

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

MATEUS PIERONI SANTINI

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO FENÔMENO DO
(‘NEO’) CONSTITUCIONALISMO E A SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO
BRASILEIRO RUMO À MINIMIZAÇÃO DO MODELO DIFUSO**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2012

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

MATEUS PIERONI SANTINI

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO FENÔMENO DO
(‘NEO’) CONSTITUCIONALISMO E A SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO
BRASILEIRO RUMO À MINIMIZAÇÃO DO MODELO DIFUSO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, como exigência parcial à obtenção do título de MESTRE em DIREITO, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo.

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2012

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Há uma parábola que noticia que Amir e Farid eram dois mercadores árabes muito amigos. Sempre viajavam juntos, cada qual com seus camelos, mercadorias, escravos e empregados. Numa das viagens em que o calor se apresentava abrasador, pararam às margens de um grande rio. Farid resolveu tomar um banho e para isso mergulhou nas águas caudalosas. Fosse porque se distraísse ou porque não se apercebesse, acabou sendo arrastado pela correnteza do rio. Amir, pressentindo o risco que corria o amigo, atirou-se no rio e o salvou, embora com esforço. Muito agradecido, Farid chamou um dos seus escravos e lhe ordenou que escrevesse numa **pedra** próxima, em letras grandes e profundas: "**aqui, com risco de perder sua própria vida, Amir salvou o seu amigo Farid.**" A viagem prosseguiu. Os negócios se realizaram e no retorno, pararam no mesmo local para um descanso rápido. Começando a conversar, iniciaram uma discussão por divergência de opiniões. Com os ânimos acirrados, Amir esbofeteou Farid. Então Farid se aproximou da margem do rio, escolheu uma pequena vara e escreveu na areia: "aqui, por motivos tolos, Amir esbofeteou Farid." O escravo que escrevera na rocha a frase anterior, ficou intrigado e perguntou: "senhor, quando fostes salvo, mandastes gravar o feito numa pedra. Agora escreveis na areia a ofensa recebida. Por que agis assim?". Farid largou a vara, olhou o escravo e respondeu: "*os atos de bondade, de amor e de abnegação devem ser gravados na rocha para que todos os que tiverem oportunidade de tomar conhecimento deles, procurem imitá-los. Porém, quando recebermos uma ofensa, devemos escrevê-la na areia, bem perto das águas, para que seja por elas levada. Assim procedendo, ninguém tomará conhecimento dela. E, acima de tudo, para que qualquer mágoa desapareça de pronto do nosso coração.*"

De fato, há certas pessoas que são tão especiais em nossa vida que merecem da minha parte um registro perene e imortal.

Quero, assim, agradecer a Deus pela dádiva da vida e por me dar condição de realizar o que eu mais gosto de fazer na minha vida. Espero permanecer em vós para que vós permaneçais em mim (Jo, 15, 1-8).

Agradeço profundamente aos meus *Reis: os meus pais*, exemplos de lisura, altruístas por excelência pelo amor incondicional, dedicação e compreensão; verdadeira fonte de infindável carinho. Ao meu pai, *José Raffaelli Santini*, pelas lições de probidade, respeito,

bondade e equilíbrio e pelo carinho dedicado a revisar este trabalho através de sua sapiência jurídica. À você mãe, Maria Lúcia Pieroni, pelas amáveis palavras de incentivo e otimismo e pela abençoada bondade, vitalidade e energia contagiantes.

Dedico também neste pequeno espaço ao meu querido avô *Davino Santini (in memoriam)*, que até os meus 12 anos de idade, deu-me o prazer de ser o meu “primeiro aluno” nos encontros mágicos de final de domingo, juntamente com a minha avó *Albertina Santini (in memoriam)*.

Sou grato também à minha querida avó, *Leonor Bevilaqua Pieroni*, exemplo de vida, guerreira da vida, que sempre procurou dar o melhor de si para todos os filhos e netos. Muito obrigado “Nô”.

