

TRANSCRIÇÃO DA PALESTRA DO PROF. GUSTAVO SAMPAIO NO SEMINÁRIO 20 ANOS DE CONSTITUIÇÃO

Andreia Marinho Igayara Ziotto¹

Professor Wanir, professora Maria Arair... Vamos começar fazendo um registro da presença de duas pessoas externas ao nosso corpo docente. Em primeiro lugar apresento o Dr. Luiz Antonio Gomes, com quem aprendi o ofício da advocacia, notável advogado no campo do Direito Tributário, um dos melhores advogados em potencial de nosso Estado do Rio de Janeiro, em que tenho a honra de sua presença (aplausos). Dr^a. Maria de Fátima Campos, que se destaca hoje no campo do Direito da Saúde, ramo novo no direito brasileiro, inexplorado, que demanda muito dedicação e esforço de conhecimento (aplausos). Motivo especial de honra falar sobre controle de constitucionalidade no direito brasileiro, sobretudo pela presença da professora Maria Arair. Logo quando cheguei na Universidade Federal Fluminense, a algum tempo – meu concurso foi em 2006 e eu ingressei em 2007 – tive a oportunidade de conhecer a professora Maria Arair, professa renomada em Direito Constitucional e, desde então, eu iniciava o magistério dessa disciplina.

Durante um tempo, devido a lotação de alguns professores nessa disciplina de Direito Constitucional, eu iniciei ministrando a disciplina de Direito Administrativo, quando conheci a professora Maria Arair e, às boas coincidências da vida nos trazem sempre surpresas muito agradáveis, em conversa com a professora é que descobrimos a origem em comum da terra cearense. O pai da professora Maria Arair, notável parlamentar daquele Estado conhecera meu avô, deputado federal, portanto as famílias já se conheciam de longa data. Professora, saiba a senhora que foi motivo de muita honra, por ocasião de sua aposentadoria, assumir a turma de Direito Constitucional. Motivo de honra e também razão de muita responsabilidade minha, por seguir o magistério deixado pela senhora. Portanto se trata de uma oportunidade de vida falar ao seu lado. O tema da palestra de hoje, em continuação ao que foi dito anteriormente, revelado pela professora Arair, é o controle de constitucionalidade no Brasil. Entendi ser que esse seria um tema fundamental pela mudança que ele representa na ordem jurídica com o advento da Carta Magna. A professora tratou do tema do controle externo da administração. Esse controle externo da administração não vê dissociado do controle de constitucionalidade da lei, muito pelo contrário, na solidificação dos axiomas do

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Monitora da disciplina de Teoria Geral do Processo em 2008. E-mail: andreiaziotto@yahoo.com.br.

constitucionalismo moderno firmou-se que o poder freia o poder, expressão que veio da doutrina francesa dizendo que le pouvoir arrête le pouvoir, o poder contém o poder. O poder sem controle é um poder tendente a arbitrariedade, porque ele se divorcia da sua destinação genuína, que é a proteção do bem comum. Evidente que para os brasileiros, por determinação das históricas situações de estado de exceção, o Brasil vivenciou que o controle do poder pelo poder não é uma necessidade, é mais do que isso, é uma premência fundamental. Nós não podemos conceber um sistema constitucional democrático que se veja divorciado de uma eficaz e bem planejado sistema de controle entre os poderes. Essa herança que nós trouxemos do direito norte-americano do rompimento do Império para a República na adoção do modelo constitucional de freios e contrapesos, da adoção da doutrina dos checks and balances do sistema norte-americano, trazendo para o Brasil a possibilidade de controle, essa herança talvez tenha sido um pilar de sustentação das poucas décadas de democracia no Brasil. Se não fosse isso talvez nem essas poucas décadas tivéssemos obtido.

Mas o controle externo da Administração, a que se referiu a nossa professora titular, é um o controle no Brasil consolidado há mais tempo que o controle de constitucionalidade. No painel de hoje de manhã, no painel sobre a história constitucional, quando os professores se referiam ao controle de constitucionalidade no advento da República indagando que esse controle já era um controle dogmaticamente estabelecido, porém ineficaz. É a isso que me refiro. O controle externo da Administração em certa medida é ineficaz a mais tempo do que o controle de constitucionalidade. Que o controle de constitucionalidade, vivo nos debates da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 e 1988 tornou-se uma realidade na nova República. Portanto a justificar estruturação do nosso seminário sobre os 20 anos da Constituição, eu destaco esse como um dos temas mais importantes da nova ordem constitucional, talvez até, depois da emissão do título dos direitos fundamentais, o tema mais importante. No Império Brasileiro, ainda sob a atmosfera da Carta Magna de 1824, da chamada Constituição Política do Império Brasileiro, outorgada depois da dura circunstância do fechamento dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, esta Constituição fixava um modelo muito mais próximo do modelo adotado nas primeiras cartas constitucionais francesas no período pós-revolucionário, eu estou me referindo ainda às constituições de 1791, 1793, 1795 às primeiras cartas do século XIX na França. Constituições que depositavam a crença da chamada separação rígida dos poderes, o que o francês chamou de *séparation rigide des pouvoirs*. Falar de uma separação de poderes sem controle, sem nenhuma modalidade de controle entre eles, passa impressão de se tratar de um grande equívoco. Pode ser, eu creio até que é. Mas temos que compreender as concessões da época,

no final do século XVIII, início do século XIX, ainda sem a devida experimentação no direito constitucional, a promessa que se fazia nessa separação régia de poderes, é a promessa e baseada na crença de que permitir controle entre poderes seria potencialmente voltar ao modelo do Ancien Régime, ao modelo do absolutismo monárquico e a crença até hoje se conserva na França em boa parte. Do outro lado do Atlântico, o modelo norte-americano a partir dos precedentes firmados pela Suprema Corte no início do século XIX, sobretudo no clássico precedente *Marbury versus Madison* de 1803. A Corte Suprema norte-americana firmava em definitivo na sua jurisprudência que a única forma de preservar a independência dos poderes a serviço do interesse da coletividade, seria a de fixar a autorização para que esses poderes se controlassem. E assim através dos freios e contrapesos se consolidava.

