

# Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade

## Origem e Evolução

SARA MARIA STROHER PAES  
Bacharela em Direito  
Servidora da Justiça Federal

“Mas alegrem-se todos os que confiam em ti; exultem eternamente, porquanto tu os defendes; e em ti se gloriem os que amam o teu nome.

Pois tu, Senhor, abençoa o justo, e, como escudo, o cercas da tua misericórdia.” *Bíblia Sagrada* — Salmos, cap. 5, vs. 11-12.

### SUMÁRIO

*I. Introdução. II. A origem do controle do constitucionalismo. 1. Razões do controle. 2. Escorço histórico do nascimento do controle. 3. Nascimento do controle no Brasil. III. Evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. 1. A Constituição de 1824. 2. A Constituição de 1891. 3. A Constituição de 1934. 4. A Constituição de 1937. 5. A Constituição de 1946. 6. A Constituição de 1967. 7. A Constituição de 1988. IV. Conclusão. V. Bibliografia.*

### *I. Introdução*

A importância do tema ora estudado está na oportunidade de rever e analisar as raízes do constitucionalismo e sua evolução no sentido de garantir instituições democráticas já consolidadas.

Verifica-se que, no aspecto histórico, as instituições como tripartição de poderes, atuação do Poder Judiciário como órgão de controle, caminharam lentamente até alcançarem o ensejo de serem estabelecidas numa lei máxima, refletindo a necessidade de interação entre as sociedades, resultando de pensamentos democráticos, justos, em momentos oportunos e de uma luta constante da qual o indivíduo sempre fez parte, pela preservação de direitos sociais fundamentais.

A própria Constituição já é uma vitória do poder inerente aos povos, voltados para si mesmo, regulando suas relações entre si e com um poder maior, o poder político governamental. É no controle da constitucionalidade que se pode verificar a preocupação com que os poderes devam se limitar em decorrência do direito alheio, na garantia do exercício dos direitos concentrados nos preceitos da Constituição.

## II. *A origem do controle no constitucionalismo*

### 1. *Razões do controle*

O controle da constitucionalidade é um dos princípios decorrentes do constitucionalismo, ao lado de outros pressupostos: supremacia da Constituição e hierarquia das leis. Atualmente não se pode falar em controle sem presumir-se a existência de uma Constituição, ou de um conjunto normativo, a disciplinar sobre a vida econômica, política e social de uma nação.

Apresentada duas opções ao magistrado de decisão para resolução de fato litigioso, uma pela lei outra pela Constituição, deve o intérprete aplicar o preceito constitucional sobre qualquer outro ato normativo que integre o ordenamento jurídico.

Asseverava Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* que "a lei promulgada sem observância dos pressupostos constitucionais, não tratava-se de um injusto, nem de um ato estatal viciado, mas de um nada jurídico".

A Constituição rígida é lei fundamental e suprema do Estado. É ela quem fundamenta a autoridade e confere poderes e atribuições governamentais. Todas as normas que integrem o ordenamento jurídico só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

### 2. *Esboço histórico do nascimento do controle*

Na Grécia, num passado longínquo, numa mera busca de subsídios históricos, o instituto não se apresenta com as formas e delineamentos de hoje, mas sim institutos com características de controle. A *graphe*

*paranomon* (arguição de inconstitucionalidade), pela qual todos os cidadãos tornavam-se responsáveis pela defesa das leis e da Constituição, segundo Hignett, foi usado no período de 462-404.

Em Roma, o poder de verificar a constitucionalidade das leis e atos dos magistrados cabia ao Senado, considerado o guardião da Constituição.

O cientista erudito Lord Cocke, do século XVII, travou séria resistência contra o poder ilimitado conferido ao Parlamento inglês, esclarecendo que os atos dos Tribunais, inclusive do Parlamento, deveriam submeter-se ao exame da *Common law*, entendendo nulas as deliberações que afrontassem o direito costumeiro.

