

# Controle de constitucionalidade nasceu a partir de questões práticas

05/10/2018

Presidente dos Estados Unidos entre 1913 e 1921, Woodrow Wilson [dizia](#) que ter uma Suprema Corte era como governar com uma “assembleia constituinte permanente”. Antes de ser presidente, Wilson foi um renomado cientista político. Defendia que a Constituição de seu país não era um conjunto de regras, mas de princípios. E que cabia à Suprema Corte empurrar o entendimento desses princípios conforme a evolução dos costumes sociais.

Biblioteca Nacional



Constituição Federal do Brasil, com seu amplo modelo de controle de constitucionalidade, completa 30 anos.

No Brasil, essa corrente é mais moderna. Mas há poucos exemplos tão claros desse papel de uma corte constitucional quanto o da evolução do sistema de controle de constitucionalidade. Conforme conta o ministro **Gilmar Mendes** em seu livro *Jurisdição Constitucional*, o modelo hoje vigente desde a Constituição de 1988 — com suas reformas — não nasceu a partir de grandes contribuições doutrinárias. Mas foi resultado de problemas concretos resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal.

A rigor, a possibilidade de se discutir a constitucionalidade de leis nasceu com a Constituição da República de 1891, conta o constitucionalista **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, professor emérito da Faculdade de Direito da USP. Naquele texto, porém, só havia a exceção de inconstitucionalidade, por meio do qual um juiz podia deixar de aplicar uma lei que entendesse inconstitucional.

Foi numa dessas exceções que o Supremo concedeu Habeas Corpus ao juiz gaúcho Alcides de Mendonça Lima, que declarara inconstitucional a reforma do Judiciário decretada por Júlio de Castilhos, presidente do Rio Grande do Sul. Foi quando o STF absolveu o juiz do “crime de hermenêutica”, conforme a argumentação de seu advogado, Rui Barbosa.



Há [quem aponte](#) aquele momento, em 1896, como seminal para o controle de constitucionalidade brasileiro. Mas tanto o ministro Gilmar quanto Manoel Gonçalves creditam o germe do sistema atual à Constituição da República. E também afirmam que o modelo hoje vigente começou a nascer em 1965, quando foi aprovada a Emenda Constitucional 16 e criada a ação direta de inconstitucionalidade — na verdade, a consolidação da jurisprudência do Supremo sobre o tema, conforme será visto mais adiante.

### **Constituinte originário**

Na Assembleia Nacional Constituinte de 1891, os deputados João Pinheiro da Silva (MG) e Júlio de Castilhos (RS) chegaram a propor que o Supremo pudesse fazer o controle prévio das intervenções federais nos estados por alegada ofensa da região às regras da União.

Mas a Constituição de 1934 abraçou a proposta e criou a representação interventiva. Por meio dela, o STF avaliava a constitucionalidade das intervenções federais, que só podiam ser decretadas em caso de ofensa a “princípios sensíveis”.

A Carta Magna de 1946 modificou o instrumento para determinar que, em vez de analisar a constitucionalidade da lei que decretava a intervenção, o Supremo deveria avaliar, em abstrato, se as leis estaduais estavam de acordo com a Constituição Federal.

Um ano depois da nova Constituição, o Supremo julgou a Representação 94 e decidiu que a representação interventiva era, na verdade, uma forma de controle abstrato de normas, e não de controle incidente da constitucionalidade de leis estaduais. Para o ministro Castro Nunes, relator do caso, a representação era um instrumento de aferição abstrata de constitucionalidade que dispensava um caso concreto. “Uma fórmula legislativa, ou quase legislativa, que vem ser a não vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei”, disse em seu voto.

“Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição. Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei”, [escreveu](#) Castro Nunes.

O caso concreto era de uma emenda à Constituição do Rio Grande do Sul que transformava o estado em parlamentarista. O Supremo decidiu que a norma era inconstitucional por desrespeitar o princípio da separação dos Poderes descrito na Constituição Federal.

Carlos Moura/SCO/STF



Gilmar Mendes destaca que a representação interventiva era usada como forma de controle de constitucionalidade.  
Carlos Moura/SCO/STF

No livro *Jurisdição Constitucional*, Gilmar Mendes destaca que, entre 1946 e 1965, foram apresentadas mais de 500 representações ao STF. Os números, para o ministro, comprovam que o instrumento nunca foi usado para discussões federativas, mas, sim, para o controle da constitucionalidade das leis. No mesmo período, segundo análise de Gilmar, o procurador-geral da República sempre enviou ao Supremo os pedidos de representação que recebeu. Se não concordasse, dava parecer contra a representação — o germe da ação direta de constitucionalidade, segundo Gilmar Mendes. O ministro Sepúlveda Pertence, autor, como procurador-geral da República, do parecer que deu origem à proposta que se transformou na ADC da Constituição de 1988, também se reporta a esse caso.