Quando nós atravessarmos a monarquia constitucional, o Primeiro Reinado, o Período das Regências, o Segundo Reinado, em que chegamos a derrubada do edifício monárquico e a ascensão da República, a proclamação da República em novembro de 1889, o ódio às hostes imperiais, o movimento republicano, a repulsa a tudo que vinha do poder imperial reclamava a adoção de mecanismos, não importando a sua eficácia, que pusessem a terra todas aquelas influências européias continentais desenvolvidas na carta de 1824 E assim, o projeto que levou a edição da Constituição de 1891, o projeto da primeira constituição republicana tornara-se um projeto firmado no ódio à monarquia, no ódio à influência europeu-continental e uma crença idolátrica a tudo que vinha do direito norte-americano e aí ganhamos a forma federativa, convertemos o regime de governo, convertemos o sistema parlamentarista em sistema presidencialista, convertemos a forma de governo, adotamos, portanto, uma fora republicana e tudo mudou. Sempre digo nas aulas que a expectativa da adoção do modelo norte-americano era tanta, que o Brasil passou a adotar o nome oficial de Estados Unidos do Brasil. Devido às circunstâncias, chega a ser patético, mas verossímil à realidade da República que acreditava na mudança do poder. Quando a Constituição de 1891 importou o pacote inteiro deixado pela Carta Magna de 1787, editada a época da Convenção da Filadélfia, e à jurisprudência da Suprema Corte assentada ao logo do século XIX, mesmo com o modelo do controle difuso, o modelo da *judicial review of legislation*, que a Corte Suprema se envolvera no ousado precedente de 1803. O Brasil adotou naquele momento histórico, na Carta Magna de 1891, estabeleceu-se o controle difuso. E essa tradição do Brasil de confiar em modelos externos, de confiar a esses modelos alienígenas como de salvação da pátria, tem sido tanto uma marca na nossa história que, em certa medida, a adoção da *judicial review* pela carta de 1891 representou a incorporação do modelo de controle judicial de constitucionalidade muito antes disto ter acontecido na própria Europa continental.

Vejam que a primeira constituição européia a adotar o modelo de controle de constitucionalidade, qualquer que fosse, mas o modelo de controle judicial, eu não estou aqui, evidentemente, mencionando o controle parlamentar, porque esse sempre existiu, mas a primeira carta constitucional européia a adotar o modelo de controle judicial, já sob a influência do positivismo-normativista da Escola de Viena, liderada por Kelsen, foi a Constituição Austríaca em 1920. E aquilo ficou de forma um pouco experimental. Com efeito, a Europa continental só vivenciou o controle judicial de constitucionalidade somente a partir do Holocausto da Segunda Guerra Mundial, no advento das novas constituições européias no pós-guerra e a adoção do controle concentrado e difuso. Ora o Brasil, já em 1891, décadas antes, muito antes da Europa, já autorizara na sua carta republicana a judicial review. Eu não posso deixar de considerar que tem absoluta razão os professores do painel histórico do Brasil de hoje de manhã sublinharam a ineficácia total na época. Eu estou apenas, como forma de dar metodologia à exposição, a dizer que a experiência chegou antes no Brasil, precedemos a Europa. Nós tínhamos um modelo de controle judicial ligado aos mais diversos órgãos do Poder Judiciário porque assim se fizera o modelo norte-americano interpretado pela Suprema Corte a partir de 1803. O tempo passou, a Velha República passou, embora o sistema de direito positivo se houvesse modificado na íntegra, as práticas eram as mesmas, a cultura era mesma, pois o direito, resultado do fato social, não muda o fato social da noite para o dia. O Direito brasileiro mudou, mas as práticas jurídicas permaneceram as mesmas com todas as suas idiossincrasias. O sistema republicano perpetuou alguns vícios do Império. Durante a República Velha, que foi uma época de formar o Estado e a estabilidade democrática, embora tenha sido uma democracia duvidosa, formar uma estabilidade democrática, principalmente a partir do segundo governo de Floriano Peixoto, a República Velha fez-se sobre as bases desse sistema de controle judicial de constitucionalidade. Em 1930, conforme já foi observado na conferência pela manhã, desse ciclo de palestras, parece que se instaura uma ordem com o advento do presidente Getúlio Vargas. O governo provisório de Vargas vivenciou certa instabilidade institucional com a revolução constitucionalista de 1932. Em 1933, instaurou-se a Assembléia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição, uma Constituição acompanhada dos ventos do well faire state, que já havia se consagrado nas cartas européias, sobretudo na constituição weimariana de 1919 e recebemos a Constituição de 1939.

