

## 35 anos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal

A Constituição Federal de 1988 completou seu 35º aniversário, o que, por si só, num país com uma história constitucional marcada por sobressaltos institucionais, já representa motivo bastante para celebrar. Essa sensível experiência acumulada ajudou a enraizar uma cultura constitucional, que se expressa na consciência do povo sobre a Lei Maior e na sua internalização como fundamento da ação de cada um [1].



A Constituição e o STF andam na boca do povo. Muitos de nós, mesmo

sem formação jurídica especializada, conhecem bem nossa Constituição e as principais decisões do STF. Muitos hoje conhecem nossos 11 ministros e são capazes de tecer comentários precisos sobre eles, embora já não mais saibam de cor os jogadores da seleção brasileira de futebol.

O enraizamento da cultura constitucional guarda simetria com a evolução da jurisdição constitucional e com as técnicas de decisão de inconstitucionalidade. Final da década de 1980 e início de 1990, manuais de direito constitucional traziam lições elementares de teoria do controle.

Era facilmente identificável o padrão das decisões de inconstitucionalidade do STF, que, como regra, proferia dois tipos de decisões: em controle concentrado, com efeitos *erga omnes* e eficácia *ex tunc*; em controle incidental, efeitos *inter partes* e eficácia *ex tunc*. Claro que houve exceções ao binômio "inconstitucionalidade-nulidade" ao longo da jurisprudência do STF, mas a recepção de novas técnicas decisórias foi rechaçada pela Constituinte de 1987-1988.

Inspirada na Constituição de Portugal, foi apresentada, pelo constituinte Maurício Corrêa, a proposta para o STF modular temporalmente os efeitos de sua decisão, rejeitada ao argumento de que a prerrogativa de modulação temporal superdimensionaria a atuação do STF, conferindo-lhe funções próprias das instâncias legislativas [2].

Não obstante o conceito de inconstitucionalidade como "*categoria unitária, indissociável da nulidade*" [3] tenha prevalecido na Constituinte, uma das primeiras vozes a questioná-lo foi a de Gilmar Mendes, que se notabilizou na defesa de que à corte fosse permitido adotar novas técnicas de decisão, adequadas aos desafios e à complexidade das questões judicializadas.

Foram necessários alguns anos até que o binômio *inconstitucionalidade-nulidade* fosse superado, o que ocorreu no âmbito jurisprudencial e legislativo. Antes disso, porém, convém ressaltar que, com a

Emenda Constitucional 03, de 1993, um passo importante foi alçado em prol do maior protagonismo do STF. Além da previsão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), criou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e as condições para que as decisões em controle concentrado, especialmente em ADI, revestissem-se de efeitos vinculantes. Não demorou muito, o STF tratou similarmente a ADI e a ADC quanto aos efeitos da decisão (a ADC é uma ADI "com sinal trocado"). Intensificava-se assim o sensível movimento de centralização da jurisdição constitucional e a importância do STF no jogo político.

Mais de dez anos sob a nova ordem constitucional, ainda se despertavam dúvidas quanto ao efetivo papel da jurisdição na efetivação dos direitos constitucionais, já que o STF era marcado por uma "interpretação retrospectiva": isto é, o inovador Texto de 88 era compreendido através da gramática

[4].



Com as Leis 9.868 e 9.882, de 1999, autorizou-se o STF a proceder à

modulação temporal de suas decisões. Tais leis assinalaram avanço no fortalecimento da jurisdição do STF. Por meio da modulação temporal, abriram-se as portas do direito brasileiro para as "sentenças intermediárias" [5], as quais não se limitam à declaração de constitucionalidade (confirmação da lei) ou inconstitucionalidade (anulação da lei), mas que, ficando numa zona intermediária entre esses dois polos, podem estabelecer: interpretação única do texto ou afastar interpretação inadequada; alargar ou restringir o âmbito de incidência de alguma norma; admitir que, embora declarada inconstitucional, a norma ainda possa ter vigência residual; determinar que o legislador adote alguma providência específica para sanar o quadro de inconstitucionalidade, dentre outras formulações. Muitas e variadas são as técnicas de decisão, o certo é que essa real atribuição dos tribunais constitucionais acarretou a desconstrução da tese kelseniana da corte constitucional como "legislador negativo", empurrando as cortes cada vez mais para o campo da política.

A recepção formal das sentenças intermediárias atraiu, como era de se esperar, questionamentos sobre a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pelo STF. Claro que essa não é uma situação exclusiva brasileira. Na Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, EUA e tantos outros países, várias técnicas



de decisão de inconstitucionalidade que reconstruem a figura mítica do legislador negativo têm sido adotadas. Os anos que se seguiram foram de muita inovação e desenvolvimento de técnicas decisórias pelo STF.

