tribunal. Aliás o caráter excepcional da atribuição decorre da sanção mesma, que é a intervenção"<sup>42</sup>.

Assentaram-se, assim, as linhas fundamentais da representação interventiva. A Lei n.º 2.271, de 22 de julho de 1954, determinou que se aplicasse à arguição de inconstitucionalidade o processo do mandado de segurança (art. 4.º). A primeira fase continuou a ser processada, porém, na Procuradoria-Geral da República, tal como no período anterior ao advento da disciplina legal (art. 2.º). "Era o Procurador-Geral – diz Themístocles Cavalcanti – quem recebia a representação da parte e, no prazo de 45 dias

improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, ouvia, sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tivessem elaborado ou praticado"<sup>43</sup>. A Lei n.º 4.337, de 1964, modificou o procedimento então adotado, determinando que, após a arguição, o relator ouvisse sobre as razões de impugnação do ato, no prazo de trinta dias, os órgãos que o tivessem elaborado ou expedido. Admitia-se, contudo, o julgamento imediato do feito, em caso de urgência e relevância do interesse de ordem pública, dando-se ciência da supressão do prazo às partes.

§ 2.º A Emenda n.º 16, de 1965, e o controle de constitucionalidade abstrato

A Emenda n.º 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República, ressalta que "a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos". Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na referida Exposição de Motivos:

a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal);

b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo."

"A representação, limitada em sua

<sup>37</sup> Rp. n.º 94, de 17.7.1947, Rel. Min. Castro Nunes, *AJ*, 85:33.

<sup>38</sup> *AJ*, 85:33.

<sup>39</sup> Rp. n.º 94, de 17.7.1947, *AJ*, 85:33.

<sup>40</sup> *AJ*, 85:34.

<sup>41</sup> Rp. n.º 94, de 17.7.1947, *AJ*, 85:34.

<sup>42</sup> Rel. Min. Orosimbo Nonato, *AJ*, 85:70-1.

<sup>43</sup> BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, *op. cit.*, p. 127.

iniciativa, tem o mérito de facultar desde a definição da 'controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres'. Afeição-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inciso VII do art. 7.º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às 'leis federais em tese', completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos.

Já a prejudicial agora proposta, modalidade de advocatória, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância, importaria em substituir aos juízos das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau da sua jurisdição, de apreciar a conformidade de lei ou de ato com as cláusulas constitucionais. Ao ver da Comissão, advocatória só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora por exemplo na Itália, o privilégio de interpretação constitucional por uma Corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a repute manifestamente infundada.

Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto - expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: 'Quando la Corte dichiara l'illegitimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione'<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Brasil. *Constituição* (1946); Emendas. Emendas à Constituição de 1946, n.º 16: reforma do Poder Judiciário, Brasília, Câmara dos Deputados, 1968, p. 24.

Nos termos do Projeto de Emenda à Constituição, o art. 101, I, *k*, passava a ter a seguinte redação:

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

E o art. 5.º do Projeto acrescentava os seguintes parágrafos ao art. 101:

"§ 1.º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento das causas de competência originária (inciso I), das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas, dos recursos interpostos de decisões delas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal, bem como dos recursos ordinários nos crimes políticos (inciso II, *c*) e das revisões criminais (inciso IV).

§ 2.º Incumbe às Turmas o julgamento definitivo das matérias enumeradas nos incisos II, *a e b*, e III deste artigo.

§ 3.º As disposições de lei ou ato de natureza normativa, consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União".

E o art. 64 da Constituição passava a ter a seguinte redação:

"Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3.º), fazer publicar no *Diário Oficial* e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado".

O parecer aprovado pela Comissão Mista, da lavra do Deputado Tarso Dutra, referiu-se, especificamente, ao novo instituto de controle de constitucionalidade:

"A letra *k*, propondo a representação a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8.º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitrada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das

leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação, que devia conferir à representação a idéia nítida de oposição à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de natureza normativa de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1.º e 2.º) conhece apenas uma exceção no § 2.º do art. 123 da Constituição"<sup>45</sup>.

A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada<sup>46</sup>. Consagrou-se, todavia, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de "preservar o ordenamento jurídico da intrmissão de leis com ele inconcipientes"<sup>47</sup> veio somar, aos mecanismos já existentes, um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

Finalmente não se deve olvidar que, no tocante ao controle de constitucionalidade da lei municipal, a Emenda n.º 16 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para "estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado".

6. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/1969

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n.º 16, de 1965.

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1.ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2.º). Preservou-se o controle de constitucionalidade em *abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n.º 16, de 1965 (art. 119, I, *f*).

<sup>45</sup> Brasil. *Constituição* (1946), cit., p. 67.

<sup>46</sup> Brasil. *Constituição* (1946), cit., pp. 88-90.