O controle, com o passar do tempo, foi arraigando-se na cultura jurídica, não faltando estudiosos que dele se ocupassem em seus tratados, exigindo inovações no sistema. A origem do atual sistema de controle de constitucionalidade foi criação dos Estados Unidos da América, país que, pela sua própria formação, revestido foi de forte tradição democrática onde a interpretação da Lei Maior configurou-se fonte orientadora de todas as relações jurídicas da sociedade.

O *Judicial Review*, do Direito americano, não proveio de texto expresso da Constituição; foi uma criação da Jurisprudência. Embora discutido pelos elaboradores da Constituição, não o inseriram no Texto Constitucional entre as atribuições da Corte Suprema como um meio de garantia contra os excessos do Legislativo ou do Executivo.

Sendo certo que foi o famoso caso *Marbury vs. Madison*, que deu origem à jurisprudência construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde, em 1803, o Juiz John Marshall expôs limpidamente sua doutrina de competência do Judiciário para apreciar a conformidade das leis com a Suprema Carta.

Ressaltando-se, também, como o fez Therezinha Lúcia Ferreira Cunha<sup>1</sup> que “a filosofia democrática americana, contudo, estabelece que a faculdade do Judiciário em decidir sobre a eficácia das leis em face da Constituição é exercida, somente, por via de exceção ou de defesa, isto é, quando de um litígio submetido ao seu julgamento, não podendo resultar em um poder geral de veto sobre a legislação do Congresso. Como se vê, as funções do Judiciário são limitadas à decisão de casos concretos, não sendo possível reconhecer-lhe o poder de emitir opinião sobre qualquer assunto, ou declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato do Congresso. Isto porque, se assim agisse, estaria atuando

---

1 THEREZINHA, L. F. CUNHA — *Revista de Informação Legislativa*, vol. 86, pp. 41 a 78.

como um poder de revisão da obra legislativa, como expressou o *Justice Day*, no caso *Muskrat v. United States*:

“O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a Lei Fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a Lei Fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo.”

### 3. *Nascimento do controle no Brasil*

A lição do Direito norte-americano prosperaria no Brasil, onde seria posta em prática depois da proclamação da República. No Brasil, o controle da constitucionalidade foi consagrado na Constituição de 1891, ainda que, antes, alguns publicistas já assinalavam traços do controle na Constituição Política do Império do Brasil, exercida pela Assembléia-Geral.

Após o descobrimento, o Brasil não despertava tanto interesse na Metrópole, a que desconheciam das imensas riquezas desta terra. Somente a partir de 1530 é que deram impulso à atividade extrativa. O Brasil experimentou então diferentes estruturas de administração e governo.

Primeiro, as Feitorias (1501-1532), em núcleos de colônia, onde dominava simplesmente a vontade do feitor.

Depois, com a distribuição de terras, surgiram as Capitânicas (1532-1549), em que seus donatários arrogavam a si todos os direitos.

Após, com a criação dos governos-gerais (1549-1572) surgiu o Regimento do Governo-Geral, em 1548, outorgado à Tomé de Sousa, fixando suas atribuições e prerrogativas. Este documento foi considerado por alguns como a primeira Constituição do Brasil. Objetivava limitar o poder e atuação do governo-geral pela Coroa portuguesa.

## III. *Evolução do controle da constitucionalidade no Brasil*

### 1. *A Constituição de 1824*

Na primeira Constituição do Brasil, de 25 de março de 1824, não ficou consagrada a atribuição ao Poder Judiciário a função de resguardar a constitucionalidade das leis, tampouco procurou o Supremo Tribunal de

Justiça — órgão máximo da Justiça durante o Império Brasileiro — seguir o exemplo da Suprema Corte americana, com a introdução do Instituto, através da Interpretação dos textos sobre suas próprias funções.

