

A Supremacia da Constituição - Controle Abstrato da Constitucionalidade das Leis e dos Atos - Simplificação do Sistema Misto Brasileiro como Decorrência da Evolução dos Meios de Controle

Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes

Juiz de Direito da 37ª Vara Criminal da Capital

O presente trabalho pretende ser não um estudo de caso concreto, mas um resumo de aspectos relevantes das memoráveis palestras proferidas no Curso de Controle de Constitucionalidade realizado na EMERJ, sistematizando as várias informações e doutrinas debatidas, a fim de procurar um sentido para a evolução do Direito brasileiro.

O controle de constitucionalidade, do ponto de vista histórico, não proveio, em seus primórdios, de um texto escrito. Os elaboradores da Constituição americana, embora tenham debatido o assunto, não o inseriram no corpo de atribuições da Corte Suprema.

O grande paradigma, portanto, foi a decisão proferida, em 1803, no clássico caso “Marbury versus Madison”, que deu origem à chamada “Doutrina Marshall”. No caso em questão, Marbury fora nomeado pelo Presidente John Adams para exercer o cargo de Juiz de Paz do Distrito de Colúmbia. Embora tenha havido a designação, ela não havia sido efetivada quando Thomas Jefferson tomou posse. O novo Presidente, verificando que não havia formalização da nomeação, determinou a James Madison, seu Secretário

de Estado, que a revogasse. Marbury, baseado na Lei Judiciária de 1789, requereu à Corte Suprema que ordenasse a Madison nomeá-lo.

A Lei Judiciária conferia à Corte Suprema a autorização de expedir ordens de “mandamus” a pessoas exercentes de cargos públicos. Marshall, todavia, sustentou que a jurisdição original da Corte Suprema estava prescrita na Constituição e não incluía o poder de expedir “mandamus”. Segundo ele, o Congresso não tinha poderes para alterar a jurisdição da Corte Suprema, acrescentando o disposto na Lei Judiciária. Em decorrência, o pedido de Marbury a respeito do “mandamus” foi recusado.

Assim, tendo declarado nula uma parte da Lei Judiciária, Marshall conseguiu ver vitorioso seu argumento de que o tribunal poderia declarar inconstitucionais leis do Congresso. Segundo o “Chief Justice”, o Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da Constituição. Tal afirmativa lançou as bases da supremacia constitucional e dos fundamentos do controle judicial das leis, segundo os quais é nula qualquer lei incompatível com a Constituição, e à Corte Suprema compete a revisão dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo que violem as normas constitucionais.

No Brasil, o controle judicial foi posto em prática apenas a partir da Constituição de 1891, porquanto, no regime da Carta de 1824, as interpretações dos atos legislativos ficavam a cargo da Assembleia Geral – art. 15, nº 09 -, que, por exemplo, decretou a maioria do Imperador Pedro II e desfigurou o Ato Adicional de 1834.

O Decreto nº 848 de 1890, editado logo após a Proclamação da República, organizava a Justiça Federal e atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir, em grau de recurso, acerca das sentenças definitivas dos tribunais e juízes dos Estados, quando a validade de uma lei ou ato seja posta em questão “como contrária à Constituição, aos tratados e leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou do ato”.

A Constituição de 1891 ratificou a instituição do controle judicial em seus artigos 59 e 61.

O controle constitucional, na República Velha, entretanto - a des-

peito dos esforços de Rui Barbosa, mormente no famoso *Habeas Corpus* impetrado em 1893 -, carecia de instrumentos jurídicos que dessem efetividade à competência do Supremo Tribunal Federal. Este julgava as causas decididas pelos juízes e tribunais federais em grau de recurso. No caso de justiças estaduais, caberia recurso para o STF quando a decisão em última instância considerasse válidos os atos impugnados. A Lei nº 221, de 20/11/1894, fixou o conceito de que os juízes e tribunais apreciarão a validade de leis e regulamentos e deixarão de aplicar as “leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

O controle de validade da Constituição pelo STF assim ficou restrito, ocorrendo a alteração apenas na Emenda Constitucional de 05/09/1926, quando foi dado ao STF o poder de dirimir conflitos entre juízes federais e estaduais, assim como para processar e julgar causas em que houvesse violação de disposição da Constituição Federal.