Como foi dito pela manhã, uma Constituição da República, uma constituição auspiciosa no que se referem às suas inovações, mas uma constituição de vida curta em razão do advento de golpe do Estado Novo, em 1937. Muita coisa mudou com a Carta Magna de 1934, eu diria que a Constituição de 1891, apesar de federativa, republicana, presidencialista,

era uma constituição distante da preconização de valores sociais. A Carta de 1934 foi uma constituição de flexibilização, de humanização do Direito, foi um marco de humanização do Direito, mas não evoluiu no que se refere ao controle de constitucionalidade, nenhuma modificação veio, permanecemos continuamos ligados ao controle difuso. E com o advento do golpe do estado novo, o presidente Vargas compôs uma comissão de juristas chefiada pelo professor Francisco Campos, homem de inspiração autoritária, e elaborou aquele texto constitucional, que posso dizer, que sob a sua vigência até o fim do primeiro governo Vargas em 1945, o sistema de controle de constitucionalidade permaneceu por mais razão enfraquecido. A concentração de poderes em torno da autoridade executiva, não permitiria em naquele momento uma ousadia jurisdicional no sentido de controlar o Estado. Veio a redemocratização em 45, com a queda do presidente Getúlio Vargas logo, por razões óbvias, instalou-se uma nova Assembléia Nacional Constituinte. Hoje pela manhã o prof. Samuel Barbosa e o Prof. Christian Lynch referiam-se ao movimento de pendularidade que marca a República Brasileira. Eu acho que foi dito pela manhã nada tão preciso e verossímil. De fato, a República brasileira é a República da pendularidade. Nós tivemos essas alternâncias constitucionais idas e vindas, como formas de implantar um modelo autoritário e democratizar. A Carta de 37 foi a carta do modelo autoritário; Carta democrática de 46 que veio a ser costurado o golpe de 64 com o advento da carta de 67. Mas essa Constituição de 46, que era, portanto, a primeira constituição da redemocratização, votada numa Assembléia Nacional Constituinte que estabeleceu seus trabalhos em poucos três meses, havia a pressa. Era preciso redemocratizar constitucionalmente quanto antes. Essa Constituição de 1946, que acabou revalidando a Carta de 1934, embora não com a mesma proeminência. A Constituição de 46, no seu texto originário, não estabeleceu nada que tornasse mais evoluído o sistema de controle de constitucionalidade. Até então permanecíamos, com o a matriz do controle difuso importada da constituição de 1891 e a matriz do controle preventivo deixado pelo Império, controle preventivo que até hoje se exerce na esfera da autoridade parlamentar. Quero lembrar que embora tenha falado de um modelo constitucional francês pautada na *séparation rigide des pouvoirs*, separação rígida de poderes, uma separação que jamais permitiria ao poder judiciário controlar a constitucionalidade do ato legislativo, isso seria, na visão dos constitucionalistas franceses de então, um assente à democracia, um assente à percepção do parlamento como uma manifestação suprema da vontade geral.

Lembremos que as constituições francesas do séc. XIX eram constrições desprovidas de força normativa, eram constituições que, no dizer de Ferdinand Lassale se caracterizavam no sociologismo jurídico como constituições instituintes de cartas jurídicas, por isso essa

valorização da supremacia da vontade parlamentar. O modelo francês adotou o controle judicial, mas nunca deixou de garantir o controle parlamentar prévio. Até porque do contrário, se não se permitiu o controle judicial é porque o próprio parlamento fazia o controle de seus próprios atos e manifestações através das suas comissões internas. Hoje o modelo francês conta com tribunais, se assim poderia dizer, externos ao Poder Legislativo que fazem o controle de constitucionalidade, mas um controle de constitucionalidade preso à via preventiva. Assim, há até hoje na França há um controle sucessivo de constitucionalidade, um controle ex post, um controle a posteriori. Até hoje se admite aquele modelo. Quando eu disse que o modelo brasileiro foi inspirado na influência europeia de Portugal, já havia no Brasil um controle preventivo de constitucionalidade. No Brasil sobre a apreensão da Carta Magna de 1824, confiava-se ao Senado do Império a tarefa de arquivar os projetos de lei que se vergassem contrários a ordem constitucional. Portanto, eu quero já destacar que houve um movimento de agregação, quando recebemos o controle difuso da matriz norte-americana, nós agregamos o controle difuso ao controle preventivo. Muito bem, eu estava no controle de constitucionalidade de 1946. A constituição de 1946 mantivera, no seu texto originário, muito em razão da celeridade dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, mantivera apenas o controle difuso e o controle preventivo. Mas porque isso, eu estava esperando que você dissesse que a Constituição instituía um novo modelo de controle. Sim, mas não em razão à manifestação do poder constituinte originário. A Constituição de 1946 teve uma vida de 21 anos e já instaurado o Golpe Militar de 64, já sob a vigência do golpe editou-se uma emenda constitucional que foi a Emenda Constitucional nº 16, no ano de 1965. Portanto, vamos raciocinar que em 1965, início do regime militar, governo do Marechal Castelo Branco, era uma primeira fase do regime para a fase autoritária, há alguns fatores. A fase era autoritária, mas não tão autoritária como se deu logo em seguida, sob os governos Costa e Silva e Emílio Garrastazu Médici.

Estamos em 1965, início do regime militar. Um regime que ainda não contava com uma constituição autoritária, porque naquele momento histórico a constituição vigente era a constituição de 1946. A Constituição da redemocratização, que aqui eu me manifesto novamente no sentido da reafirmação da pendularidade. Aquela constituição democrática não seria mais válida, era preciso uma constituição de feição autoritária para ajustar a realização dos anseios do governo militar. Algumas novidades advieram, em 1965, como disse, adveio a Emenda Constitucional nº 17. Essa emenda trazia inúmeras modificações. Mas sua modificação de salutar conveniência foi aquela referente à adoção da chamada Representação de Inconstitucionalidade. A Representação de Inconstitucionalidade, à distância do controle

