

RELAÇÃO E TENSÃO ENTRE O CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

BRAZILIAN SYSTEM OF CONSTITUTIONAL REVIEW: A HISTORICAL APPROACH

Marcelo Casseb Continetino¹

Resumo:

O presente artigo analisa a relação entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade no Brasil. Munido do aporte teórico da história do direito, analisa dois momentos históricos distintos na formação do controle de constitucionalidade das leis e identifica certas inconsistências existentes no sistema brasileiro de controle, denominado de sistema misto.

Em seguida, enriquecido por uma perspectiva temporal estendida, realiza uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Reclamação nº 4335 e, nessa mesma linha, sugere uma interpretação à norma do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, que define o papel que o Senado Federal deve exercer em relação ao controle judicial da constitucionalidade.

Palavras-chave: controle difuso, controle concentrado, história.

Abstract:

This article investigate the relationship between the judicial review and the constitutional review arouse under Brazilian Constitution, in 1965. From the theoretical legal history point of view, it analyzes two distinct historical moments in the formation of Brazilian constitutional review and identifies some inconsistencies in the Brazilian system, known as combined system of judicial review.

Based on these premises, and adopting an extended temporal approach, this article criticizes the decision taken by the Brazilian Supreme Court in the Reclamação nº 4335, and, on the same perspective, it suggests an interpretation of Brazilian Constitutional by which is defined Senate's role in constitutional review.

Keywords: judicial review, constitutional review, history.

¹ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB)/Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professor de Direito Constitucional do Curso de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região. Procurador do Estado de Pernambuco. Críticas e sugestões: marcelo_casseb@yahoo.com.br.

1. Introdução

Recentemente a delicada relação entre o controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil voltou a ser posta em evidência por ocasião da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Reclamação (Rcl) nº 4.335, cujo julgamento chegou ao fim em março de 2014. A decisão, mais do que envolver uma simples questão de técnica decisória, põe em xeque o próprio modelo de jurisdição constitucional brasileiro e seus limites, jogando ao centro do debate o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal: a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A doutrina constitucional brasileira, por sua vez, tem mostrado bons resultados na valoração e na crítica das decisões do STF sobre os mais diversos ângulos temáticos e perspectivas de abordagem: o diálogo entre o direito constitucional e a ciência política, a sociologia, a economia, a filosofia dentre outras disciplinas mostra-se profícuo. Contudo, a reflexão do direito constitucional à luz dos parâmetros oferecidos pela história do direito ainda se revela bastante insuficiente, particularmente quando se verifica que muitas das dificuldades enfrentadas hoje no âmbito do controle da constitucionalidade arrastam-se há séculos na história institucional brasileira (e mundial). Há, portanto, pouca espessura histórica no direito constitucional brasileiro, o que compromete a percepção e a compreensão da realidade jurídica e política².

Desse modo, a partir do diálogo entre o direito constitucional e a história, o presente artigo se propõe a discutir dois momentos históricos da formação do sistema de controle da constitucionalidade das leis no Brasil com o objetivo de oferecer novos olhares sobre as polêmicas oriundas das decisões do STF, especialmente daquela proferida na Rcl nº 4335. Por conseguinte, estruturou-se este texto em três itens, além desta introdução e da conclusão: no primeiro, serão elaboradas algumas considerações acerca da relação entre direito e história; no segundo, serão examinadas particularidades do contexto histórico de formação do controle difuso e concentrado no Brasil; no terceiro, será mostrado que a falta de espessura histórica nas soluções constitucionais, não raro, conduz a soluções equívocas e inapropriadas.

2. História, direito e usos da história na argumentação jurídica

² Sobre a falta de “espessura temporal” nas ciências sociais, vide: LE GOFF, Jacques. **Reflexões sobre a história**. Trad. António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 7 e ss.

Muitas são as possibilidades em que história e direito assemelham-se e podem ajudar-se mutuamente, conforme já mostraram diversos estudiosos a exemplo de Carlo Ginzburg³ e Piero Calamandrei⁴. De um lado, o dever de imparcialidade e de objetividade acomete tanto o historiador quanto o juiz, que devem formular juízos sobre uma verdade constituída por métodos e regras específicas, qualificá-la e a ela atribuir consequências. De outro lado, os afazeres do juiz e do historiador apartam-se em face da relativa liberdade de que goza o historiador para definir temas e formular problemas, enquanto que o juiz não escolhe seus temas de trabalho, sempre atuando reativamente à provocação das partes.

Há outro tipo de relação entre história e direito que diz respeito à forma como o direito filtra a história, ou seja, refere-se ao uso da história na argumentação jurídica⁵. Esse tema foi bem analisado pelo historiador norte-americano Robert Gordon⁶, que divisou três modelos distintos no uso da história no discurso judicial: estático, dinâmico e crítico.

Sob o ponto de vista estático, o argumento histórico é utilizado para manter-se o sentido de uma norma ou de uma prática imodificável. Pretende-se favorecer-las com uma espécie de “cláusula de eternidade”, de modo que certa interpretação, prática ou instituição se tornasse a-histórica e, portanto, intangível, universal e dotada de inquestionável legitimidade. Importaria, na prática, em sua transcendentalização ou sacralização, permitindo à continuidade do *status quo*. A tradição, nesse contexto argumentativo, exerce a função de atribuir autoridade ao passado histórico, que simplesmente por ter existido deve permanecer a existir.

A segunda forma de utilização do argumento histórico, que se enquadra no modelo dinâmico, distingue-se apenas em parte do modelo estático. Aqui o argumento volve ao passado para reclamar por mudança: leis, práticas e instituições devem ser revistas à medida que as circunstâncias mudam. Há uma inerente perspectiva evolutiva a moldar essa forma de se pensar o passado, porque o argumento histórico funciona fundamentalmente para legitimar um resultado que naturalmente se espera alcançar: a história teria um curso linear à luz do qual é imprescindível o direito se amoldar. No entanto, o modelo dinâmico se aproxima do estático, porquanto se vale, de igual modo, da autoridade do passado para promover as mudanças na legislação, na interpretação das leis ou nas próprias instituições.

³ Cf. GINZBURG, Carlo. **Il giudice e lo storico**. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 16 e ss.

⁴ Cf. CALAMANDREI, Piero. **Il giudice e lo storico**. Milano: Giuffrè, 1939, *passim*.

⁵ Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Constitucionalismo brasileiro para além dos 25 anos*. **Revista Consultor Jurídico (CONJUR)**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-12/observatorio-constitucional-constitucionalismo-brasileiro-alem-25-anos3?pagina=3> [11 de outubro de 2013].

⁶ Cf. GORDON, Robert. *The struggle over the past*. **Cleveland State Law Review**: 1996, Vol. 44, p. 123-143.

Em ambos os casos, portanto, pretende-se usar o passado de modo autoritativo e vinculante do presente, seja para preservar a tradição, seja para incitar o progresso (ou o declínio).

A terceira forma de uso do argumento histórico, ainda segundo Robert Gordon, corresponderia ao uso crítico do passado, que se destina, sobretudo, a questionar a autoridade desse mesmo passado. A história, no modelo crítico, busca assinalar as continuidades e as discontinuidades entre o passado e o presente sem necessariamente identificar-se com algum resultado predeterminado. Sob tal orientação, tenta-se explicar o contexto de surgimento de certa lei, interpretação ou instituição no passado, para melhor compreender as leis, as interpretações e as instituições do presente. A história, portanto, constitui mais um instrumento de reflexão sobre a realidade circundante.

Nos próximos itens se observará que o modelo crítico pode oferecer precioso auxílio para reler-se criticamente a narrativa constitucional brasileira sobre a história constitucional, oportunizando novas formas de compreensão dos problemas jurídicos e políticos.

3. Formação histórica do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis

Não constitui o objetivo deste trabalho enveredar pela exaustiva descrição dos modelos de controle de constitucionalidade que influenciaram a formação do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. Ao invés, serão destacados alguns pontos da narrativa empreendida pela doutrina constitucional brasileira, a fim de lançar-se uma perspectiva de análise distinta da relação não harmônica entre o controle difuso e concentrado das leis bem como do impasse gerado pelo STF ao julgar a Rcl nº 4335.