Agradeço também ao meu querido irmão, *Sérgio*, que sempre me deu força e apoio em todos os momentos.

Ao meu orientador, *Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo*, com quem aprendi o verdadeiro Direito Constitucional. Para mim, sempre ficará marcada em minha memória o convívio que tive com o eterno mestre, bem como a sua passagem por Poços de Caldas, sendo efusivamente ovacionado pela plateia ao final daquela inesquecível palestra ministrada na cidade.

Quero também agradecer aos professores da PUC-SP, e, em especial, aos da PUC-MG, onde, acolhido como docente em concomitância ao meu ingresso no mestrado, pude fazer grandes amizades. Homenageio esta universidade na pessoa do meu grande amigo *Prof. Marco Antonio Geiger França Correa*, um homem de palavra, e a quem sou eternamente grato por iluminar o meu caminho e me abrir as portas para a carreira acadêmica na instituição. Tenho hoje a alegria de sua amizade e espero sempre estar unido a ele em torno de projetos comuns. Ademais, dentre tantos colegas na universidade, celebro, ainda, as afinidades intelectuais e o afeto que me unem ao *Prof. José Carlos Trinca Zanetti*, um amigo de longas datas com quem criei um diálogo de admiração e ajuda recíproca e ao *Prof. Fabiano Melo*, uma pessoa de entusiasmo contagiante e imensa generosidade. Também agradeço aos professores de Direito Constitucional da PUC-MG, *Prof. Gaspar Eduardo de Paiva Pereira*, que mesmo com pouco tempo disponível, procurou tornar o presente trabalho mais claro e técnico com a sua preciosa revisão e a *Prof. Volneida Costa*, exemplo de seriedade científica e que me inspira constantemente.

Aos meus verdadeiros amigos, que de alguma forma realçaram meu espírito de paz, alegria, solidariedade e confraternização. Dentre tantos, quero mencionar alguns: *Airton Camargo, Glauco Sapia, Marcelo Fidêncio, Paulo Morelli, Rubens de Mattos, Natália Vacarelli, Sérgio Pereira*. Gostaria, não obstante, de prestar uma homenagem especial ao meu grande amigo *Thiago Barbosa*, pelo papel decisivo que desempenhou na concretização de meu curso de mestrado. Foram anos inesquecíveis em sua aconchegante residência, onde eu externei minhas alegrias e lamentações. O convívio, ainda que breve ou eventual, com ele, trouxe-me prazer pessoal, motivação e inspiração. E, por fim, agradeço a *Helena Iole*, pelo carinho e convivência.

“Se eu pudesse viver de novo a minha vida, na próxima trataria de cometer mais erros. Relaxaria mais. Seria mais tolo ainda do que tenho sido. Na verdade, bem poucas coisas levaria a sério. Contemplaria mais entardeceres, subiria mais montanhas, nadaria mais rios, começaria a andar descalço no começo da Primavera e continuaria assim até o fim do Outono. Porque, se não o sabem, disto é feito a vida, só de momentos, não percam o agora.”
(Jorge Luiz Borges)

"Todos nós desejamos ajudar uns aos outros. Os seres humanos são assim. Desejamos viver para a felicidade do próximo - não para o seu infortúnio. Por que havemos de odiar e desprezar uns aos outros? Neste mundo há espaço para todos. A terra, que é boa e rica, pode prover a todas as nossas necessidades. O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza, porém nos extraviamos. A cobiça envenenou a alma dos homens, levantou no mundo as muralhas do ódio e tem-nos feito marchar a passo de ganso para a miséria e os morticínios. Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz abundância, tem-nos deixado em penúria. Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que de máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido. [...]"
(Charles Chaplin)

*“Ando devagar
Porque já tive pressa
E levo esse sorriso
Porque já chorei demais*

