



CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: O CONTRIBUTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1891

Edilson Pereira Nobre Júnior

Mestre e Doutor em Direito Público pela
Universidade Federal de Pernambuco
Professor da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte
Juiz Federal

1 O AMBIENTE CONSTITUCIONAL REINANTE NO SÉCULO XIX

Os movimentos constitucionalistas irrompidos nos séculos XVII e XVIII produziram três modelos constitucionais distintos e inconfundíveis. O primeiro deles foi o da Inglaterra que alcançou limitar, com a Revolução Gloriosa, alicerçada pelo *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, pretensão absolutista da monarquia, através de seu controle parlamentar. Um dos seus traços característicos foi o reconhecimento da supremacia do parlamento, refutando, assim, a doutrina que emanou do *Bonham's case* de 1610. Com isto, sepultado restou o desenvolvimento da fiscalização judicial dos atos legislativos.

O outro arquétipo, que pode ser sugerido como continuidade daquele de bases britânicas, repousa no oriundo da Revolução Americana, cuja consolidação se deu com a Constituição de 1787. Esta, demais de perfilhar a república presidencialista como forma de governo, consagrou a separação de poderes, com lastro na qual Legislativo, Executivo e Judiciário, estão sujeitos a controles recíprocos.

Aliado a isso, o forte receio de abusos por parte do Legislativo, a partir da malsinada experiência com as medidas opressoras que as outrora treze colônias sofreram do parlamento londrino, fizeram criar propício clima a que o traço original da organização política estadunidense recaísse no controle de constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, convergiu doutrina contida tanto em O Federalista¹ quanto

¹ Conferir, especificadamente, texto de Hamilton que constitui o Capítulo LXXVIII. Há versão da obra em português (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOHN, Jay. *O Federalista – Um comentário à Constituição Americana*. Tradução: Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959).

na ordem valorativa implícita na Constituição², tornando-se, assim, possível o reconhecimento, há aproximadamente duzentos e cinco anos atrás, no célebre *Marbury versus Madison*, de que a competência da legislatura está limitada pela Constituição, resultando inválida a lei quando com esta contrastar.

Portanto, contrariamente à natureza mirífica ostentada na Inglaterra, a lei, para os colonos norte-americanos, significou fonte de opressão, acarretando-se a necessidade do controle da sua compatibilidade com a Constituição, a ser aferido pelos juízes, como a medida do equilíbrio entre os poderes estatais.

À derradeira, tem-se o padrão constitucionalista surgido, no continente europeu, a partir da Revolução Francesa. Neste particular, cabe, inicialmente, traçar divisor de águas, entre o pensar dominante com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e das constituições que lhe seguiram até a tomada do poder por Napoleão, nas quais à vontade das assembléias de representantes do povo se reservava primazia, e o surgimento da restauração monárquica, que implicou no reaparelhamento da superioridade do poder real sobre os demais estamentos estatais.

Qualquer que fosse a situação dentre as acima mencionadas, de notar-se é que a separação de poderes à francesa sempre repeliu a idéia do juiz analisar a constitucionalidade das leis³.

Algumas razões podem ser invocadas: a) o mito da infalibilidade da lei como instrumento de igualdade e justiça; b) a repartição de poderes estaria preservada melhor se o controle dos atos dos demais poderes estatais ficasse a salvo do Judiciário; c) a desconfiança perante as pessoas dos juízes, em face da forte identificação destes com o *ancien régime*.

Proclamada a independência, a nossa primeira Constituição, adotada a monarquia, preferiu o modelo cultivado na França que, à época, não mais era aquele do predomínio dos eflúvios do movimento de 1789, substituído pelo fortalecimento da monarquia ao depois da restauração da dinastia Bourbon.

Daí a forte influência recebida da Carta Constitucional de 14 de junho de 1814⁴, fazendo com que, no jogo dos poderes estatais, a Constituição de 25 de março de 1824 privilegiasse sobremodo a pessoa do Imperador, o qual, além da condução do Poder Executivo⁵, enfeixava, na condição de Chefe Supremo da Nação,

² Ver Artigos III, Seção II, e VI.

³ Prova insofismável disso, a Constituição francesa de 1791, promulgada nos estertores do reino de Luís XVI, em seu Título III, Cap. V, art. 3, dispunha: "3. Os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo, nem suspender a execução das leis, nem encarregar-se de funções administrativas, nem citar para comparecer diante deles os administradores em razão de suas funções". Tradução nossa a partir de texto em espanhol disponível em: <http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-francia1791.htm#c5>. Acesso em 10.11.2008.

⁴ Referido diploma realçava, em muito, o papel do rei, sendo interessante observar tanto a redação de seu preâmbulo quanto dos arts. 13 a 23, valendo notar exaltação de que a sua pessoa era, na condição de chefe supremo do Estado, inviolável e sagrada. Interessante notar que, em contraste com as constituições marcadamente liberais, a iniciativa do processo legislativo pertencia, com exclusividade, ao rei (art. 16).

⁵ O art. 102 da Constituição em comento, no decorrer de seus quinze incisos, traçava relevantes competências a serem exercitadas pelo Imperador como chefe do Poder Executivo.



o Poder Moderador, chave de toda a organização política, para o fim de que aquele pudesse velar, incessantemente, sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos⁶.

E, como se não bastasse, o art. 15, VIII, da Constituição do Império, dispunha, às explícitas, ser atribuição da Assembléia Geral “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”.

Por sua vez, no rol de competências dos órgãos do poder judiciário, nem mesmo especificadamente quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, havia mínima referência que fosse a permitir compreensão de ser possível verificação de questão de legitimidade constitucional.

Tudo isso serve para mostrar que a escolha em favor do modelo francês, levada a cabo pela Carta de 1824, com o acréscimo do clima político reinante, inviabilizou qualquer tentativa para a afirmação da possibilidade dos juizes verificarem o concerto entre aquela e as leis e demais atos normativos.

O panorama fático para tanto somente adveio com a proclamação da república em 15 de novembro de 1889. Isto porque os Constituintes de 1891, não podendo adotar o figurino inglês e francês, em face da incompatibilidade que estes mantinham com o regime político escolhido, não tiveram alternativa senão a de buscar inspiração que uma centúria antes influenciou os Estados Unidos.

A preocupação com o exame da constitucionalidade das leis estava presente, com relevo, em duas passagens inerentes ao Poder Judiciário. A primeira delas constou do seu art. 59, §1º, que, ao instituir entre nós o recurso extraordinário, prescreveu:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) §1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade das leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos

⁶ Dentre as diversas atribuições inerentes ao Poder Moderador, nos termos do art. 101, I a IX, da Constituição de 1824, encontra-se a notável influência que o Imperador poderia exercer no funcionamento do Legislativo e do Judiciário e das administrações municipais. Não fosse pela titularidade do Poder Moderador, não poderia D. Pedro II haver implantado, entre nós, regime de governo parlamentarista mediante o Decreto 523, de 20 de julho de 1847, sem reforma expressa do texto constitucional. A pujança do Poder Moderador restou imortalizada na pena de Pimenta Bueno: “O Poder Moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspiração da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com os outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente de todas as instituições fundamentais da nação” (BUENO, José Antônio Pimenta. Marquês de São Vicente, 1. ed. São Paulo/SP: Editora 34. 2002. Coleção Formadores do Brasil, p. 280).



esses atos, ou essas leis impugnadas⁷.