O sistema brasileiro de controle denomina-se “misto”, por congregar elementos da tradição norte-americana (difuso) e austríaca (concentrado). Costuma ser apontado como um dos mais complexo e completo do mundo, já que praticamente não existiria um único ato normativo que escapasse aos “olhos da Constituição”.

“Misto” porque combina as duas principais tradições históricas do controle (norte-americana e austríaca), e, com base nisso, as características elementares desses modelos de controle são aqui adotadas como regras axiomáticas e irrefutáveis dentro de cujo âmbito a jurisdição constitucional brasileira deveria funcionar necessariamente. Sem exceções ou variações.

Assim, ensinam-se as principais características desses modelos constitucionais aqui recepcionados⁷, as quais podem ser agrupadas da seguinte forma esquemática:

- a) Controle difuso (Estados Unidos): Constituição de 1787, caso *Marbury v. Madison*, Suprema Corte, *chief justice* John Marshall, 1803, efeitos *ex tunc* e *inter partes* da decisão, princípio da *stare decisis*;
- b) Controle concentrado (Áustria/Europa): Constituição da Áustria de 1920, Tribunal Constitucional, Hans Kelsen, legislador negativo, efeitos *ex nunc* e *erga omnes* da decisão;
- c) Sistema Misto do Brasil:
 - c.1) Difuso: Rui Barbosa, Constituição Federal de 1891, efeitos *ex tunc* e *inter partes* da decisão;
 - c.2) Concentrado: Emenda Constitucional nº 16/1965, volume de processos no STF, racionalização dos julgamentos, Constituição Federal de 1988, “concentração” do controle, efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da decisão.

As propriedades elementares do controle acima mencionadas são tão insistente e acriticamente repetidas que terminam por configurar um mito: o mito da bipolaridade dos sistemas, o mito de que os efeitos da decisão no controle difuso devem ser *inter partes*, o mito de que sem o controle judicial não poderia haver Constituição.

Veja-se, contudo, que o mito não significa caracterizar certas explicações como destituídas de fundamento ou fruto de invencionices. A noção de mito se compraz com explicações superficiais da realidade, que, embora detenham alguma plausibilidade de verdade, terminam por desonerar o jurista de indagar mais a fundo as razões ou as causas subjacentes à realidade⁸.

No entanto, a recorrência com que esse “esquema” pretensamente explicativo do processo de formação do sistema brasileiro de controle vem sendo disseminado nos manuais nacionais e nas próprias decisões judiciais tem acarretado problemas gravíssimos por ignorar a dimensão histórica do direito constitucional e, por conseguinte, por não problematizar devidamente os fundamentos do nosso controle da constitucionalidade.

Com efeito, não são poucos os livros e os doutrinadores que concebem o controle judicial no Brasil como fruto de uma evolução lenta, progressiva e gradual, que se iniciou com a Constituição da República de 1891, graças ao gênio de Rui Barbosa, e atingiu seu auge com

⁷ Para uma visão panorâmica, vide: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 45-63.

⁸ Cf. GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 167-168.

a Constituição de 1988 e posteriores modificações, ao adotar o controle concentrado (e abstrato) como o principal instrumento de salvaguarda da higidez constitucional⁹.

Desse modo, parece necessário realizar uma breve incursão no contexto de formação dos dois sistemas clássicos de fiscalização da constitucionalidade das leis, ou melhor, das duas tradições de controle da constitucionalidade que foram predominantemente recepcionadas pelo direito constitucional brasileiro, dando margem ao sistema misto de controle.

3.1. Contexto de formação do controle difuso no Brasil

Já se mencionou aqui que a introdução do controle de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira está associada à sua previsão na Constituição de 1891 e também à ação incisiva de Rui Barbosa¹⁰. Sua história, porém, é bem mais remota e desmente a tradicional (ou mítica) narrativa de que na Constituição do Império não houve controle da constitucionalidade das leis em face de, pelo menos, três motivos: (i) existia o controle de constitucionalidade das leis exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, além do próprio Poder Moderador; (ii) os dispositivos constitucionais que atribuíam à Assembleia Geral a competência para interpretar as leis e para zelar na guarda da Constituição detinham uma semântica normativa distinta daquela que hoje se extrai dos mesmos conceitos e institutos; (iii) o pensamento constitucional da época, em diversas oportunidades, manifestou-se contrariamente ao controle da constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

Em relação à existência do controle da constitucionalidade das leis sob a vigência da Constituição do Império de 1824 (i), deve-se destacar preliminarmente o que se entende pelo conceito de “controle de constitucionalidade”. Entende-se que são distintas as noções de controle judicial, de controle da constitucionalidade e de jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional incorpora um procedimento de garantia destinado à conservação da essência da Constituição, que tanto pode ser desempenhado por instâncias neutras e imparciais, quanto por órgãos politicamente vinculados. Em sua acepção mais antiga, jurisdição constitucional revela uma noção mais abrangente: significa o ato de expor, de dizer

⁹ A tese de que a Constituição Federal de 1988 consagrou e priorizou o modelo concentrado da constitucionalidade, que, desde a Constituição de 1934 apresentava seus primeiros elementos de configuração no constitucionalismo brasileiro, é sustentada por Gilmar Ferreira Mendes, dentre outros nomes. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189-239.

¹⁰ São bastante sintomáticas as palavras de Luís Roberto Barroso sobre essa narrativa constitucional, profundamente enraizada na cultura jurídica brasileira: “Ausente do regime da Constituição imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido expressa previsão na Constituição de 1891”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57.

o direito que está na Constituição; portanto, engloba a noção de controle da constitucionalidade¹¹.

Já a definição de controle da constitucionalidade refere-se à prática institucional de salvaguarda da Constituição, por meio da qual um órgão judicial ou político (não judicial) tem a prerrogativa de examinar a validade da lei ou do ato normativo e de, em censura à sua incompatibilidade com a Constituição, aplicar-lhe as sanções estipuladas pelo respectivo sistema jurídico. É, pois, uma modalidade de jurisdição constitucional, unicamente concernida ao exame dos requisitos constitucionais de validade formal e material das leis e atos normativos.

O controle da constitucionalidade das leis, por sua vez, não se confunde com o *judicial review (of legislation)*, controle judicial (da constitucionalidade das leis) ou revisão judicial. O controle judicial das leis é uma espécie do gênero controle da constitucionalidade, na qual o órgão investido da competência de fiscalizar a validade dos atos normativos possui natureza judicial¹². Destarte, é essencial reter-se a diferenciação especialmente entre controle da constitucionalidade e controle *judicial* da constitucionalidade, cuja principal característica, ao fim, reside na natureza jurídica da instância que o realiza: órgão judicial ou órgão político (não judicial).

Com essas breves considerações, é inquestionável reconhecer que, na ordem constitucional imperial, configurou-se a prática do controle da constitucionalidade mediante expressa previsão constitucional. Com efeito, ele foi formalmente atribuído aos Presidentes da Província e à Assembleia Geral (e provinciais), nos termos da reforma constitucional implementada pelo Ato Adicional de 1834 (Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834), que introduziu um procedimento específico de tutela constitucional. O novo arcabouço normativo da Carta de 1824, conforme apontou Vicente Pereira do Rego¹³, permitia à Assembleia Geral exercer a inspeção e a fiscalização sobre as leis editadas pelas Assembleias Provinciais e, portanto, sua validade em face da Constituição do Império.

Tratava-se de um mecanismo de controle da constitucionalidade das leis provinciais previsto nos artigos 16, 17, 20, 24, § 3º, e 25 do Ato Adicional¹⁴ e, posteriormente, explicitado

¹¹ É bem verdade que, contemporaneamente, a ideia de jurisdição constitucional corresponde a um tipo particular de defesa da Constituição, realizada por órgãos judiciais ou por órgãos específicos (v.g.: tribunais constitucionais) para resolução dos conflitos sociais e políticos à luz de normas constitucionais. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 311-322.