<sup>47</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 65.

A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n.º 16, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n.º 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3.º, *d*).

A Emenda n.º 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *e*). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei<sup>48</sup>.

Finalmente, deve-se assentar que a Emenda n.º 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF 1967/1969, art. 119, I, *p*)<sup>49</sup>.

7. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988 dispõem de legitimidade para propor a ação

<sup>48</sup> Mensagem n.º 81, de 1976, *Diário do Congresso Nacional*. O Texto Magno de 1988 não manteve esse instituto no ordenamento constitucional brasileiro.

<sup>49</sup> A Constituição de 1988 manteve a competência do Supremo Tribunal para conceder liminar na ação de inconstitucionalidade (art. 102, I, *p*).

de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia 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, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade<sup>50</sup>.

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, de que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas difusos ou incidentes de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Su-

<sup>50</sup> Cf., a propósito, as propostas de Wilson Souza e Vivaldo Barbosa à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Constituinte, in: Assembléia Nacional Constituinte, Emendas oferecidas à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, 1988, pp. 214 e 342.

premo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, 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<sup>51</sup>.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição.

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

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador de Estado e a aferição da

<sup>51</sup> ANSCHÜTZ, Gerhard, Verhandlungen des 34. Juristentags, Berlin e Leipzig, 1927, v. II, p. 208.

constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de lei.

Ressalte-se que não são numericamente significativas as ações propostas pelas organizações partidárias. É verdade, porém, que muitos dos temas mais polêmicos submetidos ao Supremo Tribunal, no processo de controle abstrato, foram trazidos à baila mediante iniciativa dos partidos políticos. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 2, de 1992, que antecipou o plebiscito sobre a forma e sistema de governo previsto no art. 2.º do ADCT<sup>52</sup>, o questionamento da legitimidade da lei do salário-mínimo<sup>53</sup>, a controvérsia sobre a legitimidade do pagamento mediante precatório para os créditos de natureza alimentícia<sup>54</sup>. Isto para não falar das diversas ações propostas contra a política econômica do Governo<sup>55</sup>.

Ao lado desta ampla legitimação para a propositura do controle abstrato de normas, cuidou o constituinte de instituir mecanismo (art. 5.º, LXXI) para a tutela de direitos subjetivos lesados em decorrência da omissão normativa. No mesmo passo, instituiu-se ainda processo de controle abstrato da omissão normativa inconstitucional (art. 103, § 2.º), instituto – a exemplo do anterior – ainda carente de conformação definitiva.

#### 8. A Emenda Constitucional n.º 3 de 1993: A ação declaratória de constitucionalidade

No bojo da reforma tributária de emergência, introduziu-se no sistema brasileiro de con-

<sup>52</sup> Cf. ADIN n.ºs 829, 830 e 831, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 20.4.93, p. 6.758.

<sup>53</sup> ADIN n.º 737, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 22.10.93, p. 22.252.

<sup>54</sup> ADIN n.º 672, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 4.2.92, p. 499.

<sup>55</sup> Cf., v.g., ADIN n.º 357, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 23.11.90, p. 13.622; ADIN n.º 562, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 10.9.91, p. 12.254; ADIN n.º 605, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 5.3.93; ADIN n.º 931, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 2.9.93.

trole de constitucionalidade a ação declaratória de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Considerando a súbita repercussão da introdução do instituto, cumpre agora cogitar se representa ele um *novum* no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em verdade, o dispositivo não inova. A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n.º 16 – *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* – não conseguia esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas.

Não se fazia mister, portanto, que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de *controvérsia constitucional*. Daí ter o constituinte utilizado a fórmula equívoca – *representação contra a inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo Procurador-Geral da República* – que explicitava, pelo menos, que a dúvida ou a eventual convicção sobre a inconstitucionalidade não precisava ser por ele perfilhada.

Se correta essa orientação, parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* – CF, 1967, art. 115, I, I;

CF, 1967/69, art. 119, I, D).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970<sup>56</sup>, consagrou expressamente essa idéia:

“Art. 174. ...

§ 1º. Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”.

Essa disposição, que, como visto, consolidava tradição já velha no Tribunal, permitia ao titular da ação encaminhar a postulação que lhe fora dirigida por terceiros, manifestando-se, porém, em sentido contrário.

Assim, se o Procurador-Geral encaminhava súplica ou representação de autoridade ou de terceiro, com parecer contrário, estava simplesmente a postular uma declaração (positiva) de constitucionalidade. O pedido de representação, formulado por terceiro e encaminhado ao Supremo, materializava, apenas, a existência da *controvérsia constitucional* apta a fundamentar uma *necessidade pública de controle*.

Essa cláusula foi alterada, passando o Regimento Interno a conter as seguintes disposições:

“Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação ou exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

§ 1º. Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.”

