

# Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil

Da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004

Andreo Aleksandro Nobre Marques

## Sumário

1. O controle de constitucionalidade no Brasil. 2. A Constituição imperial de 1824. 3. A primeira Constituição republicana (1891). 4. A Constituição de 1934. 5. A Constituição de 1937. 6. A Constituição de 1946. 7. A Constituição de 1967 e de 1969. 8. A Constituição de 1988.

### 1. *O controle de constitucionalidade no Brasil*

É possível dizer que o controle de constitucionalidade em nosso país só foi inaugurado com a Constituição republicana de 1891, quando foi instituído o sistema difuso de controle, em razão da influência exercida pelo sistema norte-americano, derivado, entre outras coisas, da adoção da forma federativa e republicana.

Vejamos, então, como foi que se deu a evolução do instituto em nosso ordenamento, não deixando de mencionar o que havia em nossa primeira Constituição até chegar aos dias de hoje.

#### 2. *A Constituição imperial de 1824*

A primeira Carta de nossa breve história como nação independente, outorgada por Dom Pedro I, previa, como se sabe, o Poder Moderador, que, na verdade, nada mais fazia do que conferir primazia ao Poder Executivo em detrimento dos Poderes Legislativo e Judiciário, pois incumbia ao Imperador, titular do Poder Moderador e do Poder

Andreo Aleksandro Nobre Marques é Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela Universidade Potiguar, Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professor de Direito Processual Penal e Processual Civil da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte, Coordenador de Ensino da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.

Executivo (BONAVIDES, 2004, p. 364), solucionar os embates existentes entre os poderes (CLÈVE, 2000, p. 81).

Cabia ao Poder Legislativo, segundo a Constituição de 1824, exercer a guarda da Constituição, apesar de que não era descrito nenhum mecanismo para que a tarefa fosse cumprida (CLÈVE, 2000, p. 81), motivo pelo qual não é possível falar em controle de constitucionalidade.

Na verdade, impediram a criação de um controle de constitucionalidade naquela Constituição, especialmente para o caso de ser realizado pelo Poder Judiciário, não só o fato da concentração de poder nas mãos do Imperador<sup>1</sup>, mas também a forte influência exercida pela França e Inglaterra no incipiente Estado brasileiro, países nos quais imperava a supremacia parlamentar (CLÈVE, 2000, p. 80-81), o que tornava absurdo o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, ou, quando o controle era admitido, somente se exercido por um órgão político estranho aos quadros do Poder Judiciário.

### 3. A primeira Constituição republicana (1891)

Retomando-se o que foi dito no início da exposição, foi sob a égide da Constituição republicana de 1891 que surgiu o controle de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil. Em sintonia com o sistema norteamericano, de controle difuso, ou por via de exceção, cumpria a todos os órgãos do Poder Judiciário, na apreciação de casos concretos, verificar a conformidade das leis e dos atos dos Governos com a Constituição.

Realmente, dispunha o art. 59 da Carta Política de 1891 que competia aos Tribunais ou Juizes Federais julgar as causas em que quaisquer das partes fundamentassem a ação ou a defesa em dispositivo da Constituição, enquanto o art. 58, § 1º, *b*, estabelecia a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar os recursos das decisões de última instância, sempre que se contestasse a validade das leis ou atos dos Governos

dos Estados perante a Constituição, bem assim das leis federais, ou quando o Tribunal do Estado decidisse pela validade dos atos ou leis cuja constitucionalidade fosse contestada pelas partes (BITTENCOURT, 1997, p. 28).

Se não bastasse isso, veio a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, deixar mais clara a adoção do controle de constitucionalidade pelos órgãos jurisdicionais, ao dispor, em seu art. 13, § 10, que:

“Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (BITTENCOURT, 1997, p. 29).

Desde então, vigora no Brasil o controle de constitucionalidade difuso, sendo pacificamente aceito o poder dos juizes para dizer se o ato normativo está em conformidade ou não com a Lei Suprema.