¹² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 23-44.

¹³ Cf. REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860, p. 43.

¹⁴ Os dispositivos mencionados previam:

“Art. 16. Quando porém o Presidente negar a sanção, por entender que o Projecto offende os direitos de alguma outra Província, nos casos declarados no § 8º do art. 10; ou os Tratados feitos com as Ações Estrangeiras; e a Assembléa Provincial julgar o contrario, por dous terços dos votos, como no artigo precedente será o Projecto,

pelo art. 7º da Lei de Interpretação do Ato Adicional (Lei n.º 105, de 12 de maio de 1840)¹⁵. À luz desse novo marco constitucional, melhor esmiuçado pela Lei de Interpretação, estabeleceram-se três procedimentos específicos de controle da constitucionalidade das leis, de acordo com um dos maiores publicistas da época, o visconde do Uruguay¹⁶.

A primeira modalidade de controle ocorreria por ato do presidente da Província caso se recusasse a sancionar o projeto de lei por ofensa à Constituição. O segundo modo de controle ensejaria o encaminhamento do projeto de lei vetado, diante da irrisignação da Assembleia Provincial em face do veto presidencial, ao governo geral e à Assembleia Geral, a quem tocava decidir definitivamente sobre a questão constitucional. O terceiro procedimento de controle se verificaria quando constatada a inconstitucionalidade da lei provincial já sancionada e publicada, possibilitando-se à Assembleia Geral cassá-la (art. 20).

O governo geral não foi contemplado com essa competência, no entanto, oficiosa e inconstitucionalmente, com o beneplácito do Conselho de Estado, também realizava a fiscalização da constitucionalidade a fim de controlar os excessos e os abusos das Assembleias Provinciais. Era rotineira a prática de ordenar-se aos presidentes por meio dos Avisos não sancionarem projetos de lei diante de sua inconstitucionalidade¹⁷ bem como ministros de Estado expedirem portarias, ordens ou avisos com força para suspender, modificar ou revogar resoluções imperiais, decretos legislativos ou leis a título de proceder à interpretação autêntica das leis ou da Constituição¹⁸.

com as razões allegadas pelo Presidente da Provincia, levado ao conhecimento do Governo e Assembléa Geraes, para esta definitivamente decidir se elle deve ser ou não sancionado.

Art. 17. Não se achando nesse tempo reunida a Assembléa Geral, e julgando o Governo que o Projecto deve ser sancionado, poderá mandar que elle seja provisoriamente executado, até definitiva decisão da Assembléa Geral.
(...)

Art. 20. O Presidente da Provincia enviará á Assembléa e Governo Geraes copias authenticas de todos os Actos Legislativos Provinciaes que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem a Constituição, os impostos geraes, os direitos de outras Provincias ou os Tratados; casos unicos em que o Poder Legislativo Geral os poderá revogar.
(...)

Art. 24. Além das attribuições, que por Lei competirem aos Presidentes das Provincias, compete-lhes tambem: (...) § 3º Suspender a publicação das Leis Provinciaes, nos casos, e pela fórma marcados nos arts. 15 e 16.

Art. 25. No caso de duvida sobre a intelligencia de algum artigo desta reforma, ao Poder Legislativo Geral compete interpretal-o”.

¹⁵ “Art. 7º. O art. 16 do Acto Adicional comprehende implicitamente o caso, em que o Presidente da Provincia negue a Sancção a um Projecto por entender que offende a Constituição do Imperio”.

¹⁶ Cf. URUGUAY, Visconde do. **Estudos praticos sobre a administração das provincias no Brasil**. Tomo II. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1865, p. 261 e ss.

¹⁷ Essa prática foi identificada por José Carlos Rodrigues, que, enumerando dezenas de Avisos, observou: “Todos os dias vemos as Assembléas provinciaes legislar sobre objectos de sua inteiramente estranha competencia e todos os dias o Poder executivo expede avisos communicando a seus delegados nas provincias que taes e taes leis das respectivas Assembléas não estão no caso de ser executadas por sua inconstitucionalidade”. Cf. RODRIGUES, José Carlos. **Constituição Política...**, p. 183 e ss.

¹⁸ Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro (1866)**. Brasília: Ministério da Justiça, 1968, p. 141 e p. 151 e ss.

Por outro lado, no âmbito da administração da justiça, deve-se reconhecer que houve inúmeras decisões judiciais que deixavam de aplicar leis em função de sua incompatibilidade com a Constituição. Só que, em regra, essas decisões eram reprimidas pelo Ministério de Justiça ou pelo Conselho de Estado, que puniam os juízes responsáveis. É válido mencionar, por exemplo, o caso em que a Seção de Negócios do Império do Conselho de Estado censurou o juiz municipal da Província de São Pedro que, diante do conflito entre duas leis (uma provincial, outra geral), deixou de observar a lei local, devido à sua inconstitucionalidade, e aplicou a lei geral ao caso concreto¹⁹.

No que tange à tessitura normativa da Constituição do Império (ii), deve-se mencionar que a doutrina constitucional brasileira, em geral, tem mal compreendido o real sentido e alcance do art. 15, VIII e IX, da Carta de 1824²⁰, que previa caber à Assembleia Geral interpretar as leis (art. 15, VIII) e velar na guarda da Constituição (art. 15, IX).

Verifica-se, contudo, uma tensão existente nos conceitos de “interpretar” e de “zelar na guarda da Constituição”, que, repletos de historicismo, revelavam compreensões distintas e não significaram, na prática, a proibição da interpretação das leis pelos juízes ou a autorização para a Assembleia Geral realizar o controle de validade das leis.

Se em um primeiro momento juristas pátrios, a exemplo de Lourenço José Ribeiro, Avellar Brotero, Silvestre Pinheiro e José Paulo Figueiroa Nabuco de Araújo, seguindo à risca a teoria de Montesquieu, defenderam uma rígida e estanque concepção do princípio da separação dos poderes, em que competiria ao Poder Judicial aplicar as leis sem tergiversação ou consideração alguma sobre sua validade; em momento posterior, o amadurecimento institucional e a experiência jurídica conduziram alguns deles e outros tantos, como Pimenta

¹⁹ Eis o teor parcial do Aviso n.º 48, de 30 de janeiro de 1865, expedido em consonância com a Resolução do Conselho de Estado, de 24 de dezembro de 1864, por meio do qual se determinou a aplicação de sanção disciplinar ao magistrado que deixou de aplicar lei tida por inconstitucional: “(...) Houve por bem Mandar declarar que irregularmente procedeu o Juiz Municipal supplente, recusando-se a executar a Lei Provincial de que se trata, pela razão, que allegou, de exceder esta lei a competencia das Assembléas Provinciaes. Não cabe nas attribuições do Poder Judiciario negar-se a cumprir Leis Provinciaes por entender que excedem tal competencia, ou são inconstitucionaes, visto que a sua missão é applicar as leis aos casos occorrentes, podendo sómente para este fim interpretal-as doutrinalmente no empenho de descobrir seu verdadeiro sentido. À Assembléa Geral compete revogal-as nos termos do art. 20 do Acto Additional”. Cf. BRASIL. **Collecção das decisões do governo do Imperio do Brasil de 1865**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865, p. 43-44.

²⁰ A Constituição do Império previa:

“Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral:

(...)

VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação”.

Bueno²¹ e Francisco de Paula Baptista²², a reconhecerem a possibilidade de que os juízes poderiam (e deveriam) interpretar as leis (“interpretação doutrinal”), desde que tal ato fosse exclusivamente limitado à resolução do caso concreto, isto é, não se tornasse a decisão judicial individual em uma decisão geral equiparável à lei²³.

“Velar na guarda da Constituição”, por sua vez, conceitualmente significava que o Poder Legislativo deveria interpretar, observar e cumprir a Constituição. A guarda da Constituição impunha o dever de respeitá-la e de fazer respeitá-la da maneira por ela estabelecida. Da cláusula extraía-se, ainda, o dever de examinar e de fiscalizar o cumprimento da lei pelo governo, representando uma grande força contra eventual arbitrariedade do Poder Executivo.