Pouco depois, o Ministério da Justiça do governo Eurico Gaspar Dutra pediu que o então PGR, Themístocles Cavalcanti\*, fosse ao Supremo questionar projeto da Constituição de Pernambuco segundo o qual o estado seria governado pela Assembleia Legislativa enquanto o governador não fosse eleito. Costa Neto, ministro da Justiça, queria que Themístocles consultasse o STF sobre a constitucionalidade do artigo — já o havia feito ao Tribunal Superior Eleitoral, que declinou da competência. O estado estava sob intervenção, e o governo federal não queria abandonar a medida sem resolver isso.

Dado interessante é que, antes de 88, a Procuradoria-Geral da República acumulava as funções de chefia do Ministério Público Federal e de Advocacia-Geral da União. Era como se fosse um ministro de Estado com dupla função. Mas o PGR só começou a ser visto como integrante do Palácio do Planalto depois do golpe de 1964 e a instauração da ditadura militar. Antes disso, "prevaleceu um modelo liberal", diz Gilmar à **ConJur**. O PGR atuava conforme era representado, e não de acordo com as posições do governo federal. Até pelos nomes dos procuradores da época, como Themístocles Cavalcanti, Evandro Lins e Silva, Luís Gallotti e Hahnemann Guimarães, entre outros, todos depois nomeados ministros do STF.

No caso da Constituição de Pernambuco, por exemplo, Themístocles, PGR, respondeu ao ministro da Justiça que não considerava o projeto inconstitucional. A saída que encontrou foi ajuizar a Representação 95 ao Supremo, mas com parecer contrário à inconstitucionalidade do

projeto, apontada pelo governo Dutra.

“Na prática, foi a representação interventiva utilizada de maneira exclusiva ou fundamentalmente como processo de controle de normas”, diz Gilmar Mendes no livro.

### Reforma do Judiciário

Em 1965, já após o golpe militar, foi aprovada a [Emenda Constitucional 16](#) com a reforma do Judiciário. Entre outras coisas, criou a ação direta de inconstitucionalidade, com o mesmo rito da representação interventiva, mas destinada a discutir a constitucionalidade de leis sem necessidade de um caso concreto — e sempre dando competência exclusiva ao PGR. A intenção foi dar “economia processual” e permitir que o Supremo decidisse logo, sem sobrecarregar a demanda dos tribunais locais, conforme consta da [Proposta de Emenda à Constituição 6/65](#).

No livro *Jurisdição Constitucional*, Gilmar explica que, embora os métodos fossem os mesmos, a representação interventiva e a ADI eram essencialmente diferentes. A primeira destinava-se a questões federativas e pressupunha interesse da União. A última, “à defesa geral da Constituição contra leis declaradas inconstitucionais”, ainda que sem nenhum interesse específico, afirma o ministro, no livro. E como a competência era exclusiva do PGR, ele virou um “advogado da Constituição”.

O Regimento Interno do Supremo adotava o mesmo rito processual para os dois institutos. Foi a jurisprudência da corte quem os diferenciou e definiu que a ADI era um “processo objetivo”, sem interesses subjetivos em discussão.

### Censura

A partir de 1970, começou a discussão sobre a legitimidade para a propositura de ADIs. A Constituição de 1946 criou a competência exclusiva do PGR, que foi mantida tanto pela [Constituição de 1967](#) quanto pela [Emenda Constitucional 1](#), de 1969, ambos instrumentos jurídicos do golpe militar.

STF



Xavier de Albuquerque, o procurador-geral que defendeu a constitucionalidade da censura e emplacou a tese de que o PGR não é obrigado a provocar o Supremo quando é representado pela sociedade civil.  
STF

O MDB, em 70, oficiou o procurador-geral, Xavier de Albuquerque, para que questionasse a constitucionalidade do decreto-lei que estabeleceu a censura. “Xavico”, como era conhecido em sua terra natal, o Amazonas, se negou a fazê-lo, alegando que não estava obrigado a oficiar o Supremo contra leis que considerasse constitucionais. Reviravolta na tese até então vigente, de Themístocles Cavalcanti, ex-PGR e naquele momento ministro do STF, de que a representação de constitucionalidade deveria ser levada ao Supremo sempre que a PGR fosse notificada. Para ele, isso faria parte de suas funções como “representante da sociedade”.

Diante da recusa, o MDB ajuizou uma reclamação afirmando que Xavico havia usurpado a competência do STF para julgar a constitucionalidade de leis (Reclamação 849). Sua resposta, para o partido de oposição ao governo militar, implicava julgamento prévio da conformidade da censura com a Constituição.