*Hoje me sinto mais forte,
Mais feliz, quem sabe
Só levo a certeza
De que muito pouco sei,
Ou nada sei
[...]
Cada um de nós compõe a sua história
Cada ser em si
Carrega o dom de ser capaz
E ser feliz”*
(Renato Teixeira, Almir Sater)

RESUMO

A presente dissertação trata da evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro à luz do fenômeno do constitucionalismo. Por meio desse trabalho, buscamos situar o instituto em questão no âmbito de estudo fenomenológico do constitucionalismo para demonstrar que é por meio desse mecanismo de proteção que se asseguram a superioridade e a força normativa da Constituição, afastando toda e qualquer antinomia que venha a hostilizar os preceitos constitucionais. As fortes inspirações do modelo difuso de origem norte-americana, bem como do modelo concentrado de origem austríaca e os resquícios existentes do modelo político francês foram determinantes para a adoção no direito brasileiro de um sistema de fiscalização híbrido de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral. Só que com a Constituição brasileira de 1988, assistiu-se a vitória do controle concentrado de constitucionalidade, que foi guindado ao centro do sistema protetivo constitucional. Por outro lado, todas as técnicas trazidas pelo conjunto normativo sobre o tema traduzem tentativas de minimizar o controle difuso jurisdicional. Logo, de um sistema fiel à matriz norte-americana, de controle judicial e difuso de constitucionalidade, evoluímos para um modelo que prestigia a jurisdição concentrada de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Constitucionalismo. Evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Minimização do controle difuso.

ABSTRACT

This dissertation deals with the evolution of judicial review under Brazilian law in the light of the phenomenon of constitutionalism. Through this work, we place the institute in question within the framework of a phenomenological study of constitutionalism is to demonstrate that through this mechanism of protection that ensure superiority and normative force of the Constitution, removing any contradiction that may antagonize the precepts constitutional. The strong inspirations of the diffuse model North American origin, as well as the model concentrate Austrian origin and the remnants of the existing political model French were instrumental in the adoption of a hybrid system of supervision of the constitutionality of laws and normative acts in general. Only with the Constitution of 1988, saw the victory of the concentrated control of constitutionality, which was raised to the center of the protective system constitutional. Moreover, all the techniques introduced by the set of rules on the subject attempts to minimize the reflected diffuse control jurisdiction. Therefore, a system matrix faithful to the American, of judicial review of constitutionality and diffuse, evolved into a model that honors the jurisdiction concentrated constitutionality.

Keywords: Judicial review. Constitutionalism. Evolution of constitutional control in Brazilian law. Minimization of the diffuse control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – A CONSTITUIÇÃO E AS PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	17
1.1 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICA.....	19
1.2 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO POLÍTICA.....	20
1.3 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO JURÍDICA.....	22
1.4 CONCEITO ADOTADO DE CONSTITUIÇÃO.....	28
1.5 IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	29
1.6 PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	32
1.6.1 Supremacia constitucional.....	32
1.6.2 Parametricidade Constitucional.....	36
1.6.3 A Constituição como fundamento último de validade.....	39
<i>1.6.3.1 O fenômeno da inconstitucionalidade.....</i>	<i>40</i>
<i>1.6.3.2 Os tipos de inconstitucionalidade.....</i>	<i>43</i>
1.6.4 As normas do sistema jurídico sobre as quais incidem o exercício do controle de constitucionalidade.....	46
1.7 TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	49
1.7.1 Quanto ao momento em que o controle é realizado.....	50
1.7.2 Quanto à natureza do órgão que realiza o controle de constitucionalidade...52	52
1.7.3 Quanto ao número de órgãos judiciais que executam o controle de constitucionalidade.....	53
1.7.4 Quanto ao modo ou a forma de controle.....	55
CAPÍTULO 2 – O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO (MOVIMENTO CONSTITUCIONAL).....	58
CAPÍTULO 3 – O CONSTITUCIONALISMO INGLÊS E A AUSÊNCIA DE UM EFETIVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	61