Concretamente, diversos seriam os meios de exercer o direito dessa inspeção geral e permanente a depender das exigências e circunstâncias: um, por meio de disposições legislativas que obriguem a administração e seus agentes a darem publicidade de certos atos; dois, por meio de comissões ou inquéritos, que apurem detalhadamente a gestão administrativa, em especial quanto aos aspectos financeiros; três, por ocasião da discussão dos orçamentos e da fixação das forças anuais; quatro, o direito de interpelação ou de pedir esclarecimentos ou detalhes de um ato ou serviço público; cinco, a prerrogativa de acusação contra os ministros.

A cláusula “velar na guarda da Constituição” era interpretada como uma genérica prerrogativa da Assembleia, destinada a inspecionar e examinar se as leis eram fielmente observadas²⁴, não significando, propriamente, a previsão normativa para o exercício de controle da constitucionalidade das leis.

²¹ Cf. BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857, p. 69 e ss.

²² Cf. BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica juridica para uso das faculdades de direito do Brazil (1860)**. 6. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1901, p. 363-453.

²³ A interpretação doutrinal ou “judiciária propriamente dita” seria a “faculdade que a lei deu ao juiz, e que por isso elle tem, de examinar o verdadeiro sentido, o preceito da lei, ou dos principios do direito, e de applica-lo á questão ante elle agitada tal qual o comprehende, e sob sua responsabilidade”. Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Op. cit.*, p. 78. A interpretação doutrinal ou “judiciária propriamente dita” não se confundia com a interpretação autêntica, “por via de auctoridade, por medida geral, abstracta ou authentica”, que determinaria o verdadeiro sentido da lei e afastaria qualquer dúvida em sua aplicação. Essa interpretação, sim, seria da exclusiva competência do Poder Legislativo, não só porque a Constituição assim o dispunha (art. 15, VIII), mas sobretudo porque somente “o poder que faz a lei é o unico competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatoria o pensamento, o preceito della”. A interpretação autêntica, destarte, configuraria um ato de “estabelecer o direito”, cuja competência pertenceria ao Poder Legislativo.

²⁴ Cf. BUENO, José Antonio Pimenta. *Op. cit.*, p. 105-108. Similarmente, o desembargador Joaquim Rodrigues de Sousa opinou que, na guarda da Constituição, a Assembleia poderia nomear comissões internas “para examinarem como tem sido a constituição observada, e propor medidas contra os abusos”; cada deputado ou senador teria direito de interpelar o governo, na forma do regimento, e de pedir informações acerca dos negócios e serviços do governo; ainda, os parlamentares poderiam acusar os ministros, conforme art. 39 da Constituição. Sobre o tema, ver também: SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e commentario da Constituição Política**

Portanto, nem o art. 15, VIII, nem o art. 15, IX, explicam a inexistência do controle judicial de constitucionalidade no Império. A questão era mais profunda e tinha a ver com a centralização do poder, que seria ameaçada caso de admitisse a interferência do Poder Judiciário nos atos dos demais poderes (Executivo, Legislativo e Moderador).

Em relação ao pensamento constitucional brasileiro (*iii*), aceita a premissa de que o juiz poderia interpretar as leis para julgar o caso concreto, não se tolerava que a decisão judicial pudesse revestir-se de efeito geral, estendendo-se a casos similares e futuros. O tema se tornaria ainda mais delicado por causa da competência recursal do Supremo Tribunal de Justiça. Instância máxima do Poder Judiciário, o Supremo deveria apreciar os recursos de revista mas não poderia julgá-los soberana e definitivamente, limitando-se a determinar que outra relação (tribunal inferior) julgasse novamente a matéria. Por quê?

Eis aí o problema. Resolver, em definitivo, a questão judicial submetida a recurso implicaria admitir que o Supremo Tribunal de Justiça poderia vincular juridicamente os juízes e as relações. Por conseguinte, a interpretação adquiriria efeitos gerais, e a decisão do tribunal se substituiria à lei preexistente editada pela Assembleia Geral. Tal prática constituiria inequívoca usurpação às funções do legislador.

A interpretação poderia conduzir a magistratura a determinado patamar institucional, que permitiria ao Judiciário concorrer com a Assembleia Geral e, pior ainda, com o imperador, no exercício da ampla função do poder legislativo. Pimenta Bueno ressaltou que os juízes, por meio da interpretação doutrinal, não poderiam entrar em conflito com a autoridade imperial e legislativa de criar e interpretar as leis. Se isso ocorresse, o Poder Judiciário usurparia a atribuição do Legislativo e a vontade do povo, ainda que se tratasse da interpretação doutrinal a qual de alguma forma associaria os juízes aos legisladores²⁵.

Era, pois, inegável a conotação política de que se revestia o problema da interpretação jurídica, já que estava em jogo a definição da autoridade de dizer o direito por último: o juiz ou o legislador. Para Pimenta Bueno, admitir ao Supremo Tribunal de Justiça editar julgados com efeitos abrangentes configuraria uma “delegação legislativa e ilimitada”, fazendo com que coexistissem no sistema constitucional dois Poderes Legislativos. E o Supremo Tribunal de Justiça se transformaria em “um poder temível capaz de pôr-se em luta com os outros poderes, suas decisões serão leis que abaterão todas as barreiras”²⁶.

do Imperio do Brazil. Vol. I. S. Luiz: Typ. B. de Mattos, 1867, p. 110-112; LEITE, Nicolao Rodrigues dos Santos França e. **Considerações políticas sobre a Constituição do Imperio do Brazil.** Rio de Janeiro: Typographia de J. M. A. A. de Aguiar, 1872, p. 128-129.

²⁵ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Op. cit.*..., p. 70-77.

²⁶ *Idem*, p. 379.

Em suma, no imaginário jurídico do pensamento constitucional imperial, o controle da constitucionalidade das leis exercido pelo Poder Judiciário representava clara ameaça à monarquia constitucional e ao exercício do poder pelo governo imperial, porquanto tenderia à descentralização das forças políticas que deveriam convergir para as mãos da Coroa e sujeitaria esse mesmo governo às amarras do Poder Judiciário.

Cuidava-se, pois, de uma decisão política consistente em definir a quem se deveria atribuir a autoridade para dizer o significado do direito (constitucional) em última instância. Esse é o dilema que perdura durante séculos na história do pensamento jurídico e político brasileiro e estrangeiro²⁷.

Essa concepção geral sofreria uma grande ruptura com a proclamação da República, quando, já em 1890, ao se editar o Decreto nº 848, que instituiu a Justiça Federal, contemplava-se o Supremo Tribunal Federal, sucessor do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império, com a função de exercer o controle da constitucionalidade das leis, o que fica bem evidenciado no seguinte trecho da citada *Exposição de Motivos*²⁸ do Decreto:

Mas, o que principalmente deve caracterisar a necessidade da immediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderancia que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social.

A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso declarar que ellas são nullas e sem effeito.

A concepção do Poder Judiciário investido de maior protagonismo institucional foi assimilada pelo “Governo Provisório”, pela “Comissão dos Cinco”, que elaborou o Projeto de Constituição, e pela Constituinte de 1890-1891. Seu fortalecimento, acreditava-se, seria imprescindível para manter a nova forma de Estado.

²⁷ Não sem razão, apontou Michael Stolleis que a história institucional e do poder, desde a Idade Média, caracteriza-se por uma disputa em torno do exercício da função da *interpretatio*, porquanto ela é de capital importância no processo legislativo ao possibilitar pôr-se abaixo todo o esforço concentrado resultante da edição da lei; ou seja, por meio de simples interpretação pode-se abandonar as leis criadas e criarem-se novas relações de poder. Cf. STOLLEIS, Michael. “*Condere leges et interpretari*”. *Potere legislativo e formazione dello stato agli albori dell’età moderna*. In: **Stato e ragioni di stato nella prima età moderna**. Trad. Serenella Iovino e Christiane Schultz. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 134-164.