A Constituição de 1934 apresentou, como inovação, a Representação de Intervenção Federal, introduzindo o padrão europeu de controle concentrado – típico dos modelos parlamentaristas consagrados nas Constituições do início do século XX, mormente a de Weimar. Além disso, o Recurso Extraordinário foi consagrado como instrumento de controle constitucional, no âmbito concreto, de padrão americano.

Com a Representação para Intervenção Federal, a questão política de conflitos entre a União e os Estados – muito comum na República Velha, principalmente no governo do Marechal Hermes da Fonseca – foi transformada em questão jurídica, a ser decidida pelos integrantes do STF – chamado, naquela Carta, de Corte Suprema, com Ministros vitalícios e integrantes do Poder Judiciário, ao contrário do padrão europeu.

Ao Senado Federal, foi incumbido o papel de “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência”. O art. 91, IV trouxe a mesma norma que está no atual art. 52, X, da Constituição de 1988, cabendo ao Senado Federal a suspensão da execução de lei, ato, deliberação ou regulamento, quando

declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Note-se que, em 1934, o sistema brasileiro ainda não tinha a tradição do “judicial review” americano, diante da notória falta de independência dos juízes, que, na República Velha e no Império, eram nomeados pelo Poder Executivo sem concursos públicos. Da mesma forma, os Ministros da Corte Suprema não assimilaram a noção de “controle”, agindo como se ainda houvesse imunidade dos atos do chefe do Executivo.

Nesse contexto, no qual o controle incidental ainda era incipiente, a Carta de 1934 instituiu o início do controle concentrado – a Representação de Intervenção Federal.

Abstraída a fase autoritária da Constituição de 1937 – que previa que o Presidente da República poderia submeter a lei declarada inconstitucional ao Parlamento, que teria possibilidade de revalidá-la e tornar sem efeito a decisão do STF -, o sistema de controle de constitucionalidade, a partir da redemocratização de 1946, manteve os institutos consagrados na época – Representação para Intervenção, poder do Senado de suspender a execução de atos declarados inconstitucionais e o Recurso Extraordinário.

Com o golpe militar de 1964, houve alterações significativas no sistema brasileiro. A Emenda Constitucional nº 16/1965 instituiu a Representação de Inconstitucionalidade, privativa do Procurador Geral da República. A Representação Direta de Inconstitucionalidade ampliou o controle concentrado da constitucionalidade de leis. Antes, no caráter difuso, a declaração da Corte Suprema era comunicada ao Senado, que tinha a prerrogativa de suspender, no todo ou em parte, a norma declarada inconstitucional.

Inicialmente, o STF continuou a comunicar ao Senado todas as decisões declaratórias – inclusive aquelas proferidas no bojo de Representações de Inconstitucionalidade no controle concentrado.

O ato do Senado - que dava caráter *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade -, contudo, tinha conteúdo político e, muitas vezes, a despeito de reiteradas decisões do STF, não havia a expedição de Resolução que suspendesse os efeitos da norma impugnada.

Em decorrência, aos poucos, a Suprema Corte alterou sua prática,

passando até mesmo a deferir medidas cautelares nos procedimentos de controle concentrado, que antecipavam os efeitos da suspensão da norma.

A partir da Emenda Constitucional nº 07/1977, essa possibilidade passou a ser prevista na Constituição, juntamente com a avocação de causas processadas perante quaisquer Juízos ou Tribunais.

O resultado é que o sistema brasileiro, partindo do controle incidental puro – de inspiração norte-americana –, foi, aos poucos, incorporando institutos de controle concentrado europeu, o que fez com que as várias demandas individuais começassem a perder importância para discussões coletivas.

Com a Constituição de 1988, o controle concentrado ganhou mais abrangência, pois a ADIN não tinha mais como legitimado único o Procurador Geral da República – a nova Carta previa a mesma prerrogativa para o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Conselho Federal da OAB, os Partidos Políticos e entidades de classe de âmbito nacional.

Ademais, instituiu-se, expressamente, a possibilidade de controle de inconstitucionalidade por omissão. Posteriormente, já na Emenda Constitucional nº 03/1993, acrescentou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que poderia conferir efeitos vinculantes a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, inclusive para medidas cautelares.