3.1 O ESBOÇO DOUTRINÁRIA ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL DE LEIS NA INGLATERRA.....	65
CAPÍTULO 4 – O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POLÍTICO E JUDICIAL.....	68
4.1 CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS.....	68
4.1.1 O controle de constitucionalidade do tipo político (não-judicial) construído na França oitocentista e desenvolvido nos séculos XX e XXI.....	70
4.2 CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO.....	77
4.2.1 O sistema norte-americano do <i>judicial review</i> (<i>of the constitutionality of legislation</i>).....	81
CAPÍTULO 5 – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A NOVA TENDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	95
5.1 O SISTEMA AUSTRÍACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O SURGIMENTO DOS “TRIBUNAIS AD HOC”	100
CAPÍTULO 6 – A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA RUMO À MAXIMIZAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO.....	116
6.1 1ª. FASE: PREDOMINÂNCIA DO CONTROLE POLÍTICO E INEXISTÊNCIA DE UM CONTROLE JUDICIAL.....	117
6.2 2ª. FASE: ORIGEM DO CONTROLE JUDICIAL DIFUSO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	119
6.3 3ª. FASE: ADESÃO AO MODELO DIFUSO DE CONTROLE JURISDICIONAL, COM A CORREÇÃO DE SUAS FALHAS DO REGIME CONSTITUCIONAL ANTERIOR E O ESBOÇO DE CONCENTRAÇÃO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, ALÉM DA MANUTENÇÃO DO CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	123
6.3.1 A Constituição de 1934 e os aspectos históricos que a cercam: o notável progresso do controle judicial de constitucionalidade.....	123
6.3.2 A Constituição de 1937 e os fatores históricos colaborativos para a instituição de uma nova Carta: um retrocesso no instituto do controle judicial de constitucionalidade.....	129

6.3.3 A Constituição originária de 1946 e o processo de redemocratização do País: a preservação dos mecanismos de controle já existentes e a restauração das regras da Carta de 1934.....	133
6.4 4ª. FASE: A CONSOLIDAÇÃO DA FORMA MISTA DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE SOB O CARÁTER SOBREPAIRANTE DO MODELO DIFUSO E A PERMANÊNCIA DOS ASPECTOS POLÍTICOS DO CONTROLE.....	137
6.5 5ª. FASE: A RATIFICAÇÃO DA FORMA MISTA DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE COM A SIGNIFICATIVA TENDÊNCIA PARA O FORTALECIMENTO E PREDOMÍNIO DA FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE E A MANUTENÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POLÍTICO..	143
6.5.1 Considerações acerca da Emenda Constitucional n. 3/93.....	154
6.5.2 A regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade pela lei 9.868/99.....	157
6.5.3 Lei 9.882/99: regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pelo legislador ordinário.....	178
6.5.4 Análise pontual da Emenda Constitucional n. 45/04 (Reforma do Poder Judiciário).....	190
6.5.5 Síntese conclusiva.....	191
CAPÍTULO 7 – AS SIGNIFICATIVAS MUDANÇAS OPERADAS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO.....	192
7.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM TRADICIONAL DO INSTITUTO E A APRESENTAÇÃO DE SUA NOVA CONFIGURAÇÃO.....	193

7.2 O INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE OS TRIBUNAIS A PARTIR DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI N. 9.756/98: PRIMEIRO ESBOÇO DE VINCULAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	197
7.3 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04 PARA O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	202
7.3.1 O respeito obrigatório aos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal originados no âmbito do controle difuso: uma realidade no direito brasileiro?.....	202
7.3.1.1 <i>Antecedentes à vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso: a fórmula alternativa do Senado Federal e a revisão de seu papel diante do novo modelo de controle de constitucionalidade consolidado pela Constituição Federal.....</i>	<i>204</i>
7.3.1.2 <i>A súmula vinculante e os seus efeitos no controle difuso de constitucionalidade: um estudo a partir da regulamentação constitucional da EC n. 45/04 e a disciplina infraconstitucional da lei n. 11.417/06.....</i>	<i>226</i>
7.3.2 Repercussão geral: uma análise do instituto com base na regulamentação da EC n. 45/04 e disciplina infraconstitucional da lei n. 11.418/06.....	238
7.4 ANÁLISE CRÍTICA E CONCLUSIVA DA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	243
CONCLUSÕES.....	246
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	252