Noutro passo, a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade estava no art. 60, alínea *a*, que, a pretexto de enumerar a competência da Justiça Federal, dispunha: “Art. 60. Compete aos juízes ou Tribunais Federais processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

Complementando a disciplina, acima transcrita, havia o art. 59.2, o qual, à míngua da criação de tribunais federais de segundo grau de jurisdição, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o apanágio de órgão recursal das decisões da justiça federal.

Entretanto, a práxis culminou por demonstrar enorme contribuição propiciada pela instituição, no art. 72, § 22, relativo à declaração de direitos, do *habeas corpus*, ensejando inúmeras oportunidades para que o Judiciário, verificando supostas ilegalidades ou abuso de poder, pudesse confrontar o texto magno com atos normativos e comportamentos estatais concretos.

Desse modo, afigura-se interessante visão a ser extraída das observações da doutrina e da prática judiciária que, na sua avidez em procurar o sentido dos preceitos constitucionais acima indicados, buscou não só delimitar o alcance da competência jurisdicional de controlar a compatibilidade dos atos dos poderes públicos com a Constituição, mas também a fixação de parâmetros de atuação.

Na execução da tarefa, inevitável o surgimento de algumas indagações, tais como o que, à época, se devia entender por inconstitucionalidade e quais órgãos poderiam conhecê-la? Estavam tais órgãos, no exercício de sua competência, adstritos a limites materiais e formais?

As questões terão suas respostas desenvolvidas nas linhas seguintes. Isto sem omitir passagem sobre a nossa inicial experiência com a garantia constitucional do *habeas corpus*.

2 INCONSTITUCIONALIDADE: CONCEITO E COMPETÊNCIA PARA O SEU RECONHECIMENTO

Ao comentar o §1º do art. 59 da Constituição republicana, que cogitava da validade de tratados, leis, federais e estaduais, e atos dos governos dos Estados, João Barbalho⁸ se mantinha convicto em afirmar que o preceito atribuía ao Supremo Tribunal Federal, inicialmente, competência para aferir acerca da legitimidade constitucional do ato impugnado, ou seja, sua conformidade com a Constituição.

⁷ O Constituinte restringiu o âmbito do recurso extraordinário gizado pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que, no seu art. 9º, parágrafo único, alínea *c*, continha mais uma hipótese de cabimento daquele, consistente: “Quando a interpretação de um preceito constitucional ou lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula”.

⁸ *Constituição Federal Brasileira (1891)-comentada*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 242.



Nessa hipótese, a lei poderia ser inconstitucional por seu objeto não se situar na competência legislativa da pessoa política que a editou, ou por contrariar as disposições constitucionais.

Em segundo lugar, a inconstitucionalidade poderia ter lugar quando aferida a desconformidade do processo parlamentar de elaboração da lei com os respectivos preceitos da Constituição.

Pela lição do autor já se antevia divisão, que sobrevive até os dias de hoje, fracionando os tipos de inconstitucionalidade em material e formal⁹.

O fato da competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, resultar da impugnação de decisões anteriormente proferidas por juízes e tribunais estaduais mostra, estreme de dúvidas, que a competência para a análise da constitucionalidade das leis não lhe era exclusiva, pertencendo, igualmente, aos demais órgãos do Poder Judiciário. Isto se reforça com a previsão da competência dos juízes federais para conhecer as causas nas quais se fundasse a pretensão, ou a resposta, em dispositivo da Lei Magna. Neste ponto inclusive o art. 13, §10, da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, era eloqüente¹⁰.

A inspiração norte-americana não permitia outra conclusão. Prova disso Amaro Cavalcanti sustentou:

O direito de resolver sobre a *constitucionalidade* de uma lei, tanto cabe ao Supremo Tribunal Federal, como aos tribunais e juízes inferiores, dentro da respectiva jurisdição. Onde quer que a questão for suscitada, o tribunal ou juiz deve pronunciar-se a respeito; porque o direito de aplicar a lei ao caso envolve necessariamente o de conhecer da validade ou legitimidade dela¹¹.

O reconhecimento da competência difusa foi além da meditação doutrinária, tendo sido alvo de ênfase jurisprudencial. Assim que, à guisa de motivação do HC 410, julgado em 16 de agosto de 1893, no qual se deferiu ordem impetrada por Rui Barbosa para a soltura de Mário Aurélio da Silveira, imediato do vapor Júpiter, o Min. Freitas Henrique frisou ser da competência do Judiciário como um todo dizer da validade, sob o prisma constitucional, das leis cuja aplicação é discutida¹².

⁹ Consultar: José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 48) e Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31-37).

¹⁰ O preceito continha o teor seguinte: "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição".

¹¹ *Regime Federativo e a República Brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. Coleção Temas Brasileiros, v. 48, p. 203.

¹² Interessante transcrever a seguinte passagem do pronunciamento: "Que incumbe aos Tribunais de Justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos occorrentes e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país; Que este dever não só decorre da índole e natureza do Poder Judiciário, cuja missão cifra-se em declarar o direito vigente, aplicável aos casos occorrentes regularmente sujeitos à sua decisão, se não também é reconhecido



Com isso, evidentemente, não se quer dizer que o Supremo Tribunal Federal ostentava papel idêntico ao dos demais órgãos jurisdicionais no particular da competência examinada. Absolutamente. Seja pela relevância de sua competência originária, ou pela competência recursal última, àquele foi apontada função de guardião-mor da autoridade da Constituição, singularidade divisada pela doutrina de então¹³, sem contar importante função de velar pelo pacto federativo, firmando a harmonia entre os Estados e a União.

No exercício da competência recursal, resultante de influência norte-americana, extraída do *Judiciary Act*, assentou-se entendimento de que, para o conhecimento do recurso, importante que a questão da validade ou aplicações de tratados, leis federais e estaduais, a justificar o seu conhecimento, tivesse sido objeto de discussão e deliberação na decisão atacada.

Tratava-se do que se convencionou denominar de pré-questionamento, que se consolidou como inabalável pressuposto específico de admissibilidade de dito recurso e que resultou de ponto de vista adotado inicialmente por julgamento de 11 de maio de 1895, tendo alcançado prosseguimento nos Recursos 275, de 26 de outubro de 1898; 670, de 19 de outubro de 1898; 1.303, de 28 de setembro de 1910 e 616, de 18 de novembro de 1911.

Tal pressuposto, não assentado em texto explícito, antes resultava como decorrência natural de decisão que contestasse validade de tratado ou lei.

E assim se impunha porque, conforme anotado por Pedro Lessa, o emprego da denominação “extraordinário”, só por só,

revela bem a principal diferença entre este recurso, que se interpõe de uma justiça para a outra e em casos especiais e muito limitados, e os recursos ordinários de que na mesma justiça, e num grande numero de casos, se utilizam os litigantes para o fim de obter a reforma das decisões da instância inferior pela superior¹⁴.

no art. 60, letra ‘a’, da Constituição que inclui na competência da Justiça Federal o processo e julgamento das causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição constitucional;” (...). Os pronunciamentos jurisprudenciais citados, originários do Supremo Tribunal Federal, têm, com exceção do último deles, sua íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJudgamentoHistorico&pagina=principalStf>. Acesso em 10.11.2008. Por isto, no decurso do trabalho, não serão indicadas as correspondentes fontes.