difuso de constitucionalidade, à distância do judicial review of legislation, que dava a cada órgão jurisdicional no caso concreto autoridade para aplicar ou não a lei de acordo com a realidade do caso concreto, por conseguinte, a decisão não produzia eficácia erga omnes e sim eficácia inter partes, eficácia adstrita aquela relação processual. Além disso, agregou-se à Representação de Inconstitucionalidade, esta representação, à época indiscutível inovação no direito brasileiro, até pouco compreendida pelos juristas de então, essa Representação de Inconstitucionalidade constituía-se como mecanismo de provocação direta da jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal para julgar *in thesi*, para julgar *in abstracto* a parametricidade da lei em face da constituição. Criando um sistema de retificação de antinomias, um sistema que concedia ao Supremo Tribunal Federal autoridade para controlar, portanto, o exercício da atividade contramajoritária, a constitucionalidade de tudo que vinha da autoridade parlamentar. Era o que hoje chamamos de Ação Direta de Inconstitucionalidade. A nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade, tão festejada nos dias de hoje origina-se no Brasil da Representação de Inconstitucionalidade. Quero frisar aqui um marco histórico. No ano de 1965, a Emenda Constitucional nº 16, ainda na constituição de 1946, no ano de 1965, dias *ad quo* do controle concentrado de constitucionalidade do Direito Brasileiro. Vejam que a partir daí, pode revoltá-los, com três matrizes básicas de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, e vocês vão entender, eu espero, a razão pela qual estou dizendo tudo isso.

Estou dizendo que três matrizes básicas de controle de constitucionalidade, já em 1965 informavam o Direito Constitucional da República Federativa do Brasil. Que foram: a matriz francesa do controle preventivo, trazidas lá nas primeiras cartas constitucionais francesas adotada no Império e a República manteve; a matriz norte-americana, da judicial review adotada desde 1891 e mantida nas demais constituições, mantida até hoje; e a partir de agora, em 1965, a matriz do controle concentrado de autoridade do Supremo Tribunal Federal para discutir em tese constitucionalidade da lei e representação de inconstitucionalidade de inspiração austríaca, portanto, três matrizes, francesa, norte-americana e austríaca. Apenas por uma questão de responsabilidade, é bem verdade que essa matriz austríaca, que vem da Constituição positivista-normativista de 1920, não é uma matriz que puramente inseriu o controle de constitucionalidade no Brasil. Porque a representação de inconstitucionalidade no Brasil, tal como veio em 1965, ela já vai ensejar o controle da lei em tese pelo Supremo Tribunal Federal, portanto o controle *abstracto*. A Constituição Austríaca de 1920 não criava o controle *abstracto*, previa o controle concentrado, foi o primeiro texto a admitir o controle de constitucionalidade a partir dos tribunais de apelação da Áustria, quando no caso concreto

houvesse dúvida quanto a adequação da lei à ordem constitucional. O que havia ali era um corte, a chamada cisão contingencial de caráter vertical, suspendia-se o processo do tribunal de apelação, destacava-se o debate da constitucionalidade, instaurava-se incidente de constitucionalidade, remetia-se o incidente à Suprema Corte. No controle concentrado se despertava o incidente, mas não necessariamente abstrato, pois a Suprema Corte estava julgando um caso concreto quanto à constitucionalidade. Feito o julgamento, restituíam-se os autos, ao Tribunal de Apelação, que seguia partia seguir daí circunscrito ao decisório da Suprema Corte para julgar quanto à constitucionalidade. Pois bem, logo com o fim da Segunda Guerra Mundial, com Holocausto do nazi-facismo, A Alemanha deu ensejo à inauguração de uma carta constitucional que pudesse fazer face ao modelo hitlerista ao projeto constitucional, para que se traga limites ao poder deixado e aí veio o Tribunal de Bonn. Chamada a Lei Fundamental de 1949, que acabou sendo interpretada como a Constituição Alemã. Não era para ser a Constituição Alemã, era para ser o texto político que deflagraria o início do processo democrático constitucionalizado, a ensejar uma Assembléia Nacional Constituinte a criação de uma constituição. A história tem as suas razões de ser e isso acabou não acontecendo. O próprio Tribunal Constitucional interpretou a Lei Fundamental de Bonn como uma Constituição. Essa Lei Fundamental de 1949 teve importância, pois terminou que se instaurasse um Tribunal Constitucional. Ficou chamado de Bundesverfassungsgericht, o Tribunal Constitucional Alemão que teria autoridade para controlar as manifestações legislativas do Bunderstag e do Bundesrat, que é o Senado Federal Alemão.

Essa Corte se fundou objetivamente em 1951, quando abriram-se as portas da Suprema Corte e passou-se a exercer o controle abstrato de constitucionalidade, vejam que eu não estou mais falando em controle concentrado do positivismo-normativista da Escola de Viena, mas sim o controle abstrato da constitucionalidade através do julgamento da lei em tese, da discussão em tese, da constitucionalidade da lei. A matriz alemã não é o que podemos chamar no direito comparado de uma matriz pura, ela já é uma matriz influenciada. Entre as matrizes pode-se chamar de matriz pura apenas a norte-americana e a austríaca, mas ela chega a ser uma matriz de grande complexidade pelo controle abstrato. O que fez o Brasil em 1967? Adotou a Representação de Inconstitucionalidade, dando controle concentrado ao Supremo Tribunal Federal, mas para discutir a lei em tese, eu estou falando da matriz de controle abstrato. Nós temos no Brasil nitidamente, um direito constitucional brasileiro essas quatro matrizes, quais sejam: a francesa, a norte-americana, a alemã e a austríaca. Isso já veio a lumen em 1965, quando estávamos sob a vigência um regime de exceção. Daí em diante as