²⁸ Cf. BRASIL. **Decretos do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brazil (Décimo Fascículo, de 1 a 31 de outubro de 1890)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890, p. 2737-2738.

O ministro de justiça Campos Salles também discursou na Constituinte, tentando rebater os oradores com suas críticas contrárias à configuração do Supremo Tribunal Federal como órgão de elevada conotação política e institucional. Ele justificou que, nos Estados Unidos, a justiça federal foi imprescindível para impedir o desmembramento da Federação norte-americana; ela atuou muito positivamente na defesa da Constituição e das duas soberanias, a dos Estados e a da União.

Do discurso de Campos Salles, extrai-se que o controle judicial da constitucionalidade das leis se tornaria instrumento de proteção contra os abusos e os excessos legislativos cometidos pelas Assembleias Legislativas. Em defesa de seu ponto de vista sobre o dualismo Judiciário, Campos Salles mostrava como a experiência constitucional e institucional do Império seria importante para a construção do regime republicano, cuja pedra angular era o federalismo²⁹:

Note-se agora a diferença entre os dous systemas. No antigo regimen, o Poder Executivo geral, quando havia um Ministro energico, interferia nos actos das assembleas provinciaes, para suspendel-os e annullal-os. No emtanto que, agora, a soberania, esta mesma soberania que os nobres representantes não querem comprehender nem acceitar, mas que pertencerá, realmente, aos estados, será protegida e não poderá ser desrespeitada pela acção de qualquer Ministro. Quando esta soberania transpuzer as fronteiras do Poder federal, será obrigada a recuar, não pelo direito da força, mas pela força da sentença de um tribunal de justiça. (*Muito bem.*)

A introdução do controle judicial da constitucionalidade no Brasil, destarte, esteve muito mais associada à necessidade de manutenção das prerrogativas e das competências constitucionais da União por causa do novo modelo constitucional federal, do que propriamente com a proteção e com a efetivação dos direitos individuais. Campos Salles tinha conhecimento de que a Suprema Corte dos Estados Unidos era verdadeiramente uma instituição política que, em momentos de tensão e de confronto político, conseguiu conservar e preservar o pacto federativo, defendendo a autoridade da Constituição. Turbulências similares, os Estados Unidos do Brasil enfrentariam haja vista a própria experiência constitucional do Império após a edição do Ato Adicional de 1834, que se caracterizou pelos conflitos de competência legislativa entre a Assembleia Geral e as Assembleias Provinciais.

Devidamente ativadas essas práticas institucionais, constituintes saíram em defesa da necessidade de se instituir um tribunal forte que, à semelhança do que indevidamente fazia o Conselho de Estado, assumisse a função de guarda da Constituição e de controle da

²⁹ *Idem*, p. 246.

constitucionalidade das leis. Sutilmente se redefinia a autoridade legitimada para dizer o que o direito significa em última instância, rompendo-se em parte com a tradição constitucional imperial.

O fortalecimento institucional do STF, portanto, foi compreendido como meio para assegurar a unidade e para garantir a existência do governo federal republicano. E modelo de referência por excelência foi o norte-americano mas com ressalvas³⁰.

Nesse ponto, deve-se fazer justiça a Rui Barbosa e lembrar que ele adicionou uma cláusula ao Projeto de Constituição, elaborado pela Comissão dos Cinco e submetido à provação presidencial para posterior encaminhamento à Constituinte, com o objetivo de introduzir o princípio do *stare decisis* no sistema brasileiro. No entanto, ela acabou sendo suprimida da Constituição³¹, tendo em vista que os anti-governistas viam no STF uma versão repaginada do Conselho de Estado, isto é, um órgão que seria submisso ao Poder Executivo, a começar pela livre nomeação dos seus membros pelo Presidente da República.

Essas circunstâncias, apenas superficialmente apontadas, já permite perceber com alguma propriedade o porquê de as decisões do controle judicial difuso se revestirem de efeitos *inter partes* e *ex tunc*. A tentativa de Rui Barbosa de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF, mediante a previsão do princípio da *stare decisis*, foi rejeitada pela oposição, porque se temia que o órgão máximo do Judiciário seria uma instância auxiliar do Executivo e por ela cooptada facilmente.

Veja-se, portanto, que não houve falha dos constituintes ou da Constituição de 1891. Foi, antes, uma decisão política cuja finalidade era resguardar a independência do Judiciário em face do Executivo, que dominaria o STF. Logo, a definição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não só constitui uma questão de adoção de modelos mas também é fruto de determinada cultura jurídica, que se desenvolve em um contexto histórico, político e institucional específico.

3.2. Contexto de formação do controle concentrado no Brasil

³⁰ É conveniente recordar o disposto no art. 386 do Decreto nº 848, de 1890, para ter-se alguma dimensão da tendência de ruptura e de mudança paradigmática que se pretendia introduzir no pensamento constitucional brasileiro e na prática institucional. O art. 386 dispunha: “Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal”.

³¹ Ao artigo 34 do Projeto, Rui Barbosa ofereceu a seguinte emenda: “Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) § 18. Criar tribunais subordinados ao Supremo Tribunal Federal”. Cf. BARBOSA, Rui. *A Constituição de 1891*. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. 40.

O segundo momento histórico abordado na presente análise concentra-se na introdução do controle concentrado, que ocorreu logo após o golpe de 1964, que constitui um marco crucial na história constitucional brasileira. Trouxe mais uma ruptura na ordem constitucional brasileira, em cujo contexto de autoritarismo o controle concentrado de constitucionalidade das leis foi introduzido.

Dando continuidade às reformas constitucionais implementadas pelo Ato Institucional (AI) nº 2, de outubro de 1965³², que, dentre outras medidas, ampliou o número de membros do STF de onze para dezesseis, suspendeu garantias de ministros e impediu a apreciação judicial de atos governamentais baseados na “legislação revolucionária”, a Emenda Constitucional (EC) nº 16, de 26 de novembro de 1965, promoveu a mais profunda e radical modificação até então sofrida pelo Supremo Tribunal, mais emblemática do que a havida na transição do Império para a República: o controle concentrado da constitucionalidade das leis.

Para Baleeiro, cuidou-se de conferir ao STF uma “atribuição política delicada no equilíbrio dos outros poderes” por tornar ainda mais graves e políticos os poderes e as responsabilidades dos juízes do Supremo³³.

É importante mencionar, tal qual observado por Andrei Koerner³⁴, que a doutrina não clamava por um controle concentrado até, pelo menos, 1965. A justificativa formalmente oferecida para introdução do sistema concentrado foi a denominada “crise de pautas de julgamento”, devido ao acúmulo de processos pendentes de decisão nas instâncias judiciárias³⁵.

³² A Exposição de Motivos da PEC nº 6, de 3 de novembro de 1965, que daria origem à EC nº 16, informava claramente o projeto de continuidade em relação ao AI nº 2: “Sobrevindo o Ato Institucional nº 2, a 27 de outubro do corrente ano, os pontos estruturais de reforma do Poder Judiciário, contido nas emendas aos artigos 94, 98, 103, 105 da Constituição, que passaram a nova redação, conforme proposta daquela mesma Comissão, foram de logo incorporados àquê edito constituinte, devendo-se destacar, como característica dominante dessa reforma, a restauração da justiça federal de primeiro grau, cuja competência ficou desde logo traçada, e o aumento de juízes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos e do Tribunal Superior Militar”. Cf. BRASIL. **Diário do Congresso Nacional** (Seção I). Brasília: 5 de novembro de 1965, p. 9296.

³³ Cf. BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 96.

³⁴ Cf. KOERNER, Andrei. *Sobre a “evolução do controle da constitucionalidade no Brasil”: uma análise crítica*. In: **As Formas do Direito: Ordem, Razão e Decisão (Experiências jurídicas antes e depois da modernidade)**. (Org. Ricardo Marcelo Fonseca). Curitiba: Juruá, 2013, p. 527-568.