Como razões de inexistência desse controle poder-se-á levantar algumas razões. A primeira, certamente foi a marcada influência européia, vez que os *homens públicos* do Império, ao elaborarem a Carta de 1824, sofreram a influência dos doutrinadores políticos da Inglaterra e da França, e os juizes de então estavam pouco afeitos ao Direito constitucional dos EUA. Por isso, não obstante, de há muito, neste País, o Judiciário exercesse o controle da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, no Brasil se ignorava essa prerrogativa, ou mesmo conhecendo-a os governantes, não se afeiçoaram a ela.

Onde, por esta influência, refletiu-se na Constituição do Império o constitucionalismo francês, o qual, como bem coloca o Professor Ronaldo Poletti<sup>2</sup> “fruto da Revolução, não podia aceitar que um dos Poderes interferisse sobre um outro, anulando-lhe os próprios atos. Tal penetração e sobreposição, de um Poder noutro, indicariam o descumprimento do dogma revolucionário da separação de poderes. Era natural, portanto, que não houvesse criação jurisdicional. As circunstâncias diferiam substancialmente daquelas existentes nos Estados Unidos da América, que possibilitaram a construção pela Suprema Corte, não obstante a inexistência de texto legal expresso”.

A outra razão da inexistência do controle judicial é que a defesa dos princípios constitucionais foi confiada ao Poder Legislativo por expressa disposição da Carta de 1824, *verbis*:

“Art. 13 — O poder legislativo é delegado à assembléa-geral com a sanção do Imperador.

Art. 15 — É da atribuição da assembléa-geral:

8.º — Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.

9.º — Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da nação.”

Por outro lado, face à existência do chamado Poder Moderador, onde entregue ao Monarca estava a coordenação da atuação dos outros poderes para manter “a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes”, sendo “chave de toda a organização política”, funcionando inclusive, nas palavras de Benjamim Constant, como “o Poder Judiciário de

---

2 RONALDO R. B. POLETTI — *Controle da Constitucionalidade das Leis*, Forense, 1985.

todos os poderes”, poder-se-ia até concluir que se tivesse o instituto do controle da constitucionalidade presente nesta Constituição seria da competência do Poder Moderador.

Aliás, historicamente, críticas houveram quanto à omissão do Judiciário, no sistema constitucional do Império, todavia, mesmo Levi Carneiro, um dos maiores propagadores de que estava o Judiciário “incapacitado por sua missão política”, teve sua argumentação vencida pelo adequado relato feito por C. A. Lúcio Bittencourt<sup>3</sup>, que demonstrou, como já acima referido, caber ao Legislativo a guarda da Constituição (art. 15, n.º 9 da Carta de 1824), além de existir o Poder Moderador, com função superior à dos demais Poderes do Império com a missão de manter a independência, harmonia e equilíbrio daqueles (art. 98 da referida Carta).

Sendo, à época, tal atribuição legislativa defendida por eruditos intérpretes da Constituição, como o ilustre Rodrigues de Sousa, que dizia, em citação de Accioli de Vasconcellos, que de todos os tempos reconheceram os povos livres a necessidade de instituírem defensores oficiais da Constituição e das leis: tais foram em Roma os censores, e em Atenas o Areópago. Estas magistraturas, conquanto bons serviços prestassem por estranhas à política, não deixaram de causar ao Governo embaraços. Sem este inconveniente, reúne a Assembléia todas as habilitações para o desempenho de tão grande missão e o próprio Pimenta Bueno ao ensinar que “o art. 15, n.º 9 da Constituição, confirma uma atribuição que o direito de fazer as leis por certo importa — ele inclui, necessariamente, o direito de inspecionar, de examinar se elas são ou não fielmente observadas, senão de nada valeriam”. E mais adiante — “este direito de inspeção em todo e qualquer tempo, em que o Poder Legislativo se reúne, é um dos principais atributos que a soberania nacional delegou-lhe; é uma garantia, um exame, que a sociedade, os administrados exercem sobre seus administradores, um corretivo que procede da índole e essência do governo representativo, que sem ele não se poderia manter. De todas as leis que demandam maior inspeção, por isso mesmo que demandam o mais alto respeito, são as leis constitucionais; sua observância deve ser religiosa, pois que são o fundamento de todas as outras e da nossa existência e sociedade política”.