### 4. A Constituição de 1934

A Carta Constitucional de 1934 veio trazer algumas novidades no campo do controle de constitucionalidade. Assim, condicionou a eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, federais ou locais, ao voto da maioria absoluta dos membros dessas cortes (BITTENCOURT, 1997, p. 20, 46). Como esclarece Bittencourt, embasado em Cooley, trata-se de uma louvável precaução diante da importância da matéria sob julgamento, dizendo ainda:

“Seguiu-se, no particular, ainda uma vez, a orientação dos Estados Unidos da América, onde os tribunais, em sua maioria, têm assentado fazer depender o julgamento das controvérsias constitucionais da presença de todos os membros do tribunal – *full bench*” (BITTENCOURT, 1997, p. 44).

Por outro lado, a fim de dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, prescreveu, em seus artigos 91, IV, e 96, competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (CLÈVE, 2000, p. 85).

Isso era muito importante, apesar de insuficiente, para a realidade jurídica brasileira, com forte inspiração no sistema da *civil law* ou do direito romano-germânico, ao contrário da experiência dos Estados Unidos, que seguiram a tradição da força dos precedentes – *stare decisis* – da *common law* inglesa.

Realmente, tendo em vista que a declaração da inconstitucionalidade no caso concreto só vigorava entre as partes, permanecendo a lei ou o ato normativo válidos para todas as demais pessoas, inclusive não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, que detinham independência para interpretar a Constituição nos casos concretos que lhes fossem submetidos, urgia a obtenção da eficácia *erga omnes* dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de inconstitucionalidade, tendo o constituinte instituído a fórmula que se valia da cooperação do Senado Federal.

Note-se que somente agora, passados mais de setenta anos, por força da alteração constitucional decorrente da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004, é que se poderá falar em vinculação dos demais órgãos judiciários às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que reconhecerem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.<sup>2</sup>

Isso porque não deve passar despercebido que o princípio vinculante foi introduzido, anteriormente, no controle de constitucionalidade brasileiro com a ação declaratória de constitucionalidade, conforme lembrado por Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 127), inovação trazida pela Emenda Constitucio-

nal nº 3, de 17 de março de 1993, que prescreveu que as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal produziriam eficácia contra todos e efeito vinculante.<sup>3</sup>

Tendo em vista a importância da inovação, transcreve-se, desde já e na íntegra, o § 2º do art. 102 da atual Constituição da República Federativa do Brasil, alterado pela referida Emenda Constitucional:

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Mas as novidades não acabam aqui. Também no controle difuso de constitucionalidade, poderá o Supremo Tribunal Federal aprovar súmula dotada de efeito vinculante, conforme se percebe do novel art. 103-A da CRF, *in verbis*:

“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 proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

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

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Apesar de forte manifestação contrária de diversos setores da sociedade, inclusive da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, com medo, por exemplo, do “engessamento” do Direito, parece que veio em boa hora a adoção da súmula vinculante, a fim de coibir a grande diversidade de decisões acerca de uma mesma matéria, principalmente quando o Supremo Tribunal Federal, órgão que recebeu do Poder Constituinte originário a alta missão de velar a Constituição, já tiver se manifestado reiteradas vezes sobre o tema. Assegura-se, com isso, o prestígio do Poder Judiciário como um todo, devendo ser realçado também que o titular do Poder Constituinte derivado prescreveu instrumento adequado para tornar efetivo o conteúdo da súmula vinculante, ao se admitir reclamação constitucional diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que poderá anular o ato administrativo ou cassar a decisão que afronte o entendimento sumulado ou o aplique indevidamente.

Ademais, fortalece o Poder Judiciário em relação aos outros poderes, haja vista que, no controle difuso de constitucionalidade, apesar de não bastar a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal para que seja suspensa a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional (o que permitiria, desde logo, a produção de efeitos *erga omnes*), sendo necessária ainda a coo-

peração do Senado Federal (art. 52, X, CRF), como a súmula vinculará todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, terminará por alcançar o mesmo resultado.

Voltando à Constituição de 1934, também instituiu a representação interventiva<sup>4</sup>, o que representou para Paulo Bonavides (2004, p. 328) um grande passo em direção ao controle concentrado de constitucionalidade ou por via de ação. A representação interventiva podia ser instaurada pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, como forma de resolução de conflitos adequada ao pacto federativo, todas as vezes que o Estado federado afrontasse os denominados princípios sensíveis da Constituição, fazendo depender a lei de intervenção, da lavra do Senado Federal, da apreciação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CLÈVE, 2000, p. 85).