Vejam, por exemplo, a decisão liminar na ADPF 347, em que o STF, reconhecendo a degradante situação das penitenciárias no Brasil, caracterizada pela massiva violação dos direitos fundamentais e inefetividade de eventuais políticas públicas, declarou em cautelar o estado de coisas inconstitucional para determinar a realização das audiências de custódia e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional. No mérito, ainda não apreciado, foi requerida desde a adoção de medidas estruturantes mediante formulação do plano nacional de sistema penitenciário, até ações mais específicas (v.g.: redução da superlotação dos presídios; contenção e reversão do processo de hiperencarceramento; redução de presos provisórios; adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais). Tudo isso sem prejuízo de outras medidas que o STF venha a fixar para superar o estado de coisas inconstitucional.

Ora, tamanho protagonismo judicial, sem dúvida alguma, jamais foi imaginado para uma corte no Brasil (e no mundo), o que nos conduz invariavelmente à seguinte questão: seria a ADPF a instância apropriada para discutir e resolver o "problema carcerário"?

Questão similar foi apreciada na ADPF 976, na qual liminarmente se declarou o estado de coisas inconstitucional em face de pessoas que vivem em situação de rua e sob condições desumanas, devido às omissões estruturantes dos poderes públicos em todos os níveis da federação. Decidiu-se monocraticamente, com posterior referendo do pleno, após ouvir os Estados e os principais municípios da federação, que o governo federal elaborasse, em 120 dias, plano de ação e monitoramento para a efetiva implementação da política nacional em favor da população em situação de rua. Mais uma vez, questiona-se o ônus político sobre decisão judicial dessa natureza: seria o STF o fórum próprio para esse debate?

Outras tantas decisões do STF, enquadráveis no epíteto "sentenças intermediárias", podem ser lembradas, que, inovando na técnica decisória, enfrentaram forte reação doutrinária, política, social e/ou institucional. A título meramente ilustrativo, indicam-se algumas: ADPF 54, sobre o "aborto do anencéfalo"; ADC 12, sobre nepotismo em nomeações de cargos na administração pública; ADPF 132, reconhecimento do casamento homoafetivo; ADI 4.650, sobre a inconstitucionalidade do modelo de financiamento privado dos partidos e das campanhas eleitorais; ADI 3.510, sobre pesquisa com células-tronco; ADC 41, sobre cotas raciais em concurso público (e ainda a ADPF 186 sobre cotas raciais nas universidades); ADPF 709, sobre a Covid-19 em terras indígenas; ADPFs 850, 851, 854 e 1014, todas sobre o "orçamento secreto". A lista é grande e não temos a pretensão de torná-la exaustiva, contudo tais casos nos dão boa dimensão de como as decisões do STF (e as técnicas decisórias) envolvem questionamentos no plano jurídico e, sobretudo, político.

Paralelamente, a pródiga tradição de inefetividade constitucional, agravada pelo simbolismo constitucional próprio dos países periféricos [\[6\]](#), levou o constituinte a armar a Constituição de 1988 com dois importantes instrumentos de controle de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI). Em ambas as ações, o objetivo é um só: conferir meios adequados para que, com auxílio do Poder Judiciário, seja quebrada a inércia institucional configuradora da omissão inconstitucional. Embora na década de 1990 o STF não tenha conferido especialmente ao MI uma interpretação que lhe conferisse a efetividade almejada pelos



---

constituintes, efetivando as liberdades constitucionais a despeito da inércia legislativa, após a virada do século, no precedente relativo à greve dos servidores públicos, a corte admitiu ser o MI ação idônea ao combate da omissão legislativa e à fixação de regras específicas para colmatar lacunas legislativas.

Também em relação à ADO houve avanços significativos. Inicialmente concebida para constituir a mora inconstitucional, o que, em relação ao Legislativo, limitava-se a uma simples comunicação para tomar ciência da própria inércia, tornou-se meio de cobrança do Legislativo por meio da definição de prazos de ação, após cujo decurso os efeitos da decisão de inconstitucionalidade se verificariam em toda sua plenitude. Foi o caso da fixação de parâmetro temporal para que o Congresso Nacional editasse a lei complementar federal de que trata o § 4º do artigo 18 da Constituição para regulamentar os diversos municípios criados por leis estaduais, conforme examinado nas ADI 3.682, 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689. Transcorrido o período de vinte e quatro meses sem a edição da lei complementar federal, as leis criadoras de municípios, não obstante a regra de eficácia contida do artigo 18, deveriam ter sido consideradas inconstitucionais e nulas, com o respectivo "desaparecimento" dos municípios, o que não ocorreu devido à reação do Legislativo plasmada na aprovação da Emenda 57, de 2008.