condições só pioraram, até o início da década de 70, que a Representação de Inconstitucionalidade poderia oferecer um modelo de recuperação democrática do Estado de Direito, adotou-se uma representação pouco operante. Porque a Emenda 16 estabeleceu como legitimado único para a propositura dessa representação o Procurador Geral da República. Ora, o Procurador Geral da República, chefe do Ministério Público da União, o Procurador Geral da República não era o representante de uma instituição que tem hoje a autoridade que tem o Ministério Público. Hoje o Ministério Público sob as bases da Constituição de 1988, destacou-se da esfera dos três Poderes, a professora Maria Arair muito bem se referiu a essa passagem, estabelecendo senão um quarto Poder, mas como órgão autônomo na ordem constitucional, que não era antigamente. O Ministério Público naquela contingência estava sob a atmosfera do Poder Executivo e o Procurador Geral da República preso aos grilhões da autoridade do chefe de Estado, do Presidente da República, o Marechal.

De qualquer maneira que a Representação de Inconstitucionalidade tem sido pouco explorada, porque não houve espaço para a sua exploração, se nós verificarmos em termos estatísticos o que aconteceu em 65 para cá, é surpreendente, porque nós temos uma curva ascendente, de utilização dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, mas uma curva ascendente que se acentua a partir da Carta de 88, com o advento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, porque a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ela já conheceu, um elenco de legitimados ad propositorem extenso hoje previsto no art. 103 da Carta Magna, à época só o Procurador Geral da República, padecíamos desse flagelo, subordinado ao Poder Executivo. Mesmo que o Procurador Geral da República ousasse em uma Representação de Inconstitucionalidade e colocasse o regime, o Supremo Tribunal Federal também estava sob os limites institucionais do atual governo. Tanto que num dado episódio da ditadura militar, o Supremo Tribunal Federal acenava para uma maioria contrária ao regime de exceção. O regime adotou uma estratégia de simples execução, aumentou o Supremo Tribunal Federal para 16 ministros, mas depois se reduziu para 11, é uma forma de alcançar maioria. Vejam, a Representação de Inconstitucionalidade foi usada e teve resultados e subutilizada. Quando se instaurou a Assembléia nacional constituinte de 1987/88 para elaborar a nova constituição da República e da redemocratização, vejam que se trata da nova constituição da nova redemocratização do Brasil. Essa Assembléia Nacional, nas palavras do Ministro Nelson Jobim que viveu os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, ela redimensionou institutos de modo muito exitoso, delegou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou melhor, a Representação de Inconstitucionalidade quero dizer, à categoria de Ação Direta de Inconstitucionalidade, criando um novo modelo, poderia

permitir a expressão —representação de inconstitucionalidade, mas a semântica tem sua significação, que era uma forma de dizer que nós passávamos a ter novas esperanças, uma nova República e a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi efetivamente sinal dos novos tempos.

Eu diria que na vigência da Constituição de 88, um dos institutos mais exitosos foi o controle abstrato da constitucionalidade. A primeira providência tomada pela Assembléia Nacional Constituinte foi a de estabelecer uma enumeração taxativa, bem verdade, *numerus clausus*, uma enumeração de legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que como disse o art. 103, cláusula pétreia, manter-se o Procurador Geral da República, ele permaneceu, mas, além disso, outros órgãos constituintes e outras autoridades institucionais do Estado e daí passamos a ter a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com legitimidade do Presidente da República, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa do Senado Federal, dos Governadores dos Estados membros da federação, vivemos numa federação e os governadores devem ser reconhecidos como tal, as mesas das Assembléias Legislativas das unidades da federação, o Próprio Procurador Geral da República é mantido, o constituinte foi além, deu legitimidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as entidades de classe de âmbito nacional e confederações e, por último, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que é o órgão máximo dessa entidade que teve destaque nesse processo de restabelecimento da ordem democrática. Ora, não é possível comparar, a restrição anterior com a atual, quem é legitimado. Como disse bem o Ministro Nelson Jobim, —a constituição resultou da reunião de dissensos para se chegar a certos consensos, fez-se o que se podia fazer. Talvez até mesmo se o cidadão tivesse sido liberado como legitimado, isso tivesse obstruído a funcionalidade da jurisdição constitucional no Brasil. A nova Ação Direta de Inconstitucionalidade deu ao Supremo Tribunal Federal essa autoridade para processar e julgar a matéria de controle abstrato de lei, aquilo que a doutrina passou a chamar de processo objetivo, vejam quantas categorias novas surgiram com a Constituição de 88, como o estudante de direito na atualidade é levado a pensar em categorias que não existiam antes, uma delas era o processo objetivo que nós estudamos em Direito Processual sempre com base nas experiências carnelluttianas, nas premissas de um Direito Processual, na relação processual de três elementos e dois sujeitos, autor e réu, na pacificação dos conflitos intersubjetivos. A figura do juiz está ligada a isso.