E, finalmente, conforme ressaltado por Paulo Bonavides (2004, p. 328), instituiu o mandado de segurança “para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.

## 5. A Constituição de 1937

Por sua vez, a Constituição outorgada do “Estado Novo” (1937) caracterizou-se pelo acentuado retrocesso em vários campos, inclusive em matéria de controle de constitucionalidade. Deixou de tratar, por exemplo, da possibilidade de suspensão pelo Senado Federal da execução da lei que o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado inconstitucional por decisão definitiva, impedindo que produzisse efeitos *erga omnes* e a vinculação dos outros órgãos judiciários, o mesmo se dando em relação à representação interventiva.

Além disso, estabeleceu, em seu art. 96, parágrafo único, que o Presidente da República poderia, tendo sido declarada a incons-

titucionalidade de uma lei que, a seu juízo, fosse necessária ao bem-estar do Povo, à promoção ou defesa do interesse nacional relevante, submetê-la novamente ao Poder Legislativo, sendo que, confirmada a lei por dois terços de votos em cada uma das Casas, sobejaria sem efeito a decisão do tribunal (PALU, 2001, p. 128-129), fortalecendo excessivamente o Poder Executivo em detrimento dos outros poderes constituídos.

### 6. A Constituição de 1946

A Lei Maior promulgada em 1946 retomou a senda desbravada pela Carta de 1934, superando a involução proporcionada pela outorgada Constituição de 1937 (BONAVIDES, 2004, p. 329).

Assim, voltou a prever a possibilidade de suspensão, por parte do Senado Federal, da execução de lei que o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado inconstitucional, sendo expresso agora, inversamente à Carta de 1934, que somente era possível a suspensão se a decisão fosse da Corte Suprema, e não de qualquer outro órgão judiciário (POLETTI, 2001, p. 83).

Restabeleceu também a representação interventiva, que foi modificada para condicionar a intervenção à análise pelo Supremo Tribunal Federal da lei local que tivesse sido apontada como inconstitucional (PALU, 2001, p. 131), diferentemente do modelo criado pela Constituição de 1934, em que o Supremo Tribunal analisava a constitucionalidade da lei interventiva elaborada pelo Senado Federal, conforme a disciplina dada pela Lei 2.271, de 22 de julho de 1954, e pela Lei 4.337, de 1º de junho de 1964.

Ademais, foi durante a vigência da Constituição de 1946, mas já durante o regime militar, com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que se instituiu a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, a ser instaurada por provocação do Procurador-Geral da República. Essa

inovação veio a permitir a ampla fiscalização da constitucionalidade, pelo controle concentrado, de toda e qualquer lei, bem assim de todo e qualquer ato de natureza normativa, federal ou estadual, e não somente das leis estaduais que justificassem a intervenção federal (CLÈVE, 2000, p. 88-89).

Finalmente, permitiu também, a partir do acréscimo do inc. XIII ao art. 124 da Constituição de 1946, que os Estados federados instituíssem a fiscalização da constitucionalidade da lei ou ato dos Municípios que conflitasse com a Constituição do Estado, ação a ser processada e julgada pelos Tribunais de Justiça (PALU, 2001, p. 132).

### 7. A Constituição de 1967 e a de 1969

Essas Constituições, outorgadas durante o regime militar, mantiveram as características do controle de constitucionalidade herdado da Constituição de 1946, com pequenas alterações.

Assim, a Constituição de 1967 aboliu a possibilidade de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça para o controle direto de constitucionalidade da lei ou ato do Município que colidisse com a Constituição do Estado federado.<sup>5</sup>

Além disso, com base em seu art. 11, § 2º, transferiu, na representação interventiva, a competência para suspensão do ato estadual da alçada do Senado Federal para a do Presidente da República (CLÈVE, 2000, p. 89).