¹³ João Barbalho acentuou: “O carácter, attribuído ao supremo tribunal federal, de guarda e oráculo da Constituição nos assumptos submettidos a seu conhecimento e juízo, assigna-lhe tamanha proeminencia e é encarado como tão salutar, que a principio deo logar a que, por mal comprehender-se o modo porque elle desempenha essa grandiosa função, se lhe fizessem pedidos directos de interpretações e consultas sobre intelligencia de disposições legaes” (*op. cit.*, p. 235). O mesmo sucedeu com Amaro Cavalcanti (*loc. cit.*, p. 109) quando, após reconhecer a condição do Supremo Tribunal Federal como órgão supremo do Poder Judiciário, alertou para o dever de máxima correção no cumprimento das prerrogativas e fins que lhe foram traçados pelo sistema político que regia o país.

¹⁴ *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal. 2003, p.103.



Nesse diapasão, Carlos Maximiliano¹⁵ alertava ser conveniente fixar limites bem estritos ao cabimento do mencionado recurso. Antes, criticou tendência cotidiana do Supremo Tribunal Federal a paulatinamente transformar-se, com a via do recurso extraordinário, numa terceira instância ampla e lenta, justamente pela sua admissão sem maiores restrições¹⁶.

Por isso, o recurso extraordinário não era cabível quando a decisão do Tribunal do Estado reconhecesse a validade dos tratados e leis federais, mas somente quando houvesse o reconhecimento da ilegitimidade constitucional daqueles. Igualmente, a decisão que deliberasse pela aplicação de tratado ou lei federal, contestada em face de preceito constitucional, não ensejaria o inconformismo recursal. Para tanto, fazia preciso houvesse decisão que os declarasse inaplicáveis ou simplesmente deixasse de aplicá-los. Já em havendo discussão que envolvesse suposta contrariedade entre dispositivo da Constituição e atos dos governos locais, de natureza legislativa ou não, o apelo extremo somente teria cabimento caso a decisão fosse pela validade dos atos impugnados diante da Lei Fundamental.

A natureza extrema do recurso extraordinário foi além da percepção da doutrina, encontrando-se no rol das preocupações do legislador, em conformidade com o que se pode ver do art. 24, segunda parte, da Lei 221, de 20 de novembro de 1894¹⁷.

Num ponto, porém, penso ter havido interpretação alargada do art. 59, §1º, alínea *b*, pelo Supremo Tribunal Federal, pois, como nos informa João Barbalho¹⁸, no Recurso Extraordinário 91, julgado em 09 de dezembro de 1896, assentou-se que a expressão “leis locais” compreendia não somente as leis promulgadas pelos Estados, englobando também as municipais¹⁹. O entendimento, ao que parece, mantém-se ainda hoje por força do art. 102, III, alíneas *a* e *c*²⁰.

Porém, o próprio João Barbalho²¹ vislumbrou possibilidade de interposição de recurso extraordinário quando a lide envolvesse discussão sobre a legitimidade de regulamentos, salientando que, em se configurando como normas complementares das leis, contendo medidas adequadas à sua boa execução, dão vigor e eficácia prática às leis federais. Assim, para manter a autoridade destas, dever-se-ia

¹⁵ Comentários à Constituição Brasileira de 1891. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 617.

¹⁶ Parece que o autor, posteriormente consagrado em obra dedicada à hermenêutica jurídica, já vaticinava o caos que, nos dias atuais, viria instaurar-se no Pretório Excelso, com as estatísticas referentes ao quase concluso ano de 2008, retratando o ingresso de 87.529 processos em contraste ao número de 90.847 julgamentos. O quantitativo não deixa de ser animador quando se observa que, no ano de 2007, foram recebidos 119.324 feitos e julgados 159.522.

¹⁷ Eis o aludido preceito: “A simples interpretação ou aplicação do direito civil, commercial ou penal, embora obrigue em toda a Republica, como leis geraes do Congresso Nacional, não basta para legitimar a interposição do recurso, que é limitado aos casos taxativamente determinados no art. 9º, paragrapho unico, letra (c) do citado decreto n. 848.”

¹⁸ *Op. cit.*, p. 246.

¹⁹ O mesmo entendimento foi esposado por Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 617).

²⁰ Consultar: Pleno, RE 206.777- 6/SP, v.u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 30-04-99; 1ª T., RE 249.070-9/RJ, v.u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 17-12-99.

²¹ *Op. cit.*, p. 246.



comportar a admissibilidade do apelo extremo²².

A exemplo do que atualmente ainda acontece, o recurso extraordinário não estava sujeito a condicionantes de alçada.

Não obstante preocupação doutrinária com a excepcionalidade do recurso em tela, poderia ter-se avançado mais, para o fim de limitar-se a abrangência do recurso ao que, atualmente, instituiu-se como repercussão geral pela EC 45/2004, a exemplo do que se tem como o *writ of certiorari* interposto para a Suprema Corte norte-americana. Sei que, para assim aportar-se, os norte-americanos se serviram da via legislativa, alterando-se, por algumas vezes, o *Judiciary Act* de 1789²³. No entanto, nada estava a impedir que, nestas plagas, tal tivesse ocorrido pela via interpretativa à luz do caráter extravagante e singular de tal recurso.

3 LIMITAÇÕES FORMAIS AO CONTROLE JUDICIAL

Competência tão importante, atribuída a um dos poderes do Estado, como a de dizer da constitucionalidade ou não dos atos dos demais poderes, não está isenta de limites. Pelo contrário, se o seu desempenho sucedesse sem restrição alguma, tornaria o Judiciário capaz de subordinar ao seu talante o comportamento do Executivo e do Legislativo.

Por essa razão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se mantiveram ciosas em traçar limites a serem observados quando da aferição da compatibilidade vertical entre a Constituição e as leis e demais atos estatais.

Hão de ser bipartidos em limites formais e materiais.

Principiaremos pela análise do modo através do qual o Judiciário há de movimentar-se para exarar declaração de inconstitucionalidade.

O primeiro ponto a ser aqui enfatizado é o de que, à vigência da Lei Máxima de 1891, não havia previsão para impugnação em tese de lei ou ato normativo sobre o qual pudesse pesar pecha de inconstitucional.

A dicção dos arts. 59 e 60 evidenciava que o controle judicial apenas teria lugar quando da solução dos conflitos de interesses que versassem pretensão resistida. Sem controvérsia concreta, não poderia advir declaração de inconstitucionalidade. A influência norte-americana mais uma vez assim impunha.

²² Na moldura atual do recurso extraordinário, o Pretório Excelso (1ª T., RE 265.297 – DF, v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 01-07-2005, p. 00056; 1ª T., AI – AgR 358.226 – SP, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 23-08-2002, p. 00085) têm-se, em linha de princípio, afastado o seu cabimento nas hipóteses em que se discute possível violação da Constituição por dispositivo regulamentar, ora por reputar ausência de questão de constitucionalidade, porquanto tudo não passaria de confronto entre a lei e o dispositivo que a complementa, ora por ser caso de ofensa indireta, reflexa, do texto magno.

²³ É de serem apontadas três modificações legislativas, quais sejam a de: a) 1891, a qual, a par da criação de tribunais intermediários (tribunais de circuito) entre a primeira instância da justiça federal e a Suprema Corte, diminuiu as hipóteses de apelação obrigatória e instituiu o *writ of certiorari*; b) 1925, que reduziu mais ainda os casos de apelação obrigatória e aumentou a discricionariedade da Suprema Corte para o conhecimento de recursos (*discretionary power*), instituindo o *certiorari by pass*; c) 1988, responsável pela eliminação das situações de apelação obrigatória, remanescendo a *petition for writ certiorari* como única via de acesso recursal à Suprema Corte.



