AS DUAS FACES DO CONTROLE (judicial) DE CONSTITUCIONALIDADE

1. O convite que recebi para falar nesta ocasião tem uma intenção mal oculta. A ocasião é a recepção de pós-graduandos que certamente enriquecerão o quadro docente e o mundo jurídico desta "sempre nova Academia".

Mas serve também para trazer uma amostra da "velha Academia", ao dar a palavra a um antigo aluno que iniciou o curso em 1953, formou-se em 1957, tornou-se professor em 1965, titular em 1969, diretor em 1973 e que lecionou até 2004. Assim, o velho e o novo se encontram nesta Academia.

A este convite que agradeço respondo falando do controle de constitucionalidade e suas duas faces – as duas debatidas há quase dois séculos – mas um tema ainda e muito atual. No Brasil, como nos Estados Unidos e em outros Países.

Ademais, é um assunto que tem de ser levado por todos os estudiosos do Direito, dada a constitucionalização do próprio direito privado.

2. Que um controle de constitucionalidade seja necessário para preservar uma governança organizada e limitada, em nome e no interesse da liberdade e da igualdade – de uma democracia, diríamos hoje – parece-nos óbvio, como pareceu na América do Norte quando se debateu a ratificação da Constituição de 1787.

E isto levou à oposição de duas visões, ou faces metaforicamente falando, do controle judicial de constitucionalidade.

4. Uma aparece exposta por Hamilton. É a dos chamados federalistas. Ele aparece no texto nº 78 do livro ***The Federalist Papers.***

Diz ele:

> *"Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior. Como essa doutrina é de grande importância em todas as Constituições da América, não será fora de propósito discutir os princípios em que se funda.*
>
> *Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o*

> *que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem."*[1]

5. Em contraposição, Brutus, o pseudônimo de um Antifederalista replica:

> *"Não apenas a Constituição justificará os tribunais a inclinarem-se a esse modo de interpretá-la, como eles próprios terão interesse em utilizar essa margem de interpretação.*

E aduz:

> *Todo corpo de homens investido em cargos é cioso do poder; sente-se interessado nele e, por isso, tornou-se uma espécie de máxima transmitir seus cargos, com todos os seus direitos e privilégios, intactos aos sucessores. O mesmo princípio os levará a ampliar seu poder e aumentar seus direitos; isso, por si só, atuará fortemente sobre os tribunais para atribuir à Constituição, em todos os casos em que isso for possível, um significado que amplie a esfera de sua própria autoridade.*
>
> Toda ampliação do poder do legislador geral, assim como dos poderes judiciais, aumentará os poderes dos tribunais; e a dignidade e a importância dos juízes serão proporcionais à extensão e à magnitude dos poderes que exercem. *Acrescento que é altamente provável que a remuneração dos juízes seja au-*

[1] Alexander Hamilton. ***The Federalist*** n° 78. In: ***The Federalist***

> *mentada com o crescimento do volume de trabalho que terão de realizar e com a importância desse trabalho. Dessas considerações decorre que os juízes terão interesse em estender os poderes dos tribunais e em interpretar a Constituição, tanto quanto possível, de modo a favorecê-los; e que assim procederão parece provável." (Sublinhei).* [2]

6. Estão aí postas as duas visões do controle de constitucionalidade. Uma, que o vê como instrumento de defesa da Constituição, outra que vê nele um risco de desvio dessa finalidade, capaz de gerar um órgão politizado que imporá sua vontade sobre as decisões dos eleitos pelo povo.

7. Tal temor está presente ainda hoje na doutrina.

Karl Loewenstein, jurista bem conhecido no Brasil, pois aqui até morou um período quando escreveu um livro ***Brazil under Vargas***, antes de tornar professor em universidades americanas importantes, denuncia o mesmo risco que viam os antifederalistas.

Ele em livro publicado em 1965 – ***Political Power and the Governamental Process*** – as subscreve:

> *"A Corte como derradeiro árbitro de toda questão constitucional nos colocará sob o despotismo de uma oligarquia"*[3]*.*

Mais adiante, salienta ele:

Papers, New American Library, 465-466. Tradução do Autor.

[2] Brutus. ***Antifederalist*** nª 78 (15th essay of the New York Journal on March 20, 1788).

[3] Karl Loewenstein. ***Political power and the Governmental Process***, Chicago Press, Chicago, p. 245/6. Tradução do Autor.

> "Estabelecer um tribunal como árbitro supremo do processo do poder — e este é o núcleo da 'judicialização da política' — transforma, em última instância, o sistema governamental em um domínio dos juízes ou em uma 'judiciocracia'."[4]

Diria eu uma juristocracia ou um governo de juízes.