O então PGR respondeu que “se o procurador-geral estivesse obrigado a representar ao Supremo sempre que o provocasse qualquer interessado, a sua negativa ofenderia direito subjetivo do interessado e essa ofensa encontraria nos meios próprios o instrumento adequado à devida correção”.

Na defesa de sua posição, Xavier citou livro de Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. Buzaid, que na época era ministro da Justiça, diz que a obrigatoriedade de o procurador representar o Supremo quando é provocado decorre de “um exame superficial”. “O Procurador-Geral da República só deve arguir a inconstitucionalidade quando disso estiver convencido. Sua missão não é a de mero veículo de representação”, escreveu Buzaid, um dos autores do [AI-5](#).

Xavier de Albuquerque e o governo ganharam. Em março de 1971, o Supremo decidiu que cabe ao PGR decidir “se e quando” arguirá a inconstitucionalidade de alguma lei perante o tribunal. “Poucas questões suscitaram tantas e tão intensas discussões”, [escreveu](#) Gilmar Mendes. O ministro Themístocles, embora defendesse tese contrária, acompanhou o relator e votou com o governo. Já o ministro Celso Bastos apresentou “tese média” de que o procurador-geral só fosse obrigado a ir ao Supremo se fosse representado por órgão público.

### **Toga perdida**

Adaucto Cardoso foi o único vencido. Segundo ele, a [Lei 4.337/1964](#) estabeleceu a obrigação do PGR de arguir a inconstitucionalidade de leis sempre que representado por “qualquer interessado”. Luís Gallotti respondeu que a lei autorizava o procurador-geral a não fazê-lo, ao que Adaucto respondeu que recebia o argumento “com melancolia”.



Discussão sobre censura e papel do PGR no controle de constitucionalidade de leis custou a cadeira do ministro Adaucto Lucio Cardoso.  
STF

“De janeiro de 1970 até hoje, não surgiu, e certamente nem surgirá ninguém, a não ser o partido político de oposição [MDB], que a duras penas cumpre seu papel, que se abalance a arguir a inconstitucionalidade de decreto-lei que estabelece a censura prévia”, declarou. O ministro Gallotti respondeu que as empresas e a sociedade civil também poderiam fazê-lo, ao que Adaucto o chamou de otimista e lamentou não compartilhar do mesmo sentimento.

Antes de ser ministro, Adaucto fora deputado pela Arena, o partido de sustentação do governo militar. Era visto com desconfiança pela ala radical dos militares, mas, quando presidente da Câmara, demonstrou apoio às políticas da ditadura. No episódio da constitucionalidade da censura, acusou os colegas do STF de atuar como procuradores-gerais, e não como juízes — na época, a tradição era que PGRs fossem indicados ao Supremo.

Revoltado com o resultado, o ministro Adaucto Cardoso deixou o Plenário para nunca mais voltar. Jogou a toga sobre a cadeira e se aposentou.

Mas, de acordo com o ministro Gilmar em [discurso de homenagem](#), Adaucto Cardoso estava certo “não só no plano histórico, mas também nos planos teórico e dogmático”. “Preocupou-se, substancialmente, em garantir o exercício amplo da jurisdição desta corte em um momento delicado da vida nacional, em que o exercício da política, em modo amplo, encontrava-se estrangulado”, discursou o atual integrante do STF.

Nunca se soube que destino se deu à toga do ministro Adaucto.

### **Julgado pela história**

A grande questão é que o papel do procurador-geral no controle de constitucionalidade não foi deixado claro na Emenda Constitucional 16. O texto dizia que cabia ao Supremo julgar “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, encaminhada pelo procurador-geral da República”.

Mas o parecer pela aprovação da PEC que deu origem à emenda deixava claro que a intenção do texto era acelerar o processo de análise da constitucionalidade de leis, e não obrigar o PGR a derrubar leis por inconstitucionalidade.

Não seria necessário que o PGR estivesse convencido da inconstitucionalidade, apenas que houvesse debate em torno da validade da lei frente ao texto constitucional, explica Gilmar, no livro. Prova disso, argumenta, é que o Regimento Interno do Supremo, no artigo 174, incluído lá em 1970, autorizava o procurador-geral a encaminhar a representação por inconstitucionalidade com parecer contrário.

A Constituição de 1988 deu razão a Adauto Cardoso e chancelou a importância desse jurista no cenário histórico constitucional brasileiro, avalia Gilmar Mendes em [artigo](#) sobre o episódio publicado na **ConJur**. Isso porque a Carta Magna ampliou o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade e desenvolveu a ação declaratória de constitucionalidade como uma autêntica ação direta de inconstitucionalidade com “sinal trocado”.