Preconizava, destarte, a Carta Política de 1824, uma forma incipiente de controle, que não seria exercido pelo Poder Judiciário, mas pelo Poder Legislativo, através da Assembléia-Geral.

Assim, de todo o exposto, podemos afirmar que durante a vigência da Constituição de 1824 inexistiu o controle da constitucionalidade das leis, tal como, mais tarde, vira a ser consagrado no Estatuto Básico republicano, com toda a sua adequação técnica e sistemática.

---

<sup>3</sup> LÚCIO BITTENCOURT — *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*.

## 2. A Constituição de 1891

Com o término do Império e o advento da República, cessou o predomínio da influência do constitucionalismo europeu, substituído que fora pelas novas idéias, promovidas dos Estados Unidos da América, principalmente o princípio da Federação onde exsurge o Poder Judiciário como assegurado do pacto federativo.

Como uma das conseqüências, os ideólogos do novo direito constitucional brasileiro procuraram, desde logo, introduzir o sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na forma adotada por aquela nação, isto é, o controle por via de "exceção".

Desta forma, na denominada Constituição provisória, o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, que publicou, em 23 de junho de 1890, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, já admitia, em seu bojo, a possibilidade do exame, por parte do Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, *verbis*:

"Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1.º Das sentenças da justiça dos Estados em última instância *haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal*:

(...)

b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnadas."

No mesmo ano, o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, fixou o princípio de competência genérica dos juizes e Tribunais para se pronunciarem *acerca da conformidade entre as normas que sejam chamados a aplicar em cada caso concreto e a Constituição a que estejam subordinadas*.

Efetivamente, no próprio preâmbulo do citado Decreto n.º 848, sendo Ministro da Justiça Campos Sales, diz-se: "A magistratura que agora se instala no País, graças ao regime republicano, é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica."

"O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição e neste último caso cabe-lhes declarar que elas são nulas e de nenhum efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa."

“É a vontade absoluta das Assembléias Legislativas que se extingue nas sociedades modernas, como se vão extinguindo as doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo.”

Fixou, então, o mencionado diploma legal, dois importantes princípios sobre o assunto, o primeiro, no art. 3.º, que consagrou o sistema de controle via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação da parte, *verbis*:

“Art. 3.º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte.”

E, na própria discriminação da competência do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que:

“Art. 9.º .....

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

(...)

b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;...

A Constituição de 24-2-1891 incorporou, em seu texto, as disposições que foram adiantadas pelos dois diplomas retro-referidos, tanto a missão do Judiciário, nos prescreve, no art. 60, letra c, que, “compete aos juizes ou Tribunais federais processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”, como também, em reconhecer ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição; art. 59, § 1.º, e alínea b:

“Art. 59. ....

§ 1.º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...)

b) quando se contestar a validade de leis ou atos do governo dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

Todavia, não obstante a clareza dos preceitos, imperou alguma perplexidade diante da inovação e como assevera Gilmar Ferreira Mendes<sup>4</sup>, em citação de trabalho de Rui Barbosa, de 1893, a que ora transcrevemos, verificou-se a amplitude deste instituto adotado pelo regime republicano, com o reconhecimento desta prerrogativa do Poder Judiciário (cf. *Os Atos Internacionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, pp. 57/59, Companhia Impressora, Capital Federal, 1893):

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2.<sup>a</sup>, 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."

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 juizes 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 contra (art. 59, § 1.<sup>o</sup>, 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 *autoidade 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, inversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito.