³⁵ Na Exposição de Motivos da PEC nº 6, vinha a justificativa: “Estudou-se e apresentou-se a êste Ministério trabalho esmerado, no fundo como na forma, proposto a debelar, senão pelo menos a minorar, as causas principais da chamada crise das pautas de julgamento, caracterizada pelo acúmulo de processos a exigir decisões dos tribunais superiores, crise que não é apenas brasileira, mas existe em tribunais de outros países, notadamente nos Estados unidos, onde o *blacklog*, à exceção da Suprema Côrte, é cada dia maior, desafiando os remédios até agora examinados ou propostos”.

Mas não só; aludiam-se, em justificativa, a economia em favor das partes litigantes e a dispensa do Senado de pronunciar-se sobre a decisão definitiva do Supremo Tribunal para estender-lhe os efeitos³⁶.

Havia esse conjunto de razões pragmáticas, que não devem ser desprezadas mormente num contexto de racionalização da administração da justiça e de duração razoável do processo, que conduziram a adoção do denominado sistema austríaco/europeu do controle da constitucionalidade, prevendo que os efeitos da decisão do Supremo em tal procedimento de fiscalização abstrata da constitucionalidade seriam *erga omnes*, aproximando-se aqui da experiência italiana³⁷.

Cabe ressaltar, contudo, que, no direito constitucional italiano, conforme expressamente referido na Exposição de Motivos anexa à PEC nº 6, que deu ensejo à EC nº 16, o controle da ilegitimidade das leis autorizava a Corte Constitucional a editar decisões com eficácia *ex nunc*, isto é, seus efeitos somente se produziriam a partir da publicação do acórdão da Corte mas não com efeitos *ex tunc*, regra que terminou prevalecendo também para o sistema de controle concentrado brasileiro em decorrência do projeto político centralizador e autoritário.

Contudo, deve-se deixar claro que não se pode ignorar o contexto político de ruptura política e de autoritarismo em que se implementou a mudança constitucional, o qual depõe contra o próprio sistema de garantias da Constituição e dos direitos fundamentais. Conforme leciona Francisco Segado³⁸, na Europa, quando foi formulado o modelo de controle concentrado da constitucionalidade, a lógica da inovação institucional era diversa daquela que no Brasil se apresentava bem como diversa daquela existente nos Estados Unidos pós-revolucionário

³⁶ A Comissão responsável pela PEC nº 6 afirmou: “Ao lado dêsse conjunto de providências, outras foram aventadas em direção oposta: a do reforço da competência do Supremo, através de dois novos institutos de ‘legitimidade constitucional’ (...). A ‘representação’, limitada em sua ‘iniciativa’, tem o mérito de facultar desde a definição da ‘controvérsia constitucional sobre as leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’. Afeiçoa-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. 7º 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”. Cf. BRASIL. **Diário do Congresso...**, p. 9297.

³⁷ Ainda na Exposição de Motivos, afirmou-se: “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 Federal, poupando ao Senado o dever de correlato de suspensão da lei ou do decreto – expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingresso em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘Quando la Corte dichiara illegittimità costituzionale di una norma di legge o di altro atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dak giorno successivo alla pubblicazione della decisione’”. *Idem, ibidem*.

³⁸ Cf. SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 17 e ss.

(1776)³⁹. Na Europa, Hans Kelsen pensava em salvar a democracia da ameaça representada pelos juízes e pelos juristas, que, conforme apontou Michael Stolleis⁴⁰, desde o fim da 1ª Guerra Mundial, iniciaram vigorosa reconstrução do direito por meio da interpretação das leis e das normas em geral à luz das ideologias étnicas, unitaristas e nacionalistas.

No Brasil, entretanto, a lógica do controle concentrado da constitucionalidade associava-se ao contexto autoritário de modo que, na prática, ele apoiava e reforçava o novo regime político em afirmação, integrando o Supremo Tribunal Federal à lógica decisória do governo central federal⁴¹. Diferentemente da Europa, onde o controle concentrado foi concebido para proteger o legislador, as minorias legislativas e os direitos fundamentais dos cidadãos, aqui, o STF foi alçado à condição de auxiliar do governo federal para derrubar os atos de resistência e de oposição ao regime, inclusive os atos normativos estaduais e os atos normativos federais elaborados pelo Congresso⁴².

Isso significa que se deveria demonizar o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, tendo em vista que, tanto em 1890-1891 como em 1965, ele foi concebido como instrumento de conformação do novo regime de governo que se pretendia implementar? Não, absolutamente. Caso se sugerisse tal opção, inequivocamente se estaria valendo da história sob a perspectiva do modelo dinâmico, tratado no Item 2. Ademais a própria concepção de controle de constitucionalidade se modifica no tempo. Se antes assumia a dimensão semântica e pragmática de prática institucional voltada à defesa e à preservação do federalismo (controle difuso) além da manutenção da centralização política (controle concentrado), hoje essa mesma prática inequivocamente se associa à primordial tarefa de efetivação dos direitos fundamentais⁴³.

Em resumo, a história não deve funcionar como “professora da vida”, de modo que se possa extrair da experiência acumulada no tempo a matriz das respostas a serem adotadas aos

³⁹ Sobre as razões que acarretaram a formação do judicial review, dentre elas as ameaças perpetradas pelas Assembleias Legislativas das ex-Colônias conta dos direitos individuais, vide: WOOD, Gordon S. *The origins of judicial review revisited, or how the Marshall court made more out of less*. **Washington and Lee Law Review**: Vol. 56, n. 3, Summer, 1999, p. 787-809; RAKOVE, Jack. *The origins of judicial review: a plea for new contexts*. **Stanford Law Review**: Vol. 49, Iss. 5, May, 1997, p. 1031-1064.

⁴⁰ Cf. STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany (1914-1945)**. Trans. Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 76 e ss.

⁴¹ Assim afirmou o ministro de Justiça na Exposição de Motivos da PEC nº 6: “Para coordenar os textos restantes, em harmonia com o pensamento e a decisão de Vossa Excelência, solicitei a colaboração prestante do professor Nehemias Gueiros, que lhe deu a forma definitiva”. Cf. BRASIL. **Diário do Congresso Nacional** (Seção I). Brasília: 5 de novembro de 1965, p. 9296.

⁴² Cf. KOERNER, Andrei. *Op. cit.*, p. 527-568.

⁴³ Sobre a mudança de concepção em torno do *judicial review* nos Estados Unidos, vide: WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 9 e ss.

desafios da atualidade⁴⁴. A história constitucional tem uma razão de ser que se revela na sua possibilidade de fazer compreender o passado e o presente, além de melhor habilitar a oferecer respostas aos desafios hoje enfrentados em direção ao futuro.

4. Crítica à decisão do STF na Rcl nº 4335 à luz de uma perspectiva temporal mais estendida

Quando se entende que as tradições constitucionais nas quais se deu a formação histórica do controle da constitucionalidade têm tanta importância quanto o contexto histórico e político nacional em que foram recepcionadas, uma primeira conclusão a que se pode chegar é que a bipolaridade dos sistemas difuso e concentrado, que viu em Piero Calamandrei⁴⁵ sua primeira formulação, perde e muito sua razão de ser, seu sentido⁴⁶.

A introdução do controle da constitucionalidade (político e judicial) foi introduzido como instrumento idôneo para assegurar a prerrogativa da autoridade legitimada para dizer o significado do direito em última instância. Em um primeiro momento, sob a vigência da ordem constitucional imperial, a decisão política recaiu sobre o imperador e o Legislativo; no segundo, após 1890, sobre o Poder Judiciário. E, ainda, hoje existe um esforço enorme para justificar-se essa decisão em termos de legitimidade democrática a fim de tentar atingir-se e preservar-se o sempre instável “ponto de equilíbrio” entre o “espaço dos direitos” e o “espaço da legislação”⁴⁷.

A tensão inerente aos modelos de controle e as respectivas definições relacionadas aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mais do que a técnica constitucional, reflete uma luta secular pelo exercício da interpretação do direito denunciada desde Hobbes, que constitui o momento último do ato de criação das normas⁴⁸.