Talvez, o caso mais polêmico tenha sido o da ADO 26, relativa à criminalização da homofobia e transfobia. O STF, mediante interpretação conforme a Constituição, equiparou as condutas de homofobia e transfobia às condutas tipificadas na Lei 7.716, de 1989, dos crimes de preconceito de raça e de cor, até que o Congresso Nacional regulamente a matéria.

Em todas essas situações, como se pode perceber, há decisões cuja técnica reveladora de inconstitucionalidade, ressaí do tradicional binômio da "inconstitucionalidade-nulidade", impulsionando o STF aos domínios da política e do poder.

O STF, como as demais cortes constitucionais mundo afora, tem sido fustigado com o advento dos novos tempos. O resultado óbvio é que a jurisdição constitucional, ao longo desses 35 anos, mudou e muito seu conceito histórico, não sendo apenas o tradicional meio de verificação entre a compatibilidade de lei e da Constituição, como afirmado em *Marbury v. Madison*. Hoje se revela como a própria prática de manifestação do direito (mesmo que não legislado) em conformidade com a Constituição, assumindo caráter normativo evidente.

Levando-se em consideração apenas decisões que envolvem sentenças intermediárias, portanto desconsiderando uma série de outras não menos polêmicas (monocráticas e colegiadas proferidas noutras ações: *habeas corpus*, reclamações, recursos extraordinários e até mesmo inquéritos), cuja recorrência assinala uma inflexão a partir dos anos 2000, a posição do STF no xadrez político alterou-se profundamente, ensejando-lhe adentrar discussões em que não mais fica preso à lógica binária do válido/inválido, para conferir-lhe maior capacidade decisória e poder institucional frente aos demais poderes.



A exposição do STF aumentou, e, ressalte-se, tornaram-se naturais os questionamentos quanto aos limites e à abrangência da jurisdição constitucional. Compreensíveis, pois, iniciativas legislativas como a limitação dos poderes das decisões do STF, seja para restringir decisões monocráticas e pedidos devistas dos ministros (PEC 8/2021), seja para permitir ao Congresso Nacional anular decisões definitivas do STF (PEC 50/2023), ou ainda para transformar o cargo vitalício do ministro do STF em mandato temporário (PEC 16/2019). Nada deve fugir ao debate público e republicano.

É da democracia conceber-se a jurisdição constitucional como um processo aberto e em permanente construção. É o que a história constitucional brasileira também nos ensina [7].

O que não se pode tolerar, contudo, em respeito ao próprio aprendizado constitucional desses últimos 35 anos, são iniciativas oportunistas que, a pretexto de aperfeiçoar o STF ou realinhá-lo ao princípio da separação dos poderes (que desde Montesquieu, frise-se, ninguém soube precisar qual seu desenho institucional ideal), fragilizem essa instituição que, com seus méritos e deméritos, tem também sido responsável por proteger a Constituição.

A multiplicidade de técnicas decisórias à disposição do STF, inequivocamente, trouxe-lhe maior raio de poder político no exercício da jurisdição constitucional, impondo-lhe, em contrapartida, o dever de maior cuidado e prudência em relação aos pressupostos jurídicos e institucionais legitimadores dos diversos tipos de decisão de inconstitucionalidade. Não cabem no paradigma do Estado Democrático de Direito decisões monocráticas, decisões que não guardam coerência ou integridade entre si, mudanças repentinas de entendimento ou jurisprudência, entre outras decisões que fujam ao horizonte de expectativa da comunidade jurídica e política. Esse aprendizado os ministros atuais do STF não podem ignorar, sendo oportuna a lembrança dos ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves (que acabou de nos deixar), juízes que se dedicaram à construção institucional de uma corte colegiada e autoconsciente de seu papel institucional.

Desperdiçar a experiência constitucional dos últimos 35 anos, portanto, sujeitará o STF não só à fragmentação da legitimidade no exercício da jurisdição constitucional, mas também a reações institucionais muitas das quais poderão atingir o coração de sua missão institucional: o controle judicial em prol da guarda e da efetivação da Constituição Federal de 1988 para os próximos anos e décadas.

[1] Sobre o tema, ver: BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Cultura constitucional*. Tese de Doutorado (UFMG): 2016.

[2] Cf. MIRANDA, Luciana Pontes de. *Efeitos temporais da decisão no controle jurisdicional de constitucionalidade*. Dissertação de Mestrado (UFPE): 2008, p. 170-171.

[3] Cf. MENDES, Gilmar F. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 13 e ss.



[4] Cf. BARROSO, Luís R. *Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)*. Revista de Direito Administrativo: vol. 214, 1998, p. 1-25.

[5] Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo*. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159-194.

[6] Cf. NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

[7] Cf. CONTINENTINO, Marcelo. *Casseb. History of Constitutional Review in Brazil (From Foundation to Nowadays)*. *Giornale di Storia Costituzionale/Journal of Constitutional History*: v. 40, n. II, 2020, p. 155-190.

### **Meta Fields**