Parece legítimo supor que essa modificação não alterou, substancialmente, a idéia básica que norteava a aplicação desse instituto. Se o titular da iniciativa manifestava-se, afinal, pela constitucionalidade da norma impugnada, é porque estava a defender a declaração de constitucionalidade.

Na prática, continuou o Procurador-Geral a oferecer *representações de inconstitucionalidade*, ressaltando a relevância da questão e manifestando-se afinal, muitas vezes, em favor da constitucionalidade da norma.

A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instaurada

<sup>56</sup> DJ de 4 de setembro de 1970, pp. 3.971 e ss.

em torno da *representação interventiva*<sup>57</sup> – confusão essa que contaminou os estudos do novo instituto – não permitiram que essas idéias fossem formuladas com a necessária clareza.

Sem dúvida, a disciplina específica do tema no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal serviria à segurança jurídica, na medida em que afastaria, de uma vez por todas, as controvérsias que marcaram o tema no direito constitucional brasileiro.

Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *conteúdo duplice* ou de *caráter ambivalente*, mediante o qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma, como defender a declaração de sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isto lhe fosse solicitado.

A controvérsia instaurada em torno da *recurso do Procurador-Geral da República*<sup>58</sup> de

<sup>57</sup> BUZAID, op. cit., p. 107; Barbosa Moreira, As Partes na ação declaratória de inconstitucionalidade, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n.º 13 (1964), p. 67 (75-76); BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles, op. cit., pp. 115 s.

<sup>58</sup> É certo que uma avaliação desse modelo brasileiro de controle abstrato de normas não pode deixar de considerar as circunstâncias políticas dominantes durante todo o período de desenvolvimento desse instituto. Os pressupostos indispensáveis pensados por Kelsen para esse *advogado da Constituição* que, segundo ele, deveria ser dotado de todas as garantias imagináveis tanto em face do Governo quanto em face do Parlamento (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (75)), não poderiam ser assegurados sob o império de um regime de exceção.

O Procurador-Geral da República exercia, no controle abstrato de normas, o papel especial de *advogado da Constituição*, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional.

Com isso logrou o constituinte brasileiro positivar proposta formulada por Kelsen quanto à instituição de um *advogado da Constituição* (*Verfassungsgesamwalt*) que deveria deflagrar o controle de normas *ex officio* sempre que uma lei se lhe afigurasse incompatível com a Constituição (*idem, ibidem*). Ao contrário da representação interventiva, que pressupõe um interesse da União na preservação de princípios fundamentais da ordem federativa, o controle abstrato de normas independe de qualquer interesse espe-

encaminhar ao Supremo Tribunal Federal representação de inconstitucionalidade contra o Decreto-Lei n.º 1.077, de 1970, que instituiu a censura prévia sobre livros e periódicos<sup>59</sup>, não serviu – infelizmente – para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade<sup>60</sup>.

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma<sup>61</sup>, somente podem ter partido da idéia de que, nesse caso, o Chefe do Ministério Público deveria, necessária e inevitavelmente, formular uma ação declaratória – positiva – de constitucionalidade.

Na Representação n.º 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador-Geral da República, que instaurou o processo de controle abstrato de normas e se manifestou, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes da decisão proferida, que julgava procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a

cífico, sendo-lhe estranha mesmo a idéia de interesse jurídico a ser protegido (Rp. n.º 700, Relator: Ministro Amaral Santos, p. 690 (714); Ação Rescisória n.º 848, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ n.º 95, p. 49 (58); Rp. n.º 1405, Relator: Ministro Moreira Alves, *Diário da Justiça* de 1.7.88).

Por isso, dever-se-iam diferenciar, de forma clara, as competências do Procurador-Geral da República. No primeiro processo, representava ele o interesse da União em face de um determinado Estado, que, efetiva ou supostamente, desrespeitara *princípio sensível* estabelecido na Constituição. No controle abstrato, atuava como representante do interesse geral com o propósito de instaurar o controle judicial das normas estaduais ou federais (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 189; MENDES, Gilmar, *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 230 e ss.).

<sup>59</sup> Reclamação n.º 849, Relator: Ministro Adalberto Nogueira, RTJ 59, p. 333.

<sup>60</sup> Cf., sobre o assunto, registros da discussão travada no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em março de 1971, in: Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 118 (1971), pp. 23 ss.

<sup>61</sup> Cf., a propósito, MARINHO, Josaphat, Inconstitucionalidade de lei – representação ao STF, RDP 12, p. 150; PEREIRA, Caio Mário da Silva, voto proferido no Conselho Federal da OAB, Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 118, p. 25; CAVAL-

norma impugnada<sup>62</sup>.