⁴⁴ Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Historia magistra vitae: the dissolution of the topos into the perspective of a modernized historical process. Future Past (on the semantics of historical times)*. Transl. Keith Tribe. New York: Columbia University, 2004, p. 26-42.

⁴⁵ Cf. CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. In: **Opere Giuridiche (A cura di Mauro Cappelletti)**. Vol. III. Napoli: Morano, 1965, p. 337-412.

⁴⁶ Não se trata de uma tendência unicamente brasileira, mas constatada em muitos outros sistemas. A propósito, vide: PIZZORUSSO, Alessandro. *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*. In: **La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Marcial Pons, 2008, p. 549-571; Cf. SEGADO, Francisco Fernández. *Op. cit.*, p. 1 e ss.

⁴⁷ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Le dottrine dello stato e delle costituzione*. In: **Storia dello Stato Italiano dall'Unità a oggi** (A cura di Raffaele Romanelli). Roma: Donzelli, 1995, p. 407-457.

⁴⁸ Cf. STOLLEIS, Micheal. *Judicial interpretation in transition from the Ancien Régime to constitutionalism*. In: **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment (Yasutomo Morigiwa, Michael Stolleis and Jean-Louis Halperin ed.)**. New York: Springer: 2011, p. 3-17.

Observe-se que não foi diferente no Brasil, onde o Supremo Tribunal de Justiça foi estrategicamente enfraquecido durante décadas a fim de não fazer sombra aos demais poderes políticos. Hoje, senhor de distinta envergadura institucional, em torno do Supremo Tribunal Federal aprofunda-se o debate sobre os limites de seu papel constitucional no exercício do controle da constitucionalidade e sua eventual retração⁴⁹.

À luz de uma análise dotada de alguma espessura temporal, é que se deve compreender a decisão do STF na Rcl n° 4335⁵⁰; a perspectiva crítica da história pode oferecer pontos de vista bem interessantes para seu entendimento. Nesse julgado, discutiu-se se uma decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de controle difuso (incidental) poderia ensejar o cabimento da reclamação, porquanto no sistema difuso brasileiro os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são restritos às partes do processo.

O caso concreto se iniciou com a decisão de juiz da vara de execução penal da Comarca de Rio Branco/AC, que negou a aplicação à decisão do STF no HC n° 82.959, na qual o STF reconheceu a inconstitucionalidade da norma proibitiva da progressão do regime prisional para os condenados por crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n° 8.072, de 1990). A justificar sua decisão, o citado magistrado argumentou que a decisão do HC n° 82.959 tinha efeitos *inter partes*, porque seus efeitos não foram estendidos por resolução do Senado conforme previsto no art. 52, X, da Constituição Federal.

O relator, ministro Gilmar Mendes, conheceu e julgou procedente a reclamação, ao concluir que a norma do art. 52, X, da Constituição teria sofrido uma mutação constitucional sem expressa alteração do texto, de modo que sua eficácia teria sido reduzida ao “simples efeito de publicidade”. Por consequência, as decisões definitivas de inconstitucionalidade proferidas no controle difuso se revestiriam de eficácia *erga omnes*, justificando a propositura e o conhecimento da reclamação constitucional. O ministro Eros Grau perfilhou o mesmo entendimento.

⁴⁹ A título meramente ilustrativo, recordam-se algumas das Propostas de Emenda à Constituição que tramitam no Congresso Nacional, cujo objeto é alterar normas relativas ao STF: PEC n.º 290/2008; PEC n.º 3/2011; PEC n.º 33/2011; PEC n.º 45/2011; PEC n.º 143/2012; PEC n.º 161/2012; PEC n.º 227/2012; PEC n.º 275/2013; PEC n.º 378/2014. Todas essas propostas pretendem tolher a intervenção do Supremo Tribunal Federal ao argumento do suposto ativismo judicial ou da alegada intervenção judicial na esfera de competência dos poderes Executivo e Legislativo, seja pelo condicionamento da eficácia de decisões judiciais, seja pela sustação de atos normativos do Judiciário, seja pela modificação da composição da corte e/ou da forma de nomeação dos ministros, seja pela extinção da vitaliciedade dos cargos de ministro instituindo-se mandatos.

⁵⁰ Adverte-se que, até este momento, o inteiro teor do acórdão ainda não foi disponibilizado no site do STF, de modo que a presente análise fundamenta-se na análise dos votos isoladamente liberados (Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Eros Grau) e dos resumos divulgados nos informativos n.ºs 454, 463, 706 e 739 do Supremo.

Os ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence discordaram dessa opinião e opinaram pelo não conhecimento da reclamação, concedendo, contudo, *habeas corpus ex officio* para determinar que o juiz da vara de execução penal avaliasse o cumprimento dos requisitos a fim de reconhecer ou não o direito do condenado à progressão do regime. Ambos os ministros reafirmaram a vigência do art. 52, X, da Constituição, afastando a suposta mutação constitucional do dispositivo. O ministro Joaquim anotou, em acréscimo, que o Senado exercia tal atribuição, editando regularmente resoluções para estender os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal⁵¹, enquanto o ministro Sepúlveda destacou que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, dotou o STF do poder de decidir incidentalmente com eficácia *erga omnes* sem reduzir o papel institucional do Senado, mediante o instituto da súmula vinculante.

O ministro Lewandowski rejeitou a tese do relator, segundo a qual o art. 52, X, representaria, hoje, “mera reminiscência histórica” porquanto a disposição foi reiterada em todas as Constituições, desde 1934. Assim, em sua visão, limitar o papel do Senado Federal a “mero órgão de divulgação das decisões” constituiria inadmissível redução de competência expressamente conferida pela Constituição de 1988 e vulneraria o princípio da separação dos três poderes. Defendeu ainda que as decisões incidentais não teriam eficácia *erga omnes* nem efeito vinculante, salvo se fossem sumuladas na forma prevista pela EC nº 45.

O ministro Teori Zavascki considerou válida e vigente a norma do art. 52, X, da Constituição, ao mesmo tempo em que admitiu o conhecimento da reclamação somente porque, no curso do seu julgamento, foi editada a Súmula Vinculante nº 26, que teria atribuído eficácia *erga omnes* e força vinculante à decisão proferida no HC nº 82.959. O ministro Barroso, seguindo o voto de Zavascki, rejeitou o argumento da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição e sugeriu que os precedentes do STF tivessem seu papel expandido à semelhança do sistema norte-americano, inclusive para produzir teses jurídicas com força vinculante, para contemplar exigências constitucionais relativas à segurança jurídica, à isonomia e à eficiência.

Desse julgamento, que durou quase oito anos, importa perceber como tecnicismos aparentes de alguns votos ofuscaram problemas de fundo. Alguns dos ministros, em especial Zavascki e Lewandowski, preocuparam-se em respeitar as duas tradições do controle difuso e concentrado como se elas dispusessem regras cogentes de aplicação, esmerando-se na

⁵¹ Para uma apreciação crítica sobre a atuação do Senado, vide: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Quem deve velar na guarda da Constituição?* **Revista Consultor Jurídico (CONJUR)**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-23/observatorio-constitucional-quem-velar-guarda-constituicao> [23 de março de 2013]; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Revalorização do artigo 52, inciso X, da Constituição. **Revista Consultor Jurídico (CONJUR)**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-20/analise-constitucional-revalorizacao-artigo-52-inciso-constituicao> [20 de abril de 2014].

articulação lógica de uma suposta teoria abrangente da decisão de inconstitucionalidade a fim de possibilitar natural e harmônica convivência entre ambas. Nessa linha, defenderam que o STF não poderia conhecer de reclamação fundada no descumprimento de decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, porquanto tal decisão não se revestiria de eficácia *erga omnes* embora pudesse ostentar “força expansiva”.

O problema é que o controle difuso e concentrado no Brasil absorve tradições distintas, diacrônicas, não necessariamente harmônicas nem complementares entre si⁵². O debate em torno do art. 52, X, da Constituição, na verdade, esconde as inconsistências oriundas da convivência dessas duas modalidades de controle, que, de igual modo, suscitam o mesmo problema: limites ao exercício do controle de constitucionalidade pelo STF.