Posteriormente, já no ano de 1894, a Lei n.º 221, que completou a organização da Justiça Federal, foi categórica em exigir que

---

4 GILMAR F. MENDES — *O Controle da Constitucionalidade*.

a inconstitucionalidade fosse manifesta, ao afirmar, no seu art. 13, § 10, que “os juízes e Tribunais federais processariam e julgariam as causas fundadas em lesão de direitos individuais, por ato ou decisão das autoridades administrativas da União; e que eles apreciariam a validade das leis e regulamentos, e deixariam de aplicar, aos casos ocorrentes, as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Aí se exigiu, entretanto, fosse manifesta a inconstitucionalidade dos atos impugnados, tendo em vista que, segundo a jurisprudência dos Tribunais americanos, se presumia a sua constitucionalidade, e só se declarava a inconstitucionalidade se necessária para o julgamento do feito.”

Desta forma, este preceito reveste, na lição de Marcelo Caetano<sup>5</sup>, “a maior importância na história da fiscalização da inconstitucionalidade das leis e regulamentos pelo Poder Judiciário no Distrito Brasileiro, porque, afastando a idéia de anulação dos atos inconstitucionais normativos, incorretamente surgida em textos anteriores, determina que no caso de os juízes e Tribunais, ao apreciarem a validade desses atos, concluírem pela invalidade, apenas deixarão de aplicá-los aos casos ocorrentes, isto é, negam-lhes eficácia nas hipóteses *sub judice*. E determina mais que os julgadores só procedam assim quando a invalidade seja *manifesta* e não controversa, isto é, sobre a qual não possa ser formulada “dúvida razoável”. Além disso, fica claro que a apreciação da constitucionalidade pode ter lugar *ex officio*”.

Não havendo mais dúvida, quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle da constitucionalidade e, tendo a reforma constitucional de 1926 não modificado a substância dos artigos referentes ao *judicial review*, consolidava-se, por fim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro.

### 3. A Constituição de 1934

Suprimida a Constituição de 1891 pela revolução de 1930, veio a Constituição de 1934 promover e introduzir profundas alterações e significativos avanços no nosso sistema de controle da constitucionalidade.

Inicialmente reproduziu, no art. 76, item III, letras *b* e *c*, o constante das letras *a* e *b* do art. 60 da Constituição de 1891, com a modificação retro-apontada, da reforma de 1926. Mas, com pequenas alterações nos seus termos. Prescreveu que competia aos Juízes e Tribunais Federais processar e julgar: *a*) as causas em que alguma das partes fundasse a ação ou a defesa, em disposição da Constituição Federal; *b*) todas as causas propostas contra o Governo da União, ou Fazenda Nacional, fundadas

<sup>5</sup> MARCELO CAETANO — *Direito Constitucional*, vol. II, Forense, 1987.

em disposições da Constituição, em lei, e em regulamento do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo.

Inovou esta Constituição ao estabelecer *quorum* para declaração de inconstitucionalidade, expresso no art. 179, *verbis*:

“Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

Ressalte-se que envolveu este preceito acolhimento expresso, de orientação que nesse sentido firmava a jurisprudência norte-americana, a fim de evitar decisões declarando a inconstitucionalidade de atos legislativos e executivos por simples maioria, que não asseguravam a certeza na orientação da Corte de Justiça.

Outra grande novidade introduzida foi a prevista no art. 91, n.º 10, que atribuiu ao Senado competência para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Celso Agrícola Barbi<sup>6</sup> lembra que “apesar da imprecisão revelada na expressão “Poder Judiciário”, que levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, o dispositivo era de grande alcance e correspondia a exigência decorrentes dos costumes da magistratura brasileira. É que, nos Estados Unidos, dada a submissão dos órgãos da justiça à jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que deriva da formação tradicional nos países do *common law*, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la pela regra dos precedentes judiciários.

Mas a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes. De modo que as leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juizes não convencidos do acerto da decisão daquela alta Corte. Por outro lado, o sistema de declaração por via de exceção tem, logicamente, a conseqüência de que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida, o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pela mais alta Corte do País, continuava ela em vigor.”