Imprescindível, assim, que, no curso do processo, alguma das partes suscitasse questão constitucional. Em comentário ao art. 60, aliena *a*, da Constituição de 1891, Pedro Lessa, com argúcia, trouxe infalível definição do que se deveria inferir por questão de constitucionalidade, ensinando:

Uma acção proposta com fundamento na Constituição é, pois uma acção baseada *directa* ou *immediata e exclusivamente* em um preceito constitucional, e tem por fim evitar a applicação de uma lei, federal ou local, por ser contraria à Constituição, ou annullar actos ou decisões do governo nacional, dos Estados ou dos municipios (¹), que igualmente contravêm aos preceitos constitucionaes. Uma acção cuja defesa é apoiada na Constituição é uma acção, em que o réu se defende, invocando *directa ou immediata e exclusivamente* um artigo constitucional, para o mesmo fim de evitar a applicação de uma lei, federal ou estadual, ou de annullar actos de alguns dos tres governos mencionados, em consequencia do vicio da inconstitucionalidade.²⁴

Integrando o significado acima, a portar incontestemente atualidade, o autor, cõscio da excepcionalidade do controle judicial em tela, alude à circunstância de que a questão constitucional, para assim qualificar-se, deve ser o único objeto da discussão jurídica, de modo que se há autônoma possibilidade desta ser resolvida com o emprego de outro argumento, não haveria que se cogitar de questionamento de compatibilidade vertical.

Daí que, também atento a essa faceta, Amaro Cavalcanti envidou o conselho seguinte:

Também, como regra, o judiciário não deverá pronunciar-se contra a validade de uma lei, sem que isso *torne-se absolutamente necessário* para a decisão da causa. Por isto, em qualquer caso, em que se suscite uma questão constitucional; o tribunal fará melhor, adotando esta última conduta, e deixando a questão da constitucionalidade fora de consideração, até que apareça, algum outro caso, em cuja decisão, seja aquela inevitável²⁵.

Considerada a importância e complexidade que envolve declaração de invalidade de ato para cuja formação concorreu manifestação do Legislativo e o Executivo, cujos membros foram escolhidos pelo povo, a doutrina de então²⁶ re-

²⁴ *Op. cit.*, p.130/131

²⁵ *Op. cit.*, p.204

²⁶ Para Amaro Cavalcanti (*op. cit.*, p. 203) tal deveria ocorrer porque, no controle de constitucionalidade, não se estava diante apenas da missão ordinária do juiz de julgar acerca da lei invocada sobre um fato, mas antes de um ato do Poder Público, superior à simples função judicial. Também sustentava idêntica preocupação Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 612).



corria à recomendação de prudência, adotada pela jurisprudência norte-americana, no sentido de que uma lei somente pudesse ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta do tribunal de justiça e não simplesmente pela preponderância de *quorum* acidental.

Não havia disposição magna expressa sobre a matéria, o que veio a surgir somente com a Constituição de 1934, permanecendo a exigência até a Lei Fundamental vigente (art. 97), havendo, na atualidade, o Supremo Tribunal Federal se mostrado rígido quanto à sua observância²⁷.

Isso não impedia – e ainda hoje não impede – que o juiz singular pudesse deixar de aplicar uma lei ou ato normativo, ao reconhecer incidentalmente sua inconstitucionalidade. Nem mesmo nos Estados Unidos há qualquer restrição a esse respeito²⁸.

Galvaniza atenção a incessante tentativa de delimitar o alcance da ação de *habeas corpus*. Incorporada ao nosso sistema jurídico com o Código de Processo Criminal do Império (art. 340), assomou ao texto constitucional com o § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, assim redigido: “§ 72. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A primeira constatação que o exercício de tal remédio implicou foi justamente diferenciação do que se poderia ter por direitos e garantias fundamentais. A individualidade destas vem realçada por ser instrumento de proteção dos direitos²⁹.

Outra particularidade estava em saber se poderia o juiz conceder o *writ* apenas quando buscasse o impetrante assegurar sua liberdade de locomoção, ou também poderia fazê-lo quando estivesse em disputa o exercício de outros direitos fundamentais? A questão rendeu acirrada controvérsia.

A razão de ser da controvérsia, ao que tudo indica, decorrera da insuficiência da tutela proporcionada pela ação sumária especial, haja vista que o art. 13, § 7º³⁰, da Lei 221, de 1894, excluía a competência judicial para suspensão do ato estatal impugnado³¹, sem contar que, à época, não vicejava forte sentimento doutrinário em

²⁷ Eis, portanto, o teor da Súmula Vinculante 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

²⁸ Elucidativa, a respeito, a leitura de Eduardo Virgala Foruria. Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, a. 21, n. 62, p. 77/124, mai.-ago. 2001.

²⁹ A esse propósito, inexcidível lição de Rui Barbosa: “A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir a interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras. *Direito* “é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos”. Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil” (*Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russel, 2004. p. 156)

³⁰ Eis o preceito: “A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se oppuzerem razões de ordem pública.”

³¹ No particular, o relato de Amaro Cavalcanti: “O pensamento, que se depreende dos dispositivos dessa lei, é, antes de tudo, o de que a eficácia dos atos legislativos e administrativos, assim como o dever de obediência aos mesmos, deverão subsistir sem quebra, até que, por sentença judiciária proferida em processo re-



favor do reconhecimento dum poder geral da cautela por parte do Judiciário.

Carlos Maximiliano³² lançou acerba crítica à tendência que considerava o *habeas corpus* idôneo à tutela dos direitos em geral.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, de fato, deferiu várias impetrações para que fossem assegurados outros direitos fundamentais que não a liberdade individual. Houve resistências, mas parcelares. Noutras ocasiões se conhecia do pedido, a pretexto de que, embora não sendo a liberdade de locomoção a utilidade imediata, sua proteção estava vinculada, de modo insuperável, ao desempenho de outro direito fundamental.

Atraente a menção a alguns precedentes: a) HC 1.794, de 14 de janeiro de 1903, no qual prevaleceu ponto de vista no sentido de que o remédio jurídico impetrado não poderia ser utilizado como para afastar proibição de ingresso no país, como o caso do banimento imposto aos membros da família real pelo Decreto 78 – A, de 21 de dezembro de 1889; b) RHC 2.244, de 31 de janeiro de 1905 (rel. Min. Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro), sede onde, com fundamento no art. 72, §11, da Constituição, protegeu-se o impetrante contra ameaça de constrangimento legal decorrente da iminência de entrada de autoridade sanitária em casa do paciente, sem o consentimento deste, haja vista inexistir lei que a autorizasse; c) RHC 2.793, de 08 de dezembro de 1909 (rel. Min. Canuto Saraiva), interposto de decisão de juiz federal que negou *habeas corpus* impetrado contra ato do Presidente da República, consubstanciado no Decreto 7.689, que permitiu ao Prefeito do Distrito Federal o exercício de suas atribuições sem a colaboração do Conselho Municipal, por considerar este inexistente, tendo por lastro a legalidade do ato cuja execução é impugnada, não obstante o voto do Min. Pedro Lessa, para quem a negativa da ordem se impunha porque a finalidade buscada não foi garantir a liberdade individual, mas resolver questão de investidura em funções legislativas; d) HC 2.990, de 25 de janeiro de 1911 (rel. Min. Amaro Cavalcanti), cuja ordem foi deferida para assegurar aos impetrantes o direito de ingresso na Câmara Municipal do Distrito Federal, com vistas a que pudessem ingressar no edifício do Conselho Municipal para exercerem suas funções até o término do mandato; e) HC 2.794, de 11 de dezembro de 1909 (rel. Min. Godofredo Cunha), deferido para permitir aos pacientes o ingresso no edifício do Conselho Municipal para exercerem os direitos decorrentes de seus diplomas, frisando o Min. Amaro Cavalcanti a hipótese ser de proteção da liberdade de locomoção, a qual constituía um meio para o exercício duma multiplicidade de direitos; f) HC 3.061, de 29 de julho de 1911, onde se concedeu a ordem para assegurar aos impetrantes a livre locomoção e ingresso no edifício da Assembléia Legislativa do