Apegada ao pragmatismo (receio de o STF vir a ser vitimado pelo volume expressivo de reclamações) e à ideia de que desses sistemas emanam regras de aplicação intangíveis, do que decorreria a impossibilidade de o STF proferir decisão de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso, a maioria dos ministros adotou posição mais cautelosa e, diga-se, menos expansiva das próprias decisões do STF, não afirmando sua prerrogativa de decidir incidentalmente a inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, quando as particularidades do caso concreto assim o exigirem.

Contudo, o Supremo já deliberou algumas vezes que decisões incidentais de inconstitucionalidade (controle difuso) irradiariam seu comando normativo para além do caso concreto (efeitos *erga omnes*) em face da complexidade e da natureza das questões envolvidas⁵³ bem como também já aplicou às mesmas decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso as regras concernentes ao controle concentrado\abstrato⁵⁴. Não haveria

⁵² Nesse sentido, o ministro Sepúlveda Pertence, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 1 (Rel. min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995), já havia acenado para tais dificuldades: “(...) o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle da constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal Federal, os dois papéis, o de órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de cúpula do sistema difuso”.

⁵³ Dentre outros julgados, isso ocorreu no Mandado de Injunção (MI) nº 670/ES (Rel. min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007), no MI nº 708/DF (Rel. min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007) e no MI nº 712/PA (Rel. min. Eros Grau, j. 25/10/2007), nos quais o STF reconheceu o direito de greve não só para o impetrante (tese concretista individual do MI) mas também para todas as categorias de servidores públicos (tese concretista genérica). O próprio HC nº 82.959/SP (Rel. min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006) ressaltou que sua decisão, em princípio, não estaria limitada ao caso concreto ao consignar no acórdão: “O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, ‘incidenter tantum’, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente”.

⁵⁴ Sobre a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que autoriza a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no âmbito das ações de inconstitucionalidade (ADI e ADC), há o precedente do Recurso

qualquer novidade nisso. Daí, a conclusão de Gilmar Ferreira Mendes quanto à necessidade de equiparação do controle difuso com o concentrado quanto aos efeitos da decisão⁵⁵.

Os dois sistemas, antes de serem modelos prontos e acabados, são frutos de diferentes tradições históricas, políticas e jurídicas, que se construíram para lidar com problemas concretos aos momentos de crise nos respectivos contextos em que foram desenvolvidos. Portanto, não devem ser encaradas como unidades monolíticas e incindíveis ou como se fossem regras axiomáticas e inarredáveis.

A questão, pois, não é se o STF poderia ou não em sede de controle difuso decidir com eficácia *erga omnes*, mas se a decisão de inconstitucionalidade se legitimaria por seus fundamentos em face do contexto jurídico e social, independentemente de haver sido proferida em sede de controle difuso ou concentrado.

A rigor, a questão não se cuida de indagar se o art. 52, X, da Constituição seria obsoleto, teria sofrido mutação constitucional ou ainda manteria sua plena eficácia e validade, mas reconhecer que certas matérias, por sua própria representatividade e transcendência, exigem que as decisões do STF tenham uma necessária transcendência para além do caso concreto, independentemente do procedimento adotado do controle (difuso ou concentrado); portanto, tenham tais efeitos “*erga omnes*”.

E isso não implicaria reduzir, mitigar ou anular a competência constitucional do Senado Federal. A essa Casa Legislativa caberia, com fundamento no art. 52, X, da Constituição, exercer função “fiscalizadora” (ou de contrabalanceamento) sobre eventuais excessos decisórios do STF, tal qual deveria fazer desde a Constituição de 1934. Por consequência, deveria manifestar-se quando divergisse (ainda que parcialmente) do conteúdo da decisão do STF no caso concreto, para expressamente determinar que os efeitos da decisão definitiva do STF seriam limitados ao caso concreto e, por consequência, reafirmaria a validade e a eficácia da lei tida por inconstitucional.

Essa interpretação, de um lado, teria o mérito de resguardar a eficácia da norma constitucional do art. 52, X, da Constituição e a competência do Senado no que tange ao

Extraordinário (RE) nº 197.917/SP (Rel. min. Maurício Correa, DJ 07/05/2004), em que o STF afirmou: “Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido”.

⁵⁵ Como defender a distinção se, na prática, o mesmo pleno que julga o RE ou qualquer outro caso de inconstitucionalidade incidental é o mesmo pleno que julga ADI e demais processos objetivos? Essa questão é sempre retomada por Gilmar Ferreira Mendes, ao apontar a inconsistência do atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro: “A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 254-256 e p. 277.

procedimento institucional de inconstitucionalização das normas; e, de outro lado, melhor conciliaria a relação entre o controle difuso e concentrado bem como responderia mais adequadamente à posição institucional do STF, órgão de cúpula e corte constitucional a um só tempo, e à autoridade normativa e vinculante de suas decisões, que, em suma, não deveriam depender do procedimento adotado pelos interessados mas da própria natureza das questões apreciadas pelo Supremo.

No entanto, esse passo adiante enfrenta as resistências e as ressonâncias trazidas pelos ecos do passado e pelo receio de que se poderia investir-se o STF na posição de um super-poder. Destarte, reage-se a essa possibilidade em nome do equilíbrio dos poderes.

De todo modo, o que é importante ressaltar é que toda e qualquer decisão do STF poderá suscitar reações contrárias por parte dos demais poderes políticos. Mesmo que se trate de uma decisão de inconstitucionalidade cuja eficácia seja restrita às partes do processo, o STF não estará isento de justificar-se perante a comunidade política sobre os fundamentos da decisão e de sua integridade.

5. Conclusão

A história em sua função crítica deve ser intolerante às narrativas evolucionistas⁵⁶ que, no caso do controle da constitucionalidade, pretendem justificar as decisões do STF e seu impacto político com base na referência abstrata e automática a modelos de controle, que supostamente funcionassem como verdades fundantes do nosso direito.

O embate secular em torno da autoridade legitimada para dizer o que o direito significa em última instância tem o mérito de ensinar que, a teor do que propunha Skinner, é preciso saber distinguir as contingências das essências (ou permanências)⁵⁷. Desse modo, duas conclusões importantes seguem.

Em primeiro lugar, o papel do STF como guardião da Constituição considerada a longa perspectiva da história constitucional brasileira, desde a fundação do Império do Brasil e sua primeira Constituição de 1824 até o presente, é contingente; portanto, mutável. Destarte, se hoje se sustenta que determinada solução institucional, da qual resulte ampliação de competências do Supremo, revela-se a mais adequada às demandas e às necessidades enfrentadas pelo Estado

⁵⁶ Para uma crítica às narrativas históricas simplistas, lineares e legitimadoras do presente, vide: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61-66.

⁵⁷ Cf. SKINNER, Quentin. *Meaning and understanding in the history of ideas*. In: **Visions of Politics (Regarding Method)**. Vol. I. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 57-89.

Democrático de Direito no Brasil, isso não implica que a experiência política e institucional futura venha a sugerir outros mecanismos institucionais mais razoáveis.

Em segundo lugar, a questão tormentosa presente na Rcl nº 4335 não era se a norma do art. 52, X, da Constituição sofrera ou não mutação constitucional. O ponto crucial foi que o STF se autoconteve naquela decisão, receando dar um passo institucional muito largo, que o conduziria ao fortalecimento institucional no âmbito do controle difuso; e, para justificar sua decisão, ateu-se à velha distinção entre o controle difuso e concentrado, a qual, no dia a dia de sua prática judicial, é, não raro, relativizada e mitigada.

Porém, pareceu desconsiderar a sua própria posição institucional, órgão de cúpula do controle difuso e órgão exclusivo do controle concentrado, a qual, em situações excepcionais, faz com que a bipolaridade do sistema perca sua razão de ser e a distinção controle difuso com efeitos *inter partes* e concentrado com efeitos *erga omnes* se torne obsoleta. Por fim, em todo tempo, ao Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso, seja no controle concentrado, será cobrada a legitimidade jurídica e social de suas decisões.