Portanto, fora esta inovação muito apropriada, porque dava efeito *erga omnes* a uma decisão proferida apenas *inter partes*, sendo até uma

---

6 CELSO A. BARBI — *Evolução do controle da Const. da Lei*, RDP 4/68.

fórmula política hábil, porque não abalava o princípio da independência dos poderes, pois a suspensão da execução de lei ficou sob a competência de um órgão do Legislativo — o Senado.

Outra inovação da Constituição de 1934 se encontra na possibilidade, reconhecida ao Supremo Tribunal Federal, de declarar a inconstitucionalidade de Constituição ou lei estadual, se provocado pelo Procurador-Geral da República, *ex-vi* do § 2.º do seu art. 12. Tal hipótese era admitida quando os Estados federados, ao se organizarem constitucionalmente, ou mediante lei ordinária, violassem os princípios constitucionais, enunciados no art. 7.º, I, letras *a* e *h*, isto é, deixassem de respeitar uma dessas normas consideradas pela Constituição Federal como cardeais do regime por ela instituído, *v.g.*, a forma republicana representativa, a independência e co-ordenação de poderes, a autonomia dos Municípios, etc.

Essa hipótese, como já se percebe e como salientou o já citado mestre Agrícola Barbi, “um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de “exceção”, mas sem constituir também tipicamente uma declaração por via de “ação”. Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois estas não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns”.

A Constituição de 34 ainda contribuiu indiretamente para o controle da constitucionalidade, ao arrolar o mandado de segurança como instituto destinado a facilitar ao cidadão a luta na defesa de direitos lesados por atos ilegais ou inconstitucionais do Poder Público (art. 113, 33), o que inclusive ajudou a firmar a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais.

#### 4. A Constituição de 1937

Com o golpe de Estado de 1937 e outorga da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, que vigorou até 1946, apesar de terem permanecidos em vigência os princípios constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade, o período foi de grande retrocesso e isso se explica por diferentes maneiras. O mandado de segurança, instituto criado pela Constituição anterior — 1934 —, para garantir ao cidadão defesa na luta pelos direitos lesados por atos ilegais e inconstitucionais do Poder Público, excluía de apreciação judicial os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores de Estado.

Da fase ditatorial que o Brasil veio a conhecer dali para a frente, até o término da Segunda Grande Guerra, como o Estado Novo, a atividade do controle da constitucionalidade foi grandemente reduzida.

Todavia, a Carta de 1937 trouxe no parágrafo único do art. 96 como novidade a possibilidade da revisão, pelo Executivo e Legislativo, da declaração da inconstitucionalidade pelo Judiciário, *verbis*:

“Art. 96. ....

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento, se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Prescrevendo dispositivo de tal natureza, embora engenhoso para resolver o problema da separação entre os poderes, foi alvo maior de críticas do que de elogios por parte de renomados juristas da época e da atualidade. Na defesa dessa restrição aliaram-se Francisco Campos, Lúcio Bittencourt e Cândido Mota Filho, dentre outros, todos amparados no argumento central de que com o referido parágrafo único se atenuava a supremacia do Judiciário sobre os outros poderes, e assim, melhor se estabelecia o sistema de freios e contrapesos que a teoria da separação dos poderes objetiva.

Contudo, a grande maioria dos juristas pátrios, que se manifestaram a respeito, foram contra esse indiscutível retrocesso. A pretendida supremacia do Judiciário, a argüida ditadura de Toga, pelo exercício por parte dele da prerrogativa de fazer prevalecer o contexto da Lei Maior sobre a Lei Menor, nunca existiu e não existirá jamais, pois com isso simplesmente exerce a sua função de julgar. Por conseguinte, não melhorou, mas piorou o sistema de freios e contrapesos, previsto pela teoria da separação dos poderes, o parágrafo único referido.