gular, sejam tais atos declarados, por ventura, nulos ou carecedores de força jurídica. O legislador de 1894 procurou tornar êste seu pensamento o mais claro possível, estatuinto, como advertência especial, no §7º do citado art. 13, que o autor podia requerer a suspensão do ato ou medida impugnada, – mas, dirigindo o seu requerimento à própria autoridade administrativa expedidora do ato, e esta poderá atendê-lo, ‘se a isto não se opusessem razões de ordem pública’. Não reconheceu, entretanto, a mesma faculdade à autoridade judiciária” (*Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. Tomo II, p. 783-784).

³² *Op. cit.*, p. 734.



Rio de Janeiro³³; g) HC 3.137, de 20 de janeiro de 1912, reputado prejudicado, não obstante o reconhecimento, de passagem, de que o remédio ajuizado possui aptidão para garantir liberdade individual necessária ao exercício de funções políticas (rel. Min. Epiácio Pessoa); h) HC 3.536, de 06 de maio de 1914 (rel. Min. Oliveira Ribeiro), cuja concessão implicou o direito constitucional do impetrante, Senador Rui Barbosa, para publicar seus discursos proferidos da tribuna do Senado pela imprensa, onde, como e quando lhe convier, tendo o Min. Godofredo Cunha votado pelo não conhecimento do pedido, porquanto o *habeas corpus* é destinado tão-só a tutelar a liberdade pessoal; i) HC 3.697, de 16 de dezembro de 1914 (rel. Min. Enéas Galvão), cujo deferimento assegurou ao Senador Nilo Peçanha direito de penetrar no palácio do Governo do Estado do Rio de Janeiro para exercer suas funções de presidente do Estado até o término do mandato; j) HC 4.781, de 05 de abril de 1919 (rel. Min. E. Lins), concedido para que o Senador Rui Barbosa, juntamente com os demais impetrantes, pudesse, no Estado da Bahia, exercer direito de reunião e de palavra publicamente nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos.

Procurando evitar a elasticidade da garantia individual, a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 alterou a redação do art. 72, § 22, da Constituição, que passou a constar: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

Com isso, advieram inúmeras tentativas voltadas ao surgimento de nova garantia constitucional, justamente para preservar, com maior intensidade, outros direitos fundamentais diferentes da liberdade individual, resultando-se, com a Constituição de 16 de julho de 1934 (art. 113, nº 33), no mandado de segurança³⁴.

4 RESTRIÇÕES MATERIAIS

Passando-se aos óbices de conteúdo, interesse despertou o de saber se o Judiciário poderia enveredar pelo conhecimento de questões políticas.

Mesmo à míngua de norma proibitória expressa, como se deu nas Constituições de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94), foi freqüente o evocar, por ocasião das contestações de atos emanados do titular da Presidência da República, da exceção, consoante a qual, no exercício do controle jurisdicional, haveria zona imune à penetração deste, qual seja a da matéria essencialmente política.

³³ Em voto vencido, o Min. Godofredo Cunha salientou que, em sendo os fatos idênticos aos que ensejaram o deliberado no HC 2.984, o novo pedido de *habeas corpus* somente poderia ser recebido como reclamação para execução do primeiro acórdão. É, assim, possível visualizar em tal pronunciamento embrião do que, mais tarde, tem-se como reclamação para preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, I, CF), medida de extrema e presente relevância no controle de constitucionalidade em face da introdução do efeito vinculativo da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, da ADPF e da súmula vinculante.

³⁴ Cf. narrativa constante de estudo de nossa autoria (Mandado de segurança coletivo e sua impetração por partido político, *Revista Cuestiones Constitucionales*, Ciudad Universitaria, n. 16, p. 282-283, rodapé 2, jan./jun., 2007).



Esse mito foi superado pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal. Em sua memorável peleja contra os atos perpetrados pelo Presidente Floriano Peixoto, é sabido que Rui Barbosa não se cansou em alardear mensagem de que a ação do Executivo e do Legislativo tinha como forçado encerro a Constituição.

Dentre os inúmeros pleitos que deduzira judicialmente, é de serem destacadas razões apresentadas em ações de reparação civil propostas perante a Justiça Federal em favor das pessoas atingidas pelos atos de reforma e demissão vazados através dos Decretos de 07 e 12 de abril de 1892.

Foi levantada objeção de não possuir o Judiciário a competência para o exame do pleito, por envolver assunto de natureza política. Forte no ensinamento de Marshall³⁵, Rui soube bem enquadrar a exceção, reduzindo-a para situações onde o Congresso ou o Executivo emitem comportamentos em assuntos sujeitos, por força da Constituição, à sua livre discricção, não atingindo, por isso, direitos fundamentais do cidadão.

Tanto que deixou claro, por isso, ser inadmissível impugnação direta duma lei, porque, se assim pudesse ser realizado, exorbitaria o judiciário o alcance de sua competência, o que não impediria os atingidos de resguardarem seus direitos individuais contra os atos embasados no comando legal.

A proteção dos direitos individuais, em nenhum instante, poderia ser obstada pela alegação do exercício de função política pelo Executivo ou Legislativo, poderes que, por serem órgãos políticos do regime, têm suas funções, sem exceção, adornadas pelo adjetivo político. Isto seria o mesmo que permitir que aqueles fundassem e desenvolvessem o reino do arbítrio³⁶.

O pensar acima, após iniciais reveses, alcançou receptividade no Supremo Tribunal Federal. Inicialmente se mencione o HC 300, de 27 de abril de 1892, impetrado por Rui Barbosa em favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros, detidos e desterrados por ordem do Marechal Vice-Presidente da Repúbli-

³⁵ Incisivo, Marshall, no *Marbury vs. Madison*, de 24 de fevereiro de 1803, elucidou imperiosa distinção: "... quando os responsáveis dos ministérios são agentes políticos, ou de confiança do Executivo, limitando-se a executar a vontade do Presidente, ou, em geral, atuando em casos nos quais o Executivo dispõe dum âmbito constitucional ou legal de discricionariedade, nada pode estar mais claro que estes atos são somente politicamente fiscalizáveis. Porém, quando a lei estabelece um dever específico, e existem direitos individuais que dependem do cumprimento deste dever, está igualmente claro que o cidadão que se considere prejudicado tem o direito de recorrer às leis de seu país em busca de uma reparação" (tradução nossa a partir de versão espanhola disponível em: www.der.uva.es. Acesso em 31-10-2008).