Dentro dessa progressão, as normas previstas no Código de Processo Civil, reformado em 1998, passaram a dispor que recursos manifestamente contrários à jurisprudência predominante poderiam ter negado o seu seguimento. Da mesma forma, se a decisão for manifestamente contrária a tal jurisprudência, o Relator, em decisão monocrática, poderá dar provimento ao recurso.

Assim, mesmo no caráter incidental, verifica-se que a jurisprudência do STF ganhou caráter normativo, tendo efeitos para as partes e também *erga omnes* e abstratos.

As Leis nº 9.868/99 e 9.882/2000 conferiram aos procedimentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade caráter de processo legislativo, prevendo audiências públicas e a possibilidade de concessão de efeitos di-

feridos no tempo (“modulação”). Os efeitos das decisões terão eficácia *erga omnes* e vinculantes aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, em todos os níveis, compreendendo, inclusive, a interpretação conforme a Constituição e a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade, sem redução de texto.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 instituiu a chamada Súmula de efeitos vinculantes, com o objetivo de regulamentar a validade, a interpretação e a eficácia de normas acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública. Uma vez editada a Súmula Vinculante, de qualquer ato administrativo ou decisão judicial que a contrariar, caberá Reclamação ao STF, que anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, determinando que outra seja proferida.

Os órgãos fracionários dos tribunais estão impedidos de acolher arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato, devendo submeter a questão ao Pleno ou Órgão Especial, salvo nos casos em que já houver pronunciamento do próprio tribunal plenário ou do STF sobre a questão. Segundo a Súmula Vinculante nº 10, a chamada “reserva de plenário” vigora mesmo nas hipóteses em que a discussão não tem a inconstitucionalidade como tema principal.

Fica patente, pois, que a Carta de 1988 e a legislação posterior radicalizaram o caráter concentrado do controle de constitucionalidade.

São muitos os instrumentos e ações previstos – que compreendem também o Mandado de Injunção e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental –, todos com a possibilidade de atribuição de efeitos vinculantes, *erga omnes* e *ex-nunc*. As medidas cautelares são admitidas de modo amplo e também permitem efeitos coletivos e que atinjam pessoas indeterminadas.

Em 23/02/2006, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, concedendo ao Paciente o direito de progressão de regime, bem como destacando que a declaração não geraria consequências jurídicas para as penas já extintas.

Havendo resistência em generalizar o entendimento para outros be-

neficiados, porque os efeitos da decisão eram *inter partes* e não havia sido a norma suspensa pelo Senado, foi ajuizada Reclamação nº 4.335/2006, contra decisão da Vara de Execução Penal de Rio Branco, no Acre, que mantinha a validade da norma declarada inconstitucional.

A Reclamação gerou divergência no próprio STF, tendo os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau proferido votos no sentido de que qualquer decisão de declaração de inconstitucionalidade, mesmo na via concreta, possui efeitos *erga omnes*, não havendo necessidade da Resolução prevista no art. 52, X, da Constituição Federal. Esse dispositivo teria sofrido mutação constitucional em virtude de diversas modificações nos instrumentos de controle de normas, mormente a própria possibilidade de se suspender, por medida cautelar, com eficácia geral, leis ou atos normativos. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, defendeu expressamente que “ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, O CONSTITUINTE RESTRINGIU A AMPLITUDE DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE”.

Com efeito, nos últimos anos, vem ganhando força a tese da “transcendência dos motivos determinantes” das decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que no controle incidental.

Mesmo antes das profundas transformações da legislação de controle de constitucionalidade, a “abstrativização” do controle difuso já era defendida pelo Ministro Moreira Alves, que, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01/1993, perguntava se fazia sentido “não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país”. Assinalava que não se deviam fomentar “decisões expressivas de rebeldia”, inexistindo interesse público nesse tipo de política.

No mesmo diapasão, Gilmar Mendes, no Processo Administrativo nº 318.715/STF, sustentou que o Recurso Extraordinário deixa de ter caráter subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir “a função de defesa da ordem constitucional objetiva”. A função dos REs não é a de resolver conflitos entre partes, nem o de revisar a decisão das “cortes inferiores”, sendo uma ferramenta para que o STF analise a validade em

abstrato da norma impugnada.

Tal entendimento foi seguido pela Ministra Ellen Gracie, no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, de 2004, no qual foi dispensado o requisito do prequestionamento, porquanto a inconstitucionalidade de lei municipal já havia sido declarada pelo próprio STF. O precedente foi aplicado a todos os casos análogos.