Na verdade, perturba o exercício de uma função jurídica por seu órgão próprio, substituindo-o por órgão a que compete função política, e em matéria de dizer o direito, de realizar a Justiça. Não atenua a supremacia do Judiciário, pois jamais ocorre, em levando a efeito a função que lhe é peculiar, e a sua pretensa ditadura não passa do governo dos Juizes segundo o Direito e a Justiça. A intervenção do Executivo ou Legislativo nessa matéria só serve para perturbar a atuação do Direito e da Justiça, procurando soluções jurídicas com preocupações políticas, de conveniência e oportunidade, como 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.

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).

Do Texto Constitucional não constavam, igualmente, as disposições sobre a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. Não cuidava, também, da atribuição do Procurador-Geral da República para representar o Supremo Tribunal Federal na hipótese de violação aos princípios constitucionais sensíveis.

### 5. A Constituição de 1946

A Constituição de 18 de setembro de 1946, que vigorou até 15 de março de 1967, restaurou a tradição do controle judicial no Direito Brasileiro, mantendo, ainda, com algumas modificações, todos os princípios relativos à declaração da inconstitucionalidade.

Esta Constituição 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).

Também contribuiu ela para a ampliação das oportunidades de controle da constitucionalidade de lei, ao elevar novamente à categoria constitucional o mandado de segurança, admitindo-o contra ato de qualquer autoridade, sem distinguir a sua hierarquia (art. 141, § 24), abrangendo, assim, os atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores dos Estados, etc. Além disso, o aludido inciso suprimiu a exigência anterior de ser o ato atacado pelo mandado de segurança manifestamente ilegal ou inconstitucional, o que ampliou a área de ação do remédio constitucional.

Ainda na vigência da Constituição de 1946 realizou-se abrangentemente reforma constitucional através da Emenda n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que de relevo introduz a competência do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 2.º). Assim sendo, a ação direta desvinculou-se dos fins de intervenção federal, conforme Textos Constitucionais anteriores.

## 6. A Constituição de 1967

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano, reproduziu todos os artigos de 1946 referentes ao controle da constitucionalidade, e parte das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 16/65, não trazendo, destarte, grandes mudanças no sistema de controle.

Sofreu esta Constituição inúmeras emendas, inclusive a de n.º 1, de 17-10-1969, que lhe deu nova redação.

Como inovação é de ressaltar-se a alteração referente à ação direta do Procurador-Geral da República a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em caso de exame abstrato de norma impugnada. De fato, não apenas se manteve a novidade trazida pela Emenda n.º 16, de 26 de novembro de 1965, como sofreu ela grande alteração pela Emenda n.º 7/77, que criou a hipótese da representação versar também sobre a interpretação de lei. O texto em vigor determina a competência do Supremo Tribunal para julgar "a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual".

Verifica-se, também, que a Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n.º 16, que permite 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. 199, 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.

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).

### 7. A Constituição de 1988

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 introduziu, como duas grandes novidades, a inconstitucionalidade por omissão e ampliou a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que o descumprimento, ou violação, da Constituição tanto ocorre quando um ato é praticado contra a Lei Magna (em desobediência a seus preceitos formais ou materiais) ou quando se deixa de dar execução a um programa (a uma norma programática) por ela traçado. Esta última hipótese é a da inconstitucionalidade *por omissão*, por parte do legislador e (ou) administrador que deve implementar o programa.

A caracterização de omissão, porém, não é fácil, pois o legislador tem a discricção, ou seja, a apreciação da *oportunidade* e da *conveniência* de dar execução ao programa. Por isso, em se tratando de omissão de lei, o Supremo Tribunal Federal não poderá senão dar "ciência" ao Legislativo (art. 103, § 2.º, primeira parte). Se a omissão, porém, for de medida administrativa, o Supremo Tribunal deverá fixar prazo, no máximo de trinta dias, para sua efetivação (art. 103, § 2.º, última parte).