³⁶ A teorização desenvolvida sobre o assunto por Rui Barbosa é encontrada em os *Atos Inconstitucionais* (p. 105-119). Devido à extensão dos fundamentos que a ampara, interessante transcrever-se parte das conclusões: "Atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo. Em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes. Se o ato não é daquele que a Constituição deixou à discricção da autoridade, ou se, ainda que o seja, contravém às garantias individuais, o caráter político da função não esbulha do recurso reparador as pessoas agravadas. (...) A violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida." (op. cit., p. 118-119).



ca, conforme os Decretos de 10 e 12 do referido mês. O Pretório Excelso denegou o pedido sob consideração de incompetência, afirmada com base nos seguintes argumentos: a) antes do juízo político do Congresso não poderia o Judiciário examinar o uso que fez o Presidente da República da atribuição constitucional de lançar mão do estado de sítio, uma vez não ser da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se em questões políticas; b) ainda que, na situação criada pelo estado de sítio, possam estar envolvidos alguns direitos individuais, tal não habilita o poder judicial a intervir para nulificar os atos presidenciais, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política que os envolve.

Na assentada, é de registrar voto vencido do Min. Pisa e Almeida que, fundado no art. 80, entendia que a competência prevista neste dependia de lei, ainda não editada.

Por ocasião do HC 1.073, de 02 de abril de 1898, impetrado em favor de parlamentares e militares, o Supremo Tribunal Federal, novamente instado a pronunciar-se sobre coações determinadas (prisões e desterros) em estado de sítio decretado em 1897, deferiu a ordem, expondo, timidamente, que tal medida não está isenta de observância à Constituição, seja porque não poderia suspender imunidade parlamentar, a qual é inerente à função de legislar e, com isto, importa essencialmente à autonomia e independência do Poder Legislativo, seja porque a ação judiciária suspensa durante o estado de sítio, com o fim deste se restabelece e revigora.

Sem embargo do voto do relator, Min. Lúcio Mendonça, limitar o campo de atuação judicial à cessação do estado de sítio, a parecer, assim, inclinar-se pela incompetência como regra do Supremo Tribunal Federal, o Min. Macedo Soares, ao depois de realçar a arbitrariedade do estado de sítio em causa, frisou que o Judiciário possui competência para sua apreciação, para o fim de verificar se a competência presidencial foi além do demarcado pela Constituição, salientando que, mesmo antes do exame congressual, aquele pode exercer sua função de controle, caso, por ato inconstitucional, esteja em jogo liberdade individual³⁷.

³⁷ Considerando-se que talvez tenha sido esta a primeira manifestação, com robustez, do afastamento da imunidade do controle judicial dos atos ditos políticos, interessante transcrição de passagem do pronunciamento: "Em face de nosso atual regimen, é indiscutível a competência do Poder Judiciário Federal para manter a inviolabilidade da Constituição, que não pode flutuar à mercê dos caprichos dos dois outros órgãos da soberania nacional. Assim, pois, se as medidas discricionárias do chefe do Poder Executivo, durante o estado de sítio, têm os seus limites na lei fundamental, que da mesma sorte indica nesta grave emergência da vida social qual o procedimento que assiste ao Congresso, é manifesto que a inobservância de tais preceitos abre espaço à intervenção do Poder Judiciário. O estado de sítio não significa a suspensão de todas as garantias, mas tão somente daquelas que se acham mencionadas no art. 80, n.2, da Constituição, e de cujo emprego o Presidente da República "logo que se reúna o Congresso, motivando-as lhe relatará". Por conseguinte, tudo que for além de tais medidas dará então lugar a intervenção do Poder Judiciário, antes ou depois do juízo político do Congresso, por não se tratar mais de atos praticados dentro da órbita constitucional, porém de violência à liberdade individual, que tem no *habeas corpus*, o meio legítimo de fazer cessar esse constrangimento. E nem seria admissível que, tendo o nosso estatuto político, por intuitiva precaução, restringido a ação do Poder Executivo, durante o estado de sítio, pretender-se condenar à inércia o Poder Judiciário Federal diante de quaisquer abusos que porventura se pudesse praticar à sombra dessas medidas de salvação pública."



Outra oportunidade recaiu no HC 1.974, de 14 de janeiro de 1903, impetrado em favor de Gastão de Orleans e demais membros da ex-dinastia brasileira de Bragança, para que pudessem, sem prejuízo de suas liberdades físicas, ingressar e demorar no território nacional, ao argumento de que o Decreto 78 – A, de 21 de dezembro de 1889, foi revogado pela Constituição de 1891, havendo o Supremo Tribunal Federal não conhecido do pedido.

Dentre os diversos votos que se alinharam com a maioria, destaque-se o do Min. João Barbalho, para quem o decreto cuja execução era impugnada, surgindo do triunfo do movimento republicano, constituía consequência necessária da abolição do Império e complementar da proclamação da República, motivo pelo qual a contestação de seu caráter puramente político significaria subversão de princípios e desconhecimento dos fatos, capaz de pôr em risco a estabilidade e segurança do novo regime. Situava-se o tema, ao entender do referido julgador, inteiramente fora da missão constitucional do Supremo Tribunal Federal³⁸.

Digno de nota foi o HC 2.990, de 25 de janeiro de 1911, impetrado em favor de membros do Conselho Municipal do Distrito Federal, para que pudessem ingressar no prédio do referido órgão legislativo para o fim de exercer suas funções até o término dos seus mandatos, o que foi obstado por Decreto do Presidente da República, de 04 de janeiro do mencionado ano.

A ordem foi concedida com base no voto do relator, Min. Pedro Lessa, o qual inferiu que o ato impugnado não era daqueles de natureza política, entregue unicamente à discricção do Legislativo, ou Executivo, ensejando-se, assim, a competência do Judiciário para a sua análise. A ofensa injusta à liberdade pessoal justificava o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

De ressaltar-se o HC 3.601, de 29 de julho de 1911, e o HC 2.984, impetrados por deputados da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em detrimento de suposta intervenção federal que implicou suspensão dos trabalhos legislativos por ação da força pública federal que, ocupando o edifício da referida repartição legislativa, vedava-lhes o ingresso em dito recinto.

Em ambas situações, o Supremo Tribunal Federal deferiu a ordem, havendo, na primeira das oportunidades citada, o relator, Min. Amaro Cavalcanti afastado óbice inerente ao conhecimento pelo Judiciário de matérias políticas, argumentando que esta regra somente se aplica quando, no caso concreto, o ato impugnado é da atribuição exclusiva de dado poder político, nos termos expressos da Constituição e que, na situação presente, aquele se reduzia a um simples ato de coação, praticado pela força federal a instâncias do Presidente da República, privando os impetrantes de ingressarem no edifício legislativo e, portanto, de exercerem suas funções.

Quanto ao segundo dos julgamentos, apesar da prevalência de idêntico ponto de vista, veio a lume voto-vencido do Min. Godofredo Cunha que, ressaltando

³⁸ Entendimento similar se deu no HC 2.437, de 11 de maio de 1907, no qual foi negado pleito de regresso ao Brasil formulado por D. Luiz de Orleans e Bragança, havendo ficado vencidos os Ministros Amaro Cavalcanti e Alberto Torres, este com talentosa declaração de voto-vencido, concluindo pela desconformidade do Decreto 78 – A, de 1889, com a então vigente Constituição.



o caráter político do ato de intervenção federal, sustentava a impossibilidade de verificação de sua ilegalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Limitação da qual não se deve perder de vista se constitui em advertência no sentido do órgão judicial, ao se deparar com exame de questão constitucional, agir com bastante cautela e somente propender pela solução da incompatibilidade da lei com a Norma Ápice quando tal se mostrar evidente e acima de meras dúvidas.