8. Complete-se o quadro>

Martin Loughlin, eminente professor no Reino Unido, lembra que o mesmo debate coloca em posições opostas Kelsen e Carl Schmitt. Aquele pregando o controle judicial, este sublinhando o aspecto político que pode tomar tal controle:

> "*A tese de Kelsen em favor do tribunal como guardião da Constituição evidentemente prevaleceu, mas o fez ao lado da afirmação de Schmitt de que isso necessariamente conduziria a um Judiciário politizado, exercendo uma jurisdição constitucional politicamente controversa. O resultado é que o guardião da Constituição acaba por se tornar, na prática, seu senhor e, em vez de salvaguardar, mina o fundamento democrático da democracia constitucional."*[5]

9. Como é sabido, a visão de Hamilton prevaleceu nos Estados Unidos.

---

[4] Id., p. 260,

[5] ***Against constitutionalism***, Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachussets, 2022, p. 129. Tradução do Autor.

Sua mais célebre consagração e a primeira na história está no voto do *Chief-Justice* Marshall, ao julgar o caso *Marbury v. Madison*, em 1803.

Está neste voto:

> *"Ou a Constituição é a lei superior, que não pode ser modificada por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos comuns, e, como outros atos, pode ser alterada quando aprouver à legislatura. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então uma lei, contrária à Constituição, não é direito; se a última é verdadeira, então constituições escritas são tentativas absurdas, da parte do povo, para limitar o poder, por sua própria natureza ilimitável".*[6]

11. É esta a compreensão que inspirou a adoção do instituto, como se depreende da obra de Rui Barbosa e dos juristas brasileiros, bem como na legislação de nosso País, até há pouco.

De fato, ela ainda está presente – e claramente – na Constituição de 1988.

Esta, em singelo resumo, compreende em matéria de inconstitucionalidade ser o ato violador da Lei Magna nulo e despido de qualquer valor, devendo ser desconstituído *ex tunc.* [7]

E ainda presume um controle do controle pelo Senado Federal no art. 52, X e mantém a exigência do *full bench* no art. 97.

Diz o primeiro:

---

[6] *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, (1803). Trad. do Autor

[7] O resumo é do Prof. Elival Ramos, em *A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a Constituição de 1988.* In: ***Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*** (coords: Elival da Silva Ramos e Carlos Blanco de Morais). São Paulo: Almedina, 2012, p. 65.

> *"Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:*
>
> *.....*
>
> *X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;"*

12. Interpretando-o de acordo com a melhor doutrina, assinala nos meus ***Comentários à Constituição de 1988***:

> *"A suspensão (prevista no art. 52, X) não pressupõe qualquer apreciação de mérito por parte do Senado. Não pode este recusá-la por entender errônea a decisão. Apenas lhe cabe verificar se os requisitos formais, especialmente o previsto no art. 97, ocorrem."*[8]

Impõe o segundo exatamente esta verificação:

> "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

13. Este modelo foi transformado radicalmente pela legislação ordinária posterior.

Veja-se a Lei nº 9.868/1999 que disciplinou a ação de inconstitucionalidade, cujo art. 27 reza:

> "*Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional*

> *interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*"

Considere-se o art. 103-A da Constituição Federal, introduzido pela chamada Reforma do Judiciário:

> "*O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*"

Entretanto – note-se – o art. 52, X da Constituição não foi revogado.

14. Ora, para que ele não seja levado em conta o eminente Ministro Min. Gilmar Mendes, hoje o decano da Corte, na Reclamação 4.335, cujo julgamento foi concluído em 20.3.2014, argumentou:

> "*É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica* ***mutação constitucional*** *em razão da completa reformulação do*

---

[8] Cf. meus ***Comentários à Constituição brasileira de 1988,*** volu-

> *sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto do art. 52/X,"*

E em seguida completa:

> *"Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que* o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia erga omnes passaram a se generalizar."

15 Este e posicionamento se arrima apenas em descumprimento pelo próprio STF, mas contraria a doutrina a propósito de mutação constitucional.

Esta é a lição da precursora brasileira do estudo das mutações – a Profª Anna Cândida da Cunha Ferraz, associada de Direito Constitucional desta Faculdade (hoje aposentada) na obra seminal sobre o assunto - ***Processos informais de mudança da Constitui-***

---

me 1. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 328.

ção: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais;[9]

Ensina ela que a mutação cabe em relação à interpretação da norma, não revoga dispositivo da Constituição.[10] Não pode contrariar a Constituição. Assim, não se admite a mutação inconstitucional.

A ela adere o Prof. Carlos Blanco de Morais, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ao afirmar que "*concorda-se de um modo geral com o entendimento expresso pela autora quanto à inconstitucionalidade*".[11]

Deve-se supor que ilustre Relator conhece a doutrina, mesmo porque é coordenador da obra em que se manifesta o citado professor português. Por isso, menciona uma "interpretação", como se se pudesse entender como mera interpretação entendimento que esvazia um preceito constitucional, o que tem mais a ver com revogação do que com novo entendimento sobre norma constitucional. E, reitere-se o art. 52, X da Constituição de 1988 não foi revogado. Por nada, para nada?

Ademais, tal entendimento contraria a lógica do bom senso. De fato, permitiria ao STF deixar de aplicar qualquer norma que lhe pareça inconveniente ou inadequada, usurpando a competência do Poder Le-

---

[9] Cf., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 10.