Ora, ao admitir o cabimento dos embargos infringentes opostos pelo Procurador-Geral da República contra decisão que acolheu representação de inconstitucionalidade de sua própria iniciativa, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para realçar esse *caráter ambivalente* da representação de inconstitucionalidade, reconhecendo implicitamente, pelo menos, que ao titular da ação era legítimo tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da lei, se disso estivesse convencido, como pedir a declaração de sua constitucionalidade, se, não obstante convencido de sua constitucionalidade, houvesse dúvidas ou controvérsias sobre sua legitimidade que reclamassem um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que a Corte restringiu significativamente essa orientação no acórdão de 8 de setembro de 1988 (Rp. n.º 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ 129, pp. 41 ss.). O Procurador-Geral da República encaminhou ao Tribunal petição formulada por grupo de parlamentares que sustentava a inconstitucionalidade de determinadas disposições da Lei de Informática (Lei n.º 7.232, de 29 de outubro de 1984). O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos<sup>63</sup>.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma<sup>64</sup>, é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como demonstrado, com a natureza do instituto e com a sua praxis desde a sua

CANTI, Themístocles, Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, RDP n.º 16, p. 169; CARDOSO, Adauto Lucio, voto na Reclamação n.º 849, RTJ 50, pp. 347-8; BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 1982, p. 69.

<sup>62</sup> Embargos na Representação n.º 1092, Relator: Ministro Neri da Silveira, RTJ n.º 117, pp. 921 e ss.

<sup>63</sup> Rp. n.º 1349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ n.º 129, p. 41.

<sup>64</sup> Representação n.º 1349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ n.º 129, p. 41. O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos.

adoção pela Emenda n.º 16, de 1965.

Todavia, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral limitava-se a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, afinal, pela sua improcedência<sup>65</sup>.

Em substância, era indiferente, que o Procurador-Geral sustentasse, desde logo, a constitucionalidade da norma, ou que encaminhasse o pedido, para, posteriormente, manifestar-se pela sua improcedência.

Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplex ou ambivalente*.

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada.

Sem dúvida, a falta de um melhor desenvolvimento doutrinário sobre essa face peculiar da representação de inconstitucionalidade e a decisão do Supremo Tribunal na Representação n.º 1.349, que, praticamente, negou a possibili-

dade de se instaurar o controle abstrato com pedido de declaração de constitucionalidade, tornaram inevitável a positivação de um instituto específico no ordenamento constitucional, consubstanciado na ação declaratória de constitucionalidade.

#### 9. Conclusão

Pelo exposto, constata-se tendência – ainda que fragmentária – à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade. Para tanto, fazem-se necessários, entre outros, os seguintes aprimoramentos:

– criação de incidente de inconstitucionalidade, tal como acolhido no Substitutivo do Relator-Geral da Revisão Constitucional (Parecer n.º 27);

– desenvolvimento da eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal (eficácia *erga omnes*, com a conseqüente supressão do obsoleto inciso X do art. 52 da Constituição Federal), a possibilitar a redução do colossal número de feitos que ameaçam inviabilizar o funcionamento da Corte;

– adequado instrumento objetivo de controle do direito pré-constitucional;

– via para controle da legalidade do ato regulamentar, com a conseqüente supressão do inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

## Considerações acerca da constitucionalidade na expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública (Nota Técnica nº 1/95)

RÓBISON GONÇALVES DE CASTRO

### SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As leis orçamentárias – sua história. 3. Manifestações do STF acerca de medidas provisórias. 4. Apresentação do problema. 5. Conclusão.

#### 1. Introdução

Com o trabalho em epígrafe, tecem-se considerações acerca da expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública sob a Constituição Federal de 1988. Com esse fito, foi compulsada bibliografia discriminada ao término deste estudo, constituída por textos doutrinários de obras consagradas, bem assim textos de articulistas com foco específico sobre a problemática em tela. Foram, ainda, pesquisadas as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Importante contribuição foi também obtida nos pareceres do relator do processo de revisão constitucional, Deputado Nelson Jobim, pela atualidade do trabalho. Finalmente, é de se esclarecer que o posicionamento aqui estabelecido, embora alicerçado nas fontes anteriormente referidas, é de opinião do autor deste trabalho.

Será apresentado, inicialmente, breve histórico da matéria legal orçamentária na Inglaterra – berço do Direito Constitucional – e no Brasil, como forma de incitar o leitor à compreensão da relevância da matéria orçamentária nos albores do Direito Constitucional e na proteção da cidadania.

A seguir, far-se-á breve síntese das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da temática das medidas provisórias, de forma a fornecer supedâneo às afirmações que posteri-

Róbison Gonçalves de Castro é Consultor de Orçamentos.

<sup>65</sup> Cf., dentre outras, ADIN n.º 716-5, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 29.4.92, p. 5606.