“É muito difícil prever o que teria acontecido no plano constitucional se o STF tivesse adotado a linha defendida por Adauto Lucio Cardoso. É inegável, porém, que a decisão que fortaleceu o monopólio da ação direta nas mãos do Procurador-Geral da República e a crítica que se seguiu a partir do gesto de protesto contribuíram, decisivamente, para a adoção de um modelo de legitimação aberto pelo Constituinte de 1988 (artigos 102, I, a, 103 e 125, parágrafo 2º, da Constituição)”, analisa o ministro.

Por isso, o integrante do Supremo, “o maior inovador do direito constitucional brasileiro desde Rui Barbosa”, segundo Manoel Gonçalves, diz que não há exagero em afirmar que, com o caráter de denúncia de seu voto e sua aposentadoria em protesto, Adauto Cardoso passou a ser um dos pais fundadores do processo constitucional brasileiro. Afinal, um dos pilares do ramo está na abertura da legitimação no processo de controle abstrato de normas.

### Sem planejamento

A Constituição Federal de 1988 não foi elaborada a partir de um projeto sistemático e lógico, disse à **ConJur** Manoel Gonçalves Ferreira Filho. A razão disso, segundo o professor, é que o “anteprojeto dos notáveis” foi descartado. Idealizada pelo presidente eleito Tancredo Neves, a comissão elaborou uma versão inicial do texto constitucional, que foi entregue ao presidente José Sarney. Entre outras medidas, o texto previa mandato presidencial de seis anos, sem reeleição, e voto distrital misto para a eleição de deputados federais. O anteprojeto serviria de base para os debates da Assembleia Nacional Constituinte.

Reprodução



Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que Constituição brasileira seguiu modelo "dirigente", de Portugal.  
Reprodução



“Assim, na Constituinte pulularam propostas que não provinham da mesma inspiração e mal se ajustavam entre elas, mas que foram afinal adotadas. Isto certamente ocorreu em relação ao controle de constitucionalidade”, conta o jurista.

Após 21 anos de ditadura, o clima na Assembleia Constituinte era de hostilidade com relação ao regime militar. Isso, segundo Ferreira Filho, inspirou a busca por meios para assegurar a supremacia da Constituição sobre o arbítrio. E refletiu-se na ênfase dada ao controle de constitucionalidade.

Na época, estava na moda fazer uma Constituição “dirigente”, como a primeira versão da Constituição portuguesa de 1976, um dos modelos da Constituição brasileira de 1988. A ideia básica desse modelo, inspirado nas ideias do jurista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, é introduzir regras e princípios no texto constitucional que dirigiriam a atuação dos governos.

“Estes seriam de certo modo apenas os executores da Constituição, de modo que sua atuação deveria segui-la estritamente e, portanto, ser alvo do controle de constitucionalidade. Isto redundou na introdução no texto de um detalhamento de ações e de sua extensão a praticamente todos os setores da vida humana. Daí uma Constituição detalhista, com numerosíssimos artigos e princípios”, destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Além disso, ressalta, diversos impasses na Assembleia Constituinte foram resolvidos pela inclusão de dispositivos que concilhassem visões antagônicas, de esquerda e de direita. Como a redação dessas normas era ambígua, a solução teria que ser dada pelo Judiciário, no controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade ganhou uma “importância ímpar” na Constituição de 1988, aponta o jurista. Nessa mesma linha, foram estabelecidos diversos meios para a defesa ou efetivação da Carta Magna.

Um deles, o controle de constitucionalidade difuso, já existia desde a República Velha. Porém, o detalhamento das normas da Constituição de 1988 e a ambiguidade delas, fruto de acordos conciliatórios, multiplicaram os conflitos sobre a adequação de atos normativos e leis ao texto constitucional, avalia o professor da USP.

A Constituição também manteve o controle de controle de constitucionalidade sobre leis em tese, por meio das ações diretas de inconstitucionalidade. Este instrumento foi criado em 1977, pela [Emenda Constitucional 7](#). Mas era monopólio do procurador-geral da República. Por isso, estava sujeito aos critérios do presidente, que poderia livremente nomear e exonerar o ocupante do cargo. Depois de 1988, o rol de legitimados a propor ADI foi estendido a diversas autoridades, partidos políticos e entidades de classe.

“Mais uma fonte de litígios se desenvolveu”, afirma Ferreira Filho, lembrando que outros institutos foram criados para efetivar os direitos constitucionais, como o mandado de injunção, o Habeas Data e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

*\*Texto editado às 15h45 para correção. O procurador-geral da República que apresentou a Reclamação 95, sobre a Constituição de Pernambuco, ao Supremo foi Themístocles Cavalcanti, e não Luís Gallotti.*



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-out-05/control-e-constitucionalidade-nasceu-partir-questoes-praticas/>