[10] A questão das mutações e seu alcance é extremamente complexa e exigiria longa digressão. Trato do assunto no livro coordenado por Gilmar Mendes e Carlos Blanco de Morais, ***Mutações constitucionais***, Saraiva, São Paulo, 2016, para o qual contribuí com o artigo *"Da validade e legitimidade das mutações constitucionais"*.

[11] No artigo *As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação*, no livro coletivo mencionado, p. 63.

gislativo, atuando como um poder constituinte permanente.[12]

Sem controle algum.

16. Na verdade, a conclusão **jurídica** é a de que o art. 52, X da Constituição está – ainda - em vigor e enseja a conferência por parte do Senado do respeito aos aspectos formais, como o art. 97 da Lei Magna, na declaração de inconstitucionalidade.

Mas não se faz por obra do STF para dar força a seu poder e discrição.

Na verdade, a decisão mencionada é um passo daa marcha para o descontrole do controle de constitucionalidade.

17. Teve isto forte auxílio da Lei nº 9.882/1999, que regulamentou a chamada – estranhamente – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Esta, combinada com o chamado estado de coisas inconstitucional, permite ao juiz o que ele quiser, mesmo invadir competências do Executivo e do Legislativo, embora a separação dos poderes seja cláusula pétrea da Constituição (art. 60, § 4º, III).

18. A consequência do esvaziamento do controle previsto no art. 52, X, é que conforme os membros do STF entenderem que determinada lei é constitucional ou inconstitucional, ela se torna *de facto*, constitucional ou inconstitucional, pois, contra tudo o que ele decide, ainda que contra o sentido literal da norma, não há recurso oponível.

---

[12] Referência a poder constituinte permanente do STF fez o Ministro Dias Toffoli em palestra realizada em Lisboa, a que assisti.

Neste quadro, a Constituição é fragilizada e como esta é que estipula a organização e os limites do Poder, com os freios e contrapesos, o guarda da Constituição fica acima da Constituição, torna-se constituinte e assim passa a ser onipotente.

Certamente, isto não desmente a opinião dos antifederalistas.

19. Observe-se que, nos Estados Unidos, o sistema que inspirou o nosso foi há pouco posto em discussão, visando o seu aprimoramento.

Com efeito, em 9 de abril de 2021, o Pres. Biden constituiu uma Comissão, composta pelos mais reputados constitucionalistas norte-americanos para estudar tal aprimoramento.

Esta Comissão, em dezembro desse ano, editou um relatório que estuda profundamente o papel da Suprema Corte e suas funções no sistema constitucional norte-americano.[13]

Além de retraçar a história do controle e sua evolução na república americana, discutiu temas desde o número de juízes, como outros mais candentes. Assim, debateu a questão de "mandatos" dos juízes, trata do modo de seleção dos magistrados, analisa o fenômeno de que, nesta, uma "ideologia" partidária prevalece, não raro, por anos e anos, o que faz um partido ter também, e por muitos anos, uma maioria partidária.

Analisa também propostas de redução da jurisdição da Suprema Corte, a instituição de quóruns diversos para suas deliberações conforme a natureza da matéria. Estuda a possibilidade de o Poder Legislati-

vo eleito rever decisões da referida Corte e os limites de tal competência. Etc.

Assim, faz muitas observações valiosas, sobre questões e problemas que se põem em muitos Estados, incluído nestes o Brasil.

20. Deve-se dizer que a revisão desejada pelo Pres. Biden não vingou. E não vingou pelo fato de que os opositores políticos tinham maioria na Corte e não desejavam perdê-la. Sim, porque a maioria na Suprema Corte, constituída por escolhas de critério partidárias, é uma arma útil para o partido que escolheu esses magistrados. Assim, não é o saber que dita a seleção e a ratificação dos Ministros, mas sua "ideologia" partidária, mais até do que sua filosofia jurídica ou política.

21. O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade – como se sabe - não foi seguido, em geral, nos Estados europeus, quando estes, ao findar a 2ª Grande Guerra, adotaram o controle de constitucionalidade, como a Itália, Portugal, Espanha, etc. Estas nações geraram um novo agente de controle constitucionalidade, especializado nisto – o dos tribunais constitucionais.

Um estudo da estrutura desses órgãos traz muitas ideias que merecem o estudo. É o caso do mandato temporário dos juízes, os limites de seu poder e muitos outros. Entretanto, tal exame iria muito além deste trabalho.

---

[13] ***Final Report. Presidential Commission on the Supreme Court of the United States. Dez. 2021.***

22. Esta simples aula dada por um velho professor de Direito Constitucional, talvez a derradeira – representando a velha Academia - a respeito do controle de constitucional e da guarda da Constituição. Ela não visa senão a apontar, para os futuros juristas que amanhã constituirão a nova Academia, aspectos de um tema que terão de enfrentar mais cedo, ou mais tarde.

São Paulo, 19 de março de 2026.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Emérito de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.