O nosso inconsciente, ao precedente da relação processual, que por determinação de um contrato social que levou ao Estado a avocação da força física a impor a paz ao indivíduo através do poder, o juiz se torna esse apaziguador e vem o processo objetivo, mas o que não é

esse processo clássico de *carnellutti*. O processo objetivo, que surgiu com o controle abstrato no Brasil, é um processo que deflagrava ao Supremo Tribunal Federal a capacidade de julgar sem autor e réu, a maioria entende embora haja muita divergência, que no processo de controle abstrato onde não há autor e réu, o que há é a sociedade fazendo a cooperação, controlando seus próprios atos e os seus próprios conforme o Estado sendo o representante da sociedade. Portanto, se o Estado erra ao legislar contra a norma que lhe é superior, a constituição, que o instituiu, o Estado deve controlar-se com processo objetivo de controle abstrato. Mas se trata de uma figura judicializada, isto é curioso, pois em alguns modelos europeus reconheceram o processo objetivo fora do Poder Judiciário, em instâncias autônomas de controle, aqui não, legamos esse controle, mesmo com a influência de outros sistemas, legamos esse controle ao Supremo Tribunal Federal que era o tribunal de instância máxima, enquanto instância judiciária para persistir num processo objetivo, sem autor e sem réu. Até em homenagem a certa dissidência a qual me referi, uns dos incidentes da história capitalista é que existe um processo não legalizado. Na medida em que na ação direta de inconstitucionalidade a sociedade está verificando que o seu próprio Estado, criado por ela própria errou por ofender a instância normativa máxima do país, que é a ordem constitucional, mas essa dissidência coube ao Supremo Tribunal Federal, coube avaliar o processo objetivo, ou seja, o processo de controle do Estado pelo Estado, e assim o Supremo Tribunal Federal se tornou titular dessa importante missão.

Hoje de manhã, algum dos expositores citou que a avaliação dessa atividade contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e talvez se o objetivo do seminário não é, posso dizer, apenas reproduzir, mas também pensar no que foi a Constituição de 88. É preciso reconhecer certas necessidades, o Supremo Tribunal Federal de hoje, em termos de composição é o mesmo Supremo Tribunal Federal da República Velha, aliás é o mesmo Supremo Tribunal do Império que se chamava Supremo Tribunal de Justiça que depois mudou de nome. O Brasil durante a República adotou o modelo republicano, como eu disse seguindo a euforia americanista, que estabeleceu a nomeação que persiste até hoje: indicação do Presidente da República, através de aprovação senatorial, ou seja, o mesmo modelo persiste até hoje, mas o Supremo Tribunal Federal hoje tem um grau de poder inquestionavelmente mais ampliado do que o grau de poder que Supremo Tribunal tinha durante a República Velha. Isso que estou falando a vinte anos atrás em 1988, o sistema foi evoluindo, a velha Representação de Inconstitucionalidade com relação ao seu *nomen juris*, foi transferida pela constituição da República aos Estados membros da federação, e o art. 125 § 2º da Constituição da República estabeleceu que à autoridade constituinte estadual caberia o

poder de estabelecer o poder, no âmbito do Estado, uma Representação Inconstitucionalidade para controlar que a lei estadual e a lei municipal em face a Constituição do Estado membro da federação fixando aos Estados membros a simetria constitucional a possibilidade do controle abstrato de constitucionalidade das normas em sede agora da da Suprema Corte do Estado que é o Tribunal de Justiça do Estado. Então em termos de Representação de Inconstitucionalidade ela foi transferida em âmbito dos Estados e nós temos, em âmbito estadual, representações de inconstitucionalidade e os Tribunais de Justiça dos Estados fazendo as vezes de Suprema Corte para exercer o controle abstrato. Alguns anos passaram e em 1993 verificamos a insubsistência do modelo de controle abstrato, vejamos o momento em que o Ministro se reportara, estabeleceu-se uma série de reformas do texto constitucional, uma delas a Ação Declaratória de Constitucionalidade, inaugurando a partir de então a contramão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual as coisas passaram a ter algum sentido, podia-se propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, para atacar a constitucionalidade da norma ou da lei, mas não se podia propor uma ação para pedir ao Supremo Tribunal Federal que declarasse a constitucionalidade da lei.

Os alunos dos primeiros períodos vão indagar, mas para que controlar a constitucionalidade da lei, se a lei já se presume constitucional, salvo declaração de inconstitucionalidade, a lei é constitucional? Eu digo sim, mas a adoção de matrizes distintas, e aqui eu peço a atenção de todos, para a um conselho sobre a adoção metodológica: cuidado ao estudar direito comparado. O Direito comparado, não é meramente a importação do sistema de outros países colocando tudo num só pacote, isso não pode dar certo. É preciso respeitar certos rigorismos, nós não podemos esquecer a razão da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Se o Brasil adotou de forma mais alargada, em 1988, o modelo alemão de controle abstrato, mas se o Brasil manteve o modelo americano de controle difuso, o mesmo resultado o Supremo Tribunal Federal poderia receber uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para julgar a constitucionalidade da norma, na sua sede, e ao mesmo tempo, o juiz da primeira instância da comarca mais remota do interior do Estado brasileiro, aquele juiz poderia ser chamado pela parte para afastar a aplicação da norma, por entender a parte que aquela norma é inconstitucional e ofensiva à tutela de seu direito subjetivo. Ora, recai um problema de sistematização do serviço jurisdicional da República, que embora não há decisão de juiz de primeira instância contra lei em tese, em mera decisão inter partes, que ao Supremo Tribunal Federal tem efeito erga omnes para todo o Brasil, poderia haver uma contradição em relação à decisão do juiz de primeira instância em relação ao parecer do Supremo Tribunal Federal, porque adotar o modelo norte-americano da judicial review