Sepúlveda Pertence, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 298.694/2004, salientou que o RE “transcende ao interesse das partes e se amolda como instrumento para controle abstrato da constitucionalidade”.

A conclusão é que, dada a pouca tradição do Direito brasileiro no controle incidental, mesmo antes da introdução de ferramentas de controle concentrado, estas, quando adotadas, seja pelo legislador, seja pelo julgador, passaram a ter maior eficácia do que os meios concretos de controle de constitucionalidade.

Todavia, os Ministros do STF continuam recebendo todos os anos, milhares de processos que buscam mudar decisões de “tribunais inferiores” pela via do Recurso Extraordinário. Os órgãos de direção dos tribunais estaduais e federais de segunda instância continuam a negar seguimento a inúmeros recursos, ensejando a propositura de outros tantos Agravos de Instrumento para que a pretensão venha a ser apreciada pela Corte Suprema.

É evidente a irracionalidade da manutenção de tal sistemática, quando a Constituição da República e mesmo leis ordinárias já preveem instrumentos mais rápidos e mais eficazes de controle de constitucionalidade.

A interposição do Recurso Extraordinário, atualmente, tem a função de impedir o trânsito em julgado das sentenças julgadas pelos “tribunais inferiores”, ensejando a impunidade de crimes - muitas vezes graves - e a dilação do pagamento de dívidas - não raro, as contraídas pelo próprio Poder Público.

Em decorrência, urge a modificação da sistemática do controle difuso.

Não há mais sentido em se prever, como competência do STF, o julgamento de Recursos Extraordinários, porquanto a natureza destes vem sendo desvirtuada para que se transformem em “pequenas ADINs” - propostas não pelos legitimados constitucionais, mas sim por espertos Advoca-

gados “chicaneiros”.

A proposta do signatário é simples. O STF teria como competência primordial o julgamento dos instrumentos de controle abstrato - como a ADIN, a ADC, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Inconstitucionalidade por Omissão -, ficando como única via de controle incidental o Mandado de Injunção previsto no art. 102, I, “q”, da CF.

O Recurso Extraordinário do art. 102, III, “a”, “b” e “c” seria extinto, assim como os Recursos Ordinários em *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas Data* e Mandado de Injunção. Ficaria mantida a competência originária do STF e o Recurso Ordinário em crime político, assim como o Recurso Extraordinário, quando presente conflito entre lei local e lei federal.

Havendo arguição de inconstitucionalidade ou negativa de vigência de lei federal – mesmo que não haja fundamento em inconstitucionalidade - nos julgamentos das causas em segunda instância, os órgãos fracionários dos tribunais, sejam eles “superiores”, sejam eles “inferiores”, teriam que se valer, obrigatoriamente, da Súmula Vinculante nº 10, remetendo a questão ao Pleno, que a decidirá na forma da legislação vigente.

Se a questão já tiver sido decidida pelo próprio STF, caberá Reclamação, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal. Se, de outra sorte, a Corte Suprema não se tiver manifestado sobre a matéria, qualquer das partes litigantes ou o Ministério Público poderá, por simples requerimento ao STF, postular que a questão seja apreciada por esse Tribunal. A decisão da Corte Suprema terá caráter vinculante, *erga omnes*, com efeitos “modulados” e será utilizada como paradigma para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nas três esferas - sendo passível de Reclamação eventual descumprimento.

Contudo, a decisão da segunda instância será a última, não impedindo a coisa julgada eventual requerimento de reapreciação da causa pelo STF.

O sistema brasileiro, em decorrência, ficaria mais racional, impedindo que o Recurso Extraordinário sirva como instrumento de impunidade, seja para crimes graves, seja para comportamentos ilícitos de empresas ou

dos próprios administradores públicos.

A mudança no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tornando-o, no âmbito do STF, mais concentrado, segue a lógica da própria evolução dos instrumentos no decorrer de nossa história. Não se pode ficar apegado a uma sistemática recursal mastodôntica e ineficaz, que gera impunidade e causa perplexidades e contestações na sociedade. Se a própria Corte Suprema vem reconhecendo que a natureza de suas decisões deve ter caráter genérico e abrangente, não tem sentido a manutenção de um *judicial review* ultrapassado e sem tradição, como é o caso do brasileiro. ◆