Essa lição, encontrada em Amaro Cavalcanti³⁹, tem, mais uma vez, seu lastro na experiência norte-americana, e resulta do caráter excepcional do controle de constitucionalidade, mostrando ao juiz o dever de procurar, o máximo possível, salvar o texto da lei ou do ato normativo impugnado⁴⁰.

Dá resulta o princípio da conservação que tem seu substrato na interpretação conforme a Constituição. Caso, dentro de alguns dos seus possíveis significados, o texto questionado possua um que se harmonize com a Lei Máxima, a declaração de inconstitucionalidade haverá de ser evitada.

Dentre valiosas recomendações doutrinárias, já se atentava para o seguinte: a) a validade da legislação nunca deveria ser aferida em face dos motivos que influenciaram na sua adoção, quaisquer que fossem⁴¹; b) não poderia cogitar-se de ofensa à Constituição pela contrariedade de princípios abstratos de justiça⁴².

Não é possível olvidar impressão então prevalecente sobre qual a eficácia duma declaração de inconstitucionalidade de lei proferida pelo Judiciário, emane ou não do Supremo Tribunal Federal.

Pedro Lessa⁴³, atento ao praticado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, afirma que, ao julgar demanda fundada em preceitos constitucionais, reconhecendo incidentalmente inconstitucionalidade duma lei, o Judiciário não a invalida como ato autônomo. Apenas despreza sua aplicação, invalidando ato que nela teve seu embasamento.

Essa declaração incidental, até por força do princípio da conservação dos atos jurídicos, pode dirigir-se à lei em sua totalidade ou a alguma de suas partes. Ora, o fato de parcela duma lei ser inconstitucional não implica, só por só, que o restante assim seja, salvo se veicule disposições que guardem conexão ou dependência entre si.

Compartilha desse ponto de vista Amaro Cavalcanti⁴⁴, porquanto, mesmo apontando a nulidade da lei como decorrência da declaração de sua inconstitucionalidade, manifesta-se por, igualmente, circunscrever a eficácia da decisão ao caso sob julgamento, embora a decisão possa obrigar os particulares e os demais ramos

³⁹ *Op. cit.*, p. 203.

⁴⁰ É como diz García-Pelayo (*Derecho constitucional comparado*. 3ª reimpressão. Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 431), comentando o sistema americano, quando o juiz se depara com a possibilidade duma lei ser suscetível de duas interpretações, gravitando em torno da invalidade e da validade do texto legal, deverá preferir esta última.

⁴¹ Cf. Amaro Cavalcanti (*op. cit.*, p. 206).

⁴² Assim Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 617), referindo-se ao cabimento do recurso extraordinário.

⁴³ *Op. cit.*, p. 138-139.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 207.



do Poder Público, se estes figurem como partes ou interessados na questão.

Para Carlos Maximiliano⁴⁵, é a nulidade o efeito da declaração de inconstitucionalidade em última instância numa lei. Porém, não especificou o autor se tal ocorre apenas no caso concreto ou se com eficácia *erga omnes*.

Apesar dessa omissão, interessante notar ser possível atribuir àquele contributo que pode, entre nós, ser apontado como embrionário para a afirmação do que, na atualidade, convencionou-se denominar efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade.

Isso porque, como sustém o autor⁴⁶, a lei ou ato estatal, enquanto não declarado inconstitucional, porta presunção de legitimidade, a atuar em favor daqueles que, civil, criminal ou administrativamente, agiram de acordo com os seus comandos.

Ao enumerar as impressões doutrinárias relativas aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – as quais tiveram inspiração no modelo americano, até por ser o único que então teorizava sobre a possibilidade do controle judicial – a doutrina e jurisprudência brasileira padeceram de defeito de importação.

Isso se dá à medida que se observa os que norte-americanos, apesar de terem limitado a eficácia da declaração à controvérsia, indiretamente, por força da regra da obrigatoriedade do precedente, transpunham a tal deliberação eficaz contra todos e vinculativa.

Os textos nacionais, mesmo tendo praticamente recolhido sua sistematização sobre o assunto da práxis norte-americana, em nenhum instante atentaram que, em face do papel do Supremo Tribunal Federal de guardião-mor da autoridade e uniformidade interpretativa da Constituição, que os arts. 59 e 60 deixavam entrever, pudesse as suas decisões possuir algo mais do que a mera inaplicação da lei para o caso concreto.

Tal equívoco, diante da multiplicidade de causas ajuizadas com fundamento constitucional – tendo em vista que, a partir de 1934, o âmbito da regulação fundamental legal foi cada vez mais se ampliando, para atingir muitos assuntos além da organização dos poderes e dos direitos fundamentais de primeira geração -, submetidas ao descortino de inúmeros órgãos judiciais, monocráticos ou colegiados, acarretou intransponível necessidade de instituição: a) de competência – atualmente objeto de acesa discussão sobre sua utilidade – do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte do território nacional, execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal; b) da ação declaratória de constitucionalidade, com a finalidade de inserir, nestas plagas, o instituto do efeito vinculante, o que se deu com a promulgação da EC 03/93; c) extensão, igualmente por força de mais uma mudança formal do texto sobranceiro (EC 45/2004), do efeito vinculativo às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade; d) da súmula vinculante, cuja elaboração e aplicação vem fomentando perplexidades não só à

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 120-121.

⁴⁶ *Loc. cit.*, p. 121.



comunidade jurídica, mas à sociedade como um todo.

A adoção integral da lição americana, sem dúvida, teria simplificado – e muito – nosso atabalhoado sistema de fiscalização de constitucionalidade, assegurando maior estabilidade e segurança jurídica na aplicação dos comandos constitucionais.

Outra particularidade consistia em saber se o Judiciário poderia atuar de ofício, sem suscitação da questão de constitucionalidade por quaisquer das partes⁴⁷.

Carlos Maximiliano se inclinou contra a possibilidade⁴⁸. Em sentido oposto, Lúcio Bittencourt⁴⁹ afirmou que tal advertência não se deveria compreender como vedação peremptória. A nulidade da lei inconstitucional não estava a obstar que, uma vez levada uma questão a juízo, pudesse o magistrado, mesmo à míngua de tal matéria não constar da causa de pedir, reconhecer inconstitucionalidade dum lei se entendesse relevante para o julgamento da causa. O que estaria interdito ao Judiciário era assim operar sem que exista demanda instaurada a pedido da parte interessada⁵⁰.

Particularidade interessantíssima, para a qual o Supremo Tribunal Federal à época já se mostrava atento, concernia a saber se era possível o dispositivo acoiado de inconstitucional ser emenda constitucional. Melhor explicando, competiria ao Judiciário controlar a observância, pelo poder constituinte derivado, das limitações impostas através da ação do poder constituinte originário.