INTRODUÇÃO

É estreme de dúvidas a ilação segundo a qual o controle de constitucionalidade continua a ser o tema que mais desperta atenção do Direito Constitucional brasileiro contemporâneo.

Este trabalho pretende demonstrar, mediante método histórico-crítico, a aproximação entre a jurisdição concentrada de constitucionalidade e o modelo difuso de constitucionalidade.

Para tanto, o presente estudo do “controle de constitucionalidade à luz do fenômeno do (‘neo’) constitucionalismo e sua evolução no direito brasileiro rumo à minimização do modelo difuso” só pode ser mais bem compreendido por quem tenha uma noção clara do que é uma Constituição, o que se faz acompanhar de um fenômeno inspirado nas ideias libertárias do denominado constitucionalismo, assunto este reservado para primeiro e segundo capítulos.

A percepção deste tema é de importância transbordante para o estudo do controle, na medida em que é por meio de sua incursão, bem como da respectiva delimitação dos caminhos adotados nessa pesquisa é que será possível traçar a origem e os rumos que o sistema jurídico vem trilhando em relação ao mecanismo do controle de constitucionalidade.

Cumpre-nos, assim, buscar, a partir da concepção política, sociológica e jurídica, um conceito de Constituição mais apropriado para os fins a que se presta esta pesquisa, ou seja, antes de penetrar-se no terreno dos diversos movimentos constitucionais ocorridos, os quais constituem elementos sobremaneira importantes para o estudo do controle de constitucionalidade, tarefas que nos debruçaremos nos capítulos 2, 3, 4 e 5, faz-se um convite a percorrer os novos caminhos sobre o conceito de Constituição, lançando luzes sobre os pontos até então não abordados, e permitindo-se que a partir desta digressão se encontre aquela concepção que mais se coaduna com o tema ora tratado. Mesmo porque, se o controle de constitucionalidade, em apertada síntese, traduz-se no mecanismo de proteção da Lei Maior que visa a, se necessário, restaurar a higidez constitucional, cumpre-nos investigar o motivo que se leva a instituir um sistema protetivo da Constituição. Só, então, após esta incursão propedêutica, será possível destacar os pressupostos fundamentais para a realização do instituto do controle, apontando, inclusive, as principais características de seu exercício.

Neste ponto, situar o tema do controle de constitucionalidade no âmbito de estudo fenomenológico do constitucionalismo é de suma relevância para a contextualização do instituto, na medida em que é por meio desta incursão que poderemos verificar a importância de um órgão estatal exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos para a defesa da própria Constituição, que por tempos a fio, não se encontrava protegida nem mesmo contra os atos do Legislativo. Ademais, não se mostra despropositado a afirmação de que não há como traçar um estudo sobre o instituto do controle de constitucionalidade sem fazer referência aos tradicionais modelos difuso, de origem norte-americana, e concentrado, de origem europeia.

De mais a mais, ninguém duvida que o direito constitucional brasileiro atingiu, ainda que tardiamente, o seu ápice com a Constituição de 1988. Aconteceu aqui no Brasil nos últimos anos um fenômeno também desencadeado na Alemanha após a segunda Grande Guerra mundial e ao longo da segunda metade do século XX, bem como na Espanha e Portugal ao longo da década de 70: *a passagem da Constituição para o centro do sistema normativo*. Na feliz colocação do constitucionalista Luiz Roberto Barroso (2007), “a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de Direito”. Por isso mesmo, não há como deixar hoje de reconhecer a supremacia tanto formal como material e axiológica da Constituição, podendo-lhe, dentro desse novo contexto, pespegar o rótulo de verdadeira norma jurídica.