A Constituição de 1969, por sua vez, em seu art. 15, § 3º, *d*, possibilitou o controle da constitucionalidade da lei municipal que atentasse contra os princípios sensíveis contidos nas Cartas dos Estados federados (PALU, 2001, p. 133), conforme o modelo federal, e, por meio da Emenda Constitucional nº 7/77, além da inovação referida na nota de rodapé nº 3, permitiu expressamente, de acordo com o art. 119, I, *p*, nas representações promovidas pelo Procurador-Geral da República, a possibilidade de concessão de liminar cautelar.

## 8. A Constituição de 1988

Sob a égide da Constituição de 1988, excluídos os institutos que já foram mencionados, isto é, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, novidade introduzida pela EC nº 3/93, e a possibilidade de efeito vinculante das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, assim como de aprovação pelo Supremo Tribunal Federal de súmula vinculante no controle difuso de constitucionalidade, de acordo com as inovações trazidas pela EC nº 45/04, o que revela a manutenção de um sistema misto de controle de constitucionalidade, merece ser destacado também: o incremento do leque dos legitimados para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a ação de inconstitucionalidade por omissão (§ 2º do art. 103 da CRF); a arguição de descumprimento de preceito fundamental; o mandado de injunção; o mandado de segurança coletivo; e a possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.<sup>6</sup>

A partir da Carta em comento, não só o Procurador-Geral da República pode promover a ação direta de inconstitucionalidade, mas também o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa<sup>7</sup>, o Governador de Estado, 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. A ampliação do rol dos legitimados veio em boa hora, a fim de proteger mais eficazmente os cidadãos de possíveis investidas dos Poderes Constituídos em detrimento do que foi assegurado pela Constituição. Não obstante, não foi ainda dessa vez que se legitimou qualquer cidadão a provocar o controle da constitucionalidade das leis, o

que caracterizaria ainda mais a feição democrática da Carta de 88.

Ademais, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade somente poderia ser proposta pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. Porém, a EC nº 45/04 também revogou o § 4º do art. 103, que havia sido acrescentado pela EC nº 3/93, e alterou a redação do *caput* do art. 103 da CRF, de forma que hoje coincidem os legitimados para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade.

### Notas

<sup>1</sup> A esse respeito, comenta Bittencourt (1997, p. 28): “[...] como ‘chave de tóda a organização política’, existia o Poder Moderador, investido da função de manter a ‘independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos’ (artigo 98), funcionando, no dizer do próprio Benjamin Constant, como ‘o poder judiciário de todos os outros poderes’. Ele constituía – segundo a lição do Visconde do Uruguai – ‘a suprema inspeção sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia’. Ora, num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal ‘suprema inspeção’, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador”.

<sup>2</sup> Perceba-se que a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, em dispositivos de constitucionalidade bastante duvidosa, já que a Constituição da República Federativa somente havia autorizado eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade, já havia previsto, no parágrafo único do art. 28, a mesma eficácia e a determinação de efeito vinculante derivadas das decisões da Suprema Corte que declarassem a inconstitucionalidade de lei e, no § 1º do art. 11, para a medida cautelar que fosse concedida na ação direta de inconstitucionalidade.

<sup>3</sup> Entretanto, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 89) alude que já a Emenda Constitucional nº 7/77 “atribuía ao Supremo Tribunal Federal competên-

cia para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo”.

<sup>4</sup> O que hoje se denomina ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

<sup>5</sup> Nesse sentido, Cf. CLÈVE, 2000, p. 89, e também PALU, 2001, p. 133.

<sup>6</sup> A partir da EC nº 45/04, também é cabível recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “julgar válida lei local em face de lei federal”, de acordo com a acrescentada alínea *d* ao art. 102, III, da CRF, o que era anteriormente da competência do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, e que, agora, somente será competente para julgar o recurso nos casos em que a decisão “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal” (art. 105, III, *b*, CRF).

<sup>7</sup> Alterando o inc. IV e V do art. 103, a EC nº 45 expressamente introduziu, o que não era imprescindível, tendo em vista o entendimento da doutrina e da jurisprudência, e também a previsão do art. 2º, IV e V, da Lei 9.868/99, a legitimidade da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Governador do Distrito Federal.

## Referências

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