(mantê-lo) adotar o modelo alemão, da Corte Constitucional Alemã, pressupunha sistematização constitucional de um modelo. Há uma presunção de constitucionalidade no surgimento da norma? Há uma presunção de constitucionalidade, mas é uma presunção relativa uma presunção *iuris tantum*, e porque uma presunção relativa? Porque o Brasil adota *judicial review*, que permite que o juiz afaste a aplicação da norma e, portanto, dá ao juiz o poder de dizer que aquela presunção não é absoluta, e para sanar a desuniformidade surgida, na execução da carta Constitucional de 1988, é que o constituinte optou pela Ação Declaratória de Constitucionalidade. Eu não estou falando aqui, senhores, das razões políticas disso tudo, claro que elas existem. Motivações políticas giram em torno de tudo isso que aconteceu. Dado ao Supremo Tribunal Federal o poder de julgar uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, para que possa a Corte Constitucional declarar sua constitucionalidade e o provimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, converte-se a presunção relativa da constitucionalidade em presunção absoluta. Qual o significado disso? Perfeita harmonização do sistema de controle abstrato e o sistema de controle difuso, porque a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal julga a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e declara constitucional a norma, o juiz da primeira instância daquela comarca remota que me referi fica impedido, a partir daí sob aquele dispositivo, sob aquela norma julgada constitucional, de não aplicar a norma no caso concreto, porque se o Supremo Tribunal Federal converteu uma presunção *iuris tantum* em uma presunção *iure et iure*, ele proibiu o juiz da primeira instância de não aplicar a norma. E aí, a harmonização do sistema de controle abstrato e concentrado dê-se o completo significado do controle jurisdicional, mas aí trouxe ares ao sistema constitucional brasileiro. No entanto, deu-se legitimidade apenas a quatro órgãos, a Emenda Constitucional nº 3 introduziu o § 4º ao art. 103. E o § 4º diz o seguinte: podem propor ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, o Chefe da Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado e o Procurador Geral da República, ninguém mais. E os demais legitimados que podem propor Ação Direta?

Embora precise terminar, para satisfação de todos – tenho certa percepção das coisas (risos) - quando chegamos a 2004, muita aconteceu ao longo desses quatro anos, em 2004 aconteceu uma reforma chamada Reforma do Poder Judiciário da Emenda Constitucional nº 45. A Emenda 45 efetuou alguns ajustes, por exemplo, estabeleceu que a igualdade do rol de legitimados para a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Hoje quando vocês estudam Processo Constitucional no 8º período, em Direito Processual Constitucional, o professor Ihes fala —podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, já não diferencia mais, porque lá em 1993, com a Emenda 3, havia um

elenco para a Ação Direta separado do rol de legitimados para a Ação Declaratória. Mas a se o objetivo da Ação Declaratória é exatamente o objetivo contrário da Ação Direta de Inconstitucionalidade não faria sentido manter essa distinção. Portanto o sistema sofreu uma indiscutível reformulação. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que estava prevista na Carta de 88 demorou a ser regulamentada. No Brasil, adotou-se a o modelo da inconstitucionalidade originária, ou seja, ou a lei surge constitucional ou ela é inconstitucional, porque adotamos a teoria de recepção das lei anteriores à constituição na execução do direito infraconstitucional legislado. Assim, a lei antes da Constituição de 88 ou é recepcionada ou não é recepcionada. Dizia-se a época da Carta de 88 que não haveria inconstitucionalidade superveniente no Direito Constitucional brasileiro, havia apenas a inconstitucionalidade originária, ou seja, podem surgir constitucional ou ela não é constitucional. Isso tinha um problema porque na exegese do ordenamento da constituição, muitas vezes, pendeu-se a certos dogmas anteriores a Constituição de 88 foram por ela recepcionadas. No entanto, muitas vezes quando surge um texto constitucional em razão das alterações axiológicas da própria sociedade, o que se entende constitucional hoje, pode ser inconstitucional amanhã. Porque a constituição não é a constituição, a constituição é a constituição interpretada/aplicada de acordo com os anseios da sociedade. Porque o que é hoje, amanhã pode ser contrário à norma constitucional. E como não temos esse regime da progressão para a inconstitucionalidade, que na Alemanha se dá pelo instituto do Apelo ao Legislador. A Corte Constitucional alemã, entendendo que determinada norma está na iminência de se tornar inconstitucional, avisa ao Bunderstag para que prepare uma lei nova para substituir aquela que estava em exame de constitucionalidade. Nós temos que o direito anterior à Constituição, que for interpretado como compatível com a nova ordem, mas que ao longo da execução do texto constitucional, tronou-se inconstitucional.

À ADPF conferiu-se subsidiariedade, a ADPF aplica-se subsidiariamente, quando não aplicáveis os demais instrumentos de controle. Então a ADPF hoje, pode, por exemplo, ensejar o controle de direito pré-constitucional, o direito anterior à Constituição de 88. O nosso sistema se tornou um sistema tão evoluído, tão aperfeiçoado, que nós temos o controle de direito pré e pós-constitucional. Pré-constitucional para a ADPF e pós-constitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade. No entanto, nesse aperfeiçoamento, a Ação Direta de Inconstitucionalidade vergou-se a luz da constituição de 88, instrumento hábil para controlar lei estadual e lei federal em face da Constituição Federal e a Representação de Inconstitucionalidade do art. 125, § 2º, para controlar a lei municipal e a lei estadual face da Constituição Estadual. Agora, tudo isso tem um significado. O Brasil, às vezes, é um pouco

descrente das suas instituições, nós temos um potencial extremo. Nesse meio tempo os oportunistas da retórica aproveitam para desmerecer as conquistas do Estado brasileiro. Ora, vocês são técnicos e estudiosos em direito, vocês vão mexer com isso. Sobretudo no parlamento, nas pessoas das mais diferentes representações da sociedade civil, é muito comum dizer-se que a constituição brasileira é uma constituição que é grande. Argumentos ignorantes sempre há, que a Constituição brasileira é ruim porque é grande e a Constituição norte-americana é boa porque é pequena. Isso é discurso de quem possui má-fé e subjuga a constituição ou absoluta ignorância. Claro que ela é extensa comparando com uma constituição oriunda do comom law e em comparação a uma constituição formulada em 1798 que se deu na convenção da Filadélfia, no momento em que se deu a inauguração do constitucionalismo escrito e não se fez nada além das conquistas. Todas as constituições no final o século XVIII início do século XIX, eram constituições novas, a primeira metade do século XX veio a tendência de afinar constituições analíticas e em alguns casos dirigentes, mas as constituições européias