Mas, infelizmente, nem sempre foi assim. A atribuição do caráter normativo à norma constitucional sofreu fortes resistências ao longo do tempo. Quer dizer, a aceitação da força normativa da Constituição nem sempre foi tão tranquila.

Daí a importância de se compreender com exatidão as etapas anteriores a esse movimento constitucional deflagrado a reconhecer o valor efetivo da norma constitucional. Mesmo porque cada país moldou um tipo de controle considerando sua realidade e seu interesse específicos.

Dedicaremos, portanto, a partir do capítulo 2 a apresentar alguns esboços históricos exemplificativos do mecanismo de controle jurisdicional das leis, procurando examiná-lo sob uma perspectiva histórica situada nos constitucionalismos inglês, moderno (francês e norte-americano) e contemporâneo.

Ademais, necessário será realizar um apanhado histórico dos órgãos incumbidos por executar essa função, trazendo ao presente trabalho investigativo e acadêmico o modelo consagrado e difundido nos países, qual seja, o modelo judicial de constitucionalidade para que, em um momento oportuno, confrontando com a evolução histórica do controle de constitucionalidade brasileiro, se descubra as significativas alterações na formatação do Judiciário do Brasil.

Afinal, o pêndulo da história constitucional oscila em direção oposta ao do período marcado por uma “baixa constitucionalidade” (STRECK, 2004), e a tentativa de superá-lo culmina com o robustecimento da “justiça ou jurisdição constitucional”.

Da mera função de aplicador das leis, o Poder Judiciário passa a ter a incumbência de controlar – por meio dos parâmetros constitucionais – o produto do trabalho desenvolvido pelo Legislativo.

Em relação a tal aspecto, cumpre um registro. É bem verdade que hoje também se coloca no centro do debate acadêmico mais uma função desempenhada pelos juízes: a de fazer cumprir, concretizar (materialmente) os direitos constitucionalmente previstos, naquilo que comumente vem se denominando de “ativismo judicial”. É desnecessário, no entanto, consignar que o foco do nosso estudo será, por evidente, o controle de constitucionalidade, que na lição de Mauro Cappelletti (1999), constitui uma das facetas da Jurisdição Constitucional. Ou seja, não trataremos aqui de outras manifestações da jurisdição constitucional diversas do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. De acordo com as suas palavras, “[...] o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada ‘justiça constitucional’, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes” (CAPPELLETTI, 1999, p.23-24).

Com isso, percebido a nova função que os juízes passaram a desempenhar – controle dos atos normativos – a partir dos diversos movimentos constitucionais ocorridos, resta situar o momento em que isso se deu, acrescentando-se ao cenário as razões e motivos que inspiraram o seu surgimento. Considerando que essas transformações ocorridas no âmbito judicial não consubstanciam um fenômeno exclusivamente brasileiro, urge destacar os antecedentes históricos em outras partes do mundo.

Com esses ganhos teóricos, será possível partir para o âmago dessa dissertação: a evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro (capítulo 6). Procurar-se-á demonstrar aqui, mediante análise de todas as Constituições brasileiras, o fortalecimento da fiscalização concentrada de constitucionalidade a partir da Constituição de 1988. Para tanto, esse estudo será feito por meio da divisão em cinco grandes períodos ou fases.

O derradeiro capítulo (capítulo 7) se destina a identificar as significativas mudanças operadas no controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Na realidade, o objeto de estudo irá confirmar a posição secundária que este modelo passou a ocupar no sistema de fiscalização de constitucionalidade. Dentro dessa perspectiva, apresentaremos algumas considerações a respeito do incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (item 7.2.) e o respeito obrigatório aos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal originadas no âmbito do controle difuso (item 7.3.1.). Tudo para comprovar os novos rumos que o controle de constitucionalidade brasileiro passou a trilhar, em um contexto voltado a atribuir de eficácia geral e vinculante a decisão tomada em sede de controle difuso, pelo que se espera, com isso, contribuir para o aperfeiçoamento do instituto do controle de constitucionalidade em nosso país.