E, quanto à *legitimatio* ativa, pertencia ela, anteriormente, tão-só ao Procurador-Geral da República. Agora, tanto na inconstitucionalidade por ação como na por omissão, são competentes para propor a ação o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em resumo: à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão e o controle da constitucionalidade é o jurisdicional (influência do constitucionalismo norte-americano e instituído como a Constituição de 1891), combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade (esta inovação e aprimoramento das Constituições de 1934 e 1946, respectivamente). E, de acordo como o

atual controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.

Compreendendo a ação direta de inconstitucionalidade de três modalidades:

A *interventiva*, criação inicial da Constituição de 1946-EC de 1965 e destinada a promover a intervenção federal em Estado ou em Município, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, *a* e 129, IV), ou estadual por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV).

A *genérica*, de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em *tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual*, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente à defesa do princípio da supremacia constitucional (art. 102, I, *a*, e 103, incisos e § 3.º); de competência do Tribunal de Justiça de cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em *tese*, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2.º), dependendo da previsão nesta.

E a denominada por José Afonso da Silva, como *supridora de omissão*, do legislador, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela constituição, do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2.º).

#### IV. Conclusão

A Constituição, sendo resultado do comportamento da sociedade que a ela se submete, diante da realidade econômica, social, cultural, ratifica e eleva a norma fundamental, emprestando maior vigor aos anseios do homem.

Tais anseios estão sempre evoluindo, por diversas razões, que não cabe aqui reconhecer, pois as relações entre os homens evoluem. Assim, inexistente pretensão de completude do sistema constitucional, que quer chegar sempre mais perto das necessidades do povo. Essa característica permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento para que seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo. A exemplo disso, é a inserção no Texto Constitucional vigente de vários preceitos visando à conservação e defesa do meio ambiente, preocupação bem atual da sociedade em geral.

É exatamente aí que o controle jurisdicional exerce seu importante papel, para que, sempre que alterado ou modificado o ordenamento jurídico ou programa de governo, sejam os direitos fundamentais garantidos, e a vontade do povo preservada.

## V. *Bibliografia*

- BANDEIRA DE MELLO**, Oswaldo Aranha — *A Teoria das Constituições Rígidas*, José Bushetsky Editor, São Paulo, 1988, 2ª ed. 240 p.
- BARBI**, Celso Agrícola — Evolução do controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil, *Revista de Direito Público*, abr./jun. 1968, nº 4, pp. 34/43.
- BARROS**, Joaci Paulo Alexandre de — O Ministério Público e a Representação por Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal ou Estadual, *Revista de Informação Legislativa*, nº 87, jul./set., 1985, pp. 269 a 318.
- BITTENCOURT**, Lúcio — *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rev. Forense, 1968.
- CAETANO**, Marcelo — *Direito Constitucional*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 387 a 393.
- CUNHA**, Therezinha Lúcia Ferreira — Poder Constituinte e Poder de Revisão Constitucional. O controle da Constitucionalidade da Emenda Constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, nº 86, abr./jun., 1985, pp. 41 a 76.
- FERREIRA DA CAMARA**, Maria Helena — A Interpretação Constitucional e o Controle da Constitucionalidade das Leis, *Revista de Informação Legislativa*, nº 95, jul./set. 1987, pp. 117 a 126.
- FIDÉLIS**, Ernane dos Santos — O Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos, *Revista dos Tribunais*, ano 79, nov. de 1990, vol. 661, pp. 26/36.
- FILHO**, Cândido Mota — A Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil, *Revista Forense*, abr./jun. 1941, vol. 86, nº 454, pp. 273 a 279.
- MENDES**, Gilmar Ferreira — *O Controle da Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, pp. 169 a 193.
- PINTO FERREIRA** — Princípio da Supremacia e Controle da Constitucionalidade das Leis, *Revista de Direito Público*, nº 17, pp. 17 a 33.
- POLETTI**, Ronaldo Rebello de Britto — *Controle da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- VASCONCELLOS**, Wilson Acclio de — Origens do Controle da Constitucionalidade das Leis, *Revista de Informação Legislativa*, nº 11, set./86, pp. 59 a 68.