Isso vem com uma natural projeção da evolução histórica do constitucionalismo. A transição do constitucionalismo para aquilo que os autores chamam hoje de neo-constitucionalismo, hoje vivemos sob a expressão de neologismos: neo-constitucionalismo, neo-positivismo, pós-modernidade... Então na realidade... categorias históricas e esse chamado neo-constitucionalismo nós vivemos sob uma atmosfera de constituições analíticas. É natural que se queira constitucionalizar, e constitucionalizar é algo natural de uma sociedade que tem medo do dano causado por um passado autoritário, de um governo que subtraiu todo o poder de decidir do seu próprio destino. Esse regime de exceção que durou vinte anos, deixa um trauma, e é natural num momento de redemocratização, da constitucionalização, reconstitucionalização, era natural que fizesse o possível para evitar pior. Nós estamos hoje, e que assim seja sempre, sob uma certeza da estabilidade democrática, ou seja, se inicia um negócio já se estuda as diversas possibilidades, mas logo em seguida todo o processo constitucional, constitucionalizado estabelecendo um elenco determinado de possibilidades fundamentais e, portanto as constituições se tornam grandes e que são normativamente extensas, o capítulo da ordem econômica, o capítulo da tributação, um extenso capítulo sobre o Poder Judiciário e sobre competência, um extenso capítulo sobre competência e sobre o poder legislativo, para que? Para restringir o legislador constituído e não deixar o legislador instituído o perigo de um retrocesso histórico e fizesse o que não devia. A Constituição brasileira, é uma das coisas mais importantes para o Brasil, é uma das conquistas históricas de maior valor, eu diria que depois da carta magna de 1967, o Brasil

nunca teve um diploma normativo que tenha o mérito de tudo que tem a constituição de 1988, uma constituição melhor sistematizada que a Carta magna de 1967. Que essa constituição não é ruim porque é grande, não é ruim porque é extensa, a nossa constituição é boa porque é extensa. Nossa constituição teve o mérito de sistematizar para adstringir o seu objeto, essa constituição teve o mérito de recepcionar o que havia de melhor no sistema de controle de constitucionalidade. Não é qualquer carta constitucional no mundo que congrega o sistema de controle difuso e controle abstrato e o controle concentrado concreto também e o controle preventivo, onde avança-se e conserva-se presa ao controle preventivo. Os Estados Unidos até hoje, com o orgulho da constituição americana conservam o modelo da judicial review apenas. A Áustria kelseniana, desde 1820, embora a Constituição tenha sofrido algumas reformas, conserva o modelo concentrado apenas e o Brasil adota todos os modelos. É bem verdade que todos os Estados europeus fizeram isso também, por exemplo, a Constituição portuguesa de 1976 depois da revolução dos cravos, ela adota a multiplicidade de matrizes de controle de constitucionalidade. A Constituição italiana de 1952 estabeleceu um Tribunal Constitucional, com um controle difuso e um controle abstrato, as coisas evoluíram, mas, com toda certeza, nenhuma dessas cartas atinge o nível de exuberância que atinge a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa maneira, eu me inclino a aconselhar que nesse seminário de Direito Constitucional, sobre a Carta Magna de 1988, tem sido profundamente marcante para a faculdade de Direito da UFF, porque não nos limitamos a dizer apenas em sala de aula restrito apenas a carga horária que muitas vezes nos encaminhamos a ultrapassar o limite da aula, mas a nos ater ao direito positivo sem grandes digressões. A importância fundamental de nos fazer entender e em nos darmos conta da conquista brasileira da Constituição de 88. Em todos os seus defeitos, que se pesem todos os argumentos apresentados, os fatores reais de poder que formam de maneira tão exuberante revelados pelo Ministro de Estado que abriu a conferência, revelados por ele, sem embargo de tudo isso, fez-se o que se podia fazer. A constituição elaborada pela Assembléia Nacional, ela foi fruto de um momento histórico e é preciso preservá-la, que representa, acima de tudo, a identidade o Brasil. A Constituição da República de 88 tem muito mais a ensinar ao mundo do que aprender. Eu espero que essa constituição sempre seja a constituição da esperança, é e sempre será foi a carta cidadã, foi a carta constitucionalista, foi a carta da democracia, foi a carta do bravo, foi a carta que emocionou toda a sociedade brasileira no final da década de 80, foi a carta que mesmo com tantas emendas constitucionais descaracterizadoras, sobretudo no seu vértice econômico, mas ainda assim no regime das suas cláusulas pétreas permaneceu sendo o que há de melhor no nosso

ordenamento jurídico. Portanto esse seminário se dedica a isso, a levantar a bandeira da constituição, o que há de melhor no nosso ordenamento jurídico, o que a nossa sociedade brasileira tem de melhor. Professor Wanir, qual será a sanção que receberei...? (risos). Certamente será instaurado um inquérito administrativo... (risos) Professora Arair, novamente agradeço a senhora pela presença e pela oportunidade de falar ao seu lado, para mim em particular, foi um prazer ouvi-la e suceder-la no magistério da turma de Direito Constitucional nessa casa. Senhores, nobres colegas, meu muito obrigado! (aplausos esfuziantes da platéia em pé).