Cogitava-se, pela via do *habeas corpus*, da validade da Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, cuja inconstitucionalidade consistiria no não respeito ao quorum do art. 90 da Constituição. O Pretório Excelso, por maioria de votos, denegou a ordem⁵¹. Na oportunidade, assomou pronunciamento vencido do Min. Guimarães Natal, expondo, com pujança argumentativa, a possibilidade do controle jurisdicional das reformas à Constituição⁵².

⁴⁷ Sem embargo de representar limite formal, a sua conexão com a temática dos efeitos das decisões de inconstitucionalidades faz com que seu tratamento seja deslocado como consequência daqueles.

⁴⁸ Incisivo o comentário do autor: "Interprete da Constituição, e mais autorizado que os outros, é o Poder Judiciário. Não age, todavia, *sponte sua*; pronuncia-se contra a validade de actos do Executivo ou do Congresso Nacional quando os prejudicados o reclamam, empregando o remédio jurídico adequado à espécie, obedecendo aos preceitos formaes para obter o restabelecimento do direito violado" (*loc. cit.*, p. 116).

⁴⁹ *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 113.

⁵⁰ A admissibilidade do Judiciário, de ofício, verificar possível inconstitucionalidade constitui, na atualidade, entendimento preponderante no Pretório Excelso (Pleno, RE – ED 219.934 – SP, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 26-11-2004, p. 6).

⁵¹ Tratou-se do HC 18.178, julgado nas sessões de 27 e 29 de setembro e 01 de outubro, assim ementado: "Na tramitação parlamentar da Reforma Constitucional não foi violada cláusula alguma da Constituição da República. O *quorum* de aprovação das emendas à Constituição é de dois terços dos votos dos congressistas presentes. O poder judiciário continua competente para conhecer de *habeas-corpus* durante o estado de sítio desde que as medidas tomadas pelo Executivo ultrapassem os limites fixados no art. 80 da Constituição" (*Revista Forense*, v. XLVII, fascículos 277 a 282, jul.-dez. 1926, p. 748).

⁵² Pela sua incontestável importância histórica, transcrevemos relevante trecho da deliberação: "A primeira questão a se examinar é a de saber se o Judiciário tem ou não competência para conhecer da arguição de inconstitucionalidade da reforma constitucional. Para mim, não há a menor dúvida que tem. Nos termos do art. 60, letra *a*, da Constituição desde que seja submetida ao conhecimento do Judiciário uma causa em que a parte funde a acção, ou a defesa na Constituição, não poderá elle se esquivar ao dever de verificar se o preceito constitucional, invocado pela parte, effectivamente a protege, ao de fazer valer o direito da parte contra



5 SÍNTESE CONCLUSIVA

Expostas estas linhas, emergem alguns remates, a saber:

- a) evadindo-se do norte que guiara a elaboração da Constituição de 1824, assaz apegada ao constitucionalismo francês da Restauração, a Lei Maior de 1891, moldada sob a inspiração do modelo norte-americano, favoreceu ao desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade, fenômeno que, materializado através da previsão do recurso extraordinário (art. 59, §1º) e da competência da Justiça Federal (art. 60, *a*), teve notável incremento com a garantia do *habeas corpus*;
- b) em face do incipiente, mas salutar, desempenho do controle jurisdicional, restou consagrada bipartição do conceito de inconstitucionalidade (formal e material), bem assim a afirmação de que a competência verificadora se espargia, difusa, dentre todos os juízos e tribunais, sem prejuízo de que, quanto ao Supremo Tribunal Federal, fosse reconhecida sua qualidade de guardião-mor da supremacia constitucional;
- c) no que concerne à competência recursal do Pretório Excelso, em virtude do reconhecimento da sua natureza excepcional, foram agregados requisitos específicos com a finalidade de restringir sua admissibilidade, tais como o pré-questionamento e interpretação restritiva das hipóteses do art. 59, §1º, alíneas *a* e *b*;
- d) a atividade de controle, submetida a limites de forma, somente poderia ser desempenhada na presença de litígio entre partes, para cuja solução fosse indispensável apreciar questão de legitimidade constitucional, sendo adotado posicionamento consoante o qual, à vista da relevância que o assunto envolvia, os tribunais somente deveriam declarar inconstitucionalidade quando houvesse concordância da maioria absoluta de seus membros;
- e) grande importância, no exercício do controle de constitucionalidade, foi a da via do *habeas corpus*, a qual, demais de permitir nítida diferenciação entre direitos e garantias individuais, teve, até a Emenda Constitucional de

qualquer lei do Congresso, que o violou, violando o dispositivo garantido. A Constituição não distingue nas leis as que podem das que não podem ser arguidas de inconstitucionalidade. Por tanto, todas o podem, inclusive a lei da reforma constitucional que é, como todas as leis, disciplinada também, em sua elaboração, por preceitos constitucionais, que, para a sua validade, deverão ser rigorosamente observados. E' do regime político que adoptamos, de poderes limitados, que nenhuma função será relativamente exercida sem que se contenha estritamente dentro da órbita que traça a Constituição ao poder que a exerce. E por força do citado dispositivo da letra *a* do art. 60, ao Judiciário é que incumbe, quando a isso regularmente provocado, pronunciar a ineficiência do acto exorbitante e desconforme com os preceitos constitucionais. Mais que as leis ordinárias as destinadas a alterar a Constituição deveriam ser sujeitas, como foram, a exigências de tal modo rigorosas, que, de um lado, dificultassem as alterações, assegurando a estabilidade das instituições políticas, do outro trouxessem a certeza de que ellas representavam a aspiração nacional traduzida por uma respeitável maioria de sufrágios. Essas exigências consagrou-as o legislador constituinte no art. 90 da Constituição e sem sua fiel observância a reforma não poderá prevalecer contra os textos primitivos, que ella alterou" (*Revista Forense*, v. XLVII, fascículos 277, a 282, jul.-dez. 1926, p. 769/770).



- 1926, seu âmbito alargado para permitir a defesa não só da liberdade de locomoção, mas de outros direitos fundamentais a esta conexos;
- f) resultante da atividade de controle se pode apontar, dentre outros, o afastamento da imunidade absoluta dos atos políticos, uma vez que, em lesando direitos individuais, seria possível a atuação do Judiciário, a tendência à conservação, o máximo possível, dos atos estatais questionados, dada sua presunção de legitimidade, a nulidade como efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade e a possibilidade de ser suscetível de questionamento a validade de emenda constitucional.

Evadindo-se à forma adotada para este tópico, não poderia omitir que de tudo isso restou evidenciado, à época, o elevado grau de desenvolvimento do sistema americano de controle da constitucionalidade, tanto que a ausência de atenção de nossa doutrina e jurisprudência para a regra da observância dos precedentes, que poderia ser extraída pela posição proeminente do Supremo Tribunal Federal na guarda da Lei Fundamental, fez com que, décadas mais tarde, se tornasse demasiado e formalmente complexo nosso modelo, com a transposição para o texto constitucional da (desnecessária) ação declaratória de constitucionalidade, da competência do Senado Federal, atualmente acoimada de anacrônica⁵³ e da dupla previsão, no texto sobranceiro, de efeito vinculativo. Porventura tal se deve às condições políticas e sociais de nossa prática republicana que, contrariamente à tradição norte-americana, não criou clima propício a que a interpretação constitucional levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal se erigisse à condição de moderadora da atividade dos poderes públicos e das relações jurídicas entre particulares. Fica registrado o lamento.

⁵³ Ver MENDES, Gilmar Ferrerira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.082.