CAPÍTULO 1 – A CONSTITUIÇÃO E AS PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

De fato, não há como negar o caráter equívoco do vocábulo *Constituição*, dada a sua natureza polissêmica. Não por outra razão que Celso Ribeiro Bastos (2001) visualiza a Constituição como um *poliedro*, em razão de vários sentidos do termo (sentido amplo, sentido estrito material, substancial ou formal). Dessa forma, dependendo da postura adotada pelo sujeito, o objeto ganha uma determinada dimensão, de modo que várias facetas diferentes dessa figura geométrica seriam vistas, a depender do ângulo em que se encontra o sujeito. (BASTOS, 2001, p.41)

Assim, as diferentes formas de entender o Direito geram, na teoria da constituição, segundo Sanches Agesta, os diferentes conceitos de Constituição (*apud* TEIXEIRA, 1991, p.45).

Com efeito, a Constituição pode apresentar-se, na lição de Ernst Forsthoff, como a “garantia do *status quo* econômico e social” (*apud* CANOTILHO, 1994, p.82-87); no escólio de Peter Häberle, como “processo público” (*apud* CANOTILHO, 1994, p.90-100), o que decorre, diante dessa perspectiva, que a verdadeira Constituição será resultado de um processo de interpretação conduzido numa sociedade pluralista e aberta; na visão de Rudolf Smend, como “a ordem jurídica do processo – pessoal, funcional e real – de integração” (*apud* MIRANDA, 1996, p.58); no entender de Georges Burdeau, como “o estatuto do poder” (*apud* MIRANDA, 1996, p.59); no dizer de Honrad Hesse, “como a ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade” (*apud* MIRANDA, 1996, p.59).

Na doutrina pátria, encontramos uma multiplicidade de sentidos atribuídos ao vocábulo Constituição.

Para José Afonso da Silva:

A palavra *constituição* é empregada com vários significados, tais como: (a) ‘Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos’; (b) ‘Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta’; (c) ‘Organização, formação: a *constituição* de uma assembléia, a *constituição* de uma

comissão’; (d) ‘O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda, de uma sociedade anônima; (e) ‘Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade’; (f) ‘A lei fundamental de um Estado’.

Todas essas acepções são analógicas. Expressam, todas, a idéia de *modo de ser de alguma coisa e*, por extensão, a de organização interna de seres e entidades. Nesse sentido é que se diz que *todo Estado tem constituição*, que é o simples *modo de ser do Estado*.

A *constituição do Estado*, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.* (SILVA, 2011, p.37-38)

Por outro lado, para Celso Ribeiro Bastos (2001, p.42), Constituição significa, num sentido muito amplo, mesmo não ignorando sua acepção ambígua, “a maneira de ser de qualquer coisa, sua particular estrutura. Nessa acepção, todo e qualquer ente tem a sua própria constituição. Fala-se, assim, da constituição de uma cadeira, de um planeta, do homem. Esta utilização, feita pela linguagem comum, nada apresenta de próprio a qualquer ramo científico”.

Porém, cumpre-nos investigar as categorias conceituais de Constituição no moderno Direito Constitucional. Por isso mesmo, em razão do propósito a que se destina esse trabalho, e esforçando-se na superação do equívoco vocabular, impõe-se, desde o princípio, distinguir no termo Constituição três acepções reducionistas, que, uma vez sonegadas, obscureceriam o entendimento proposto nesse trabalho científico, e dificultaria nossa intenção de buscar um conceito de Constituição adequado ao estudo do tema do controle de constitucionalidade.

Por isso, procuraremos, a seguir, sem embargo da equivocidade do termo, fazer algumas considerações sobre as concepções sociológica, política e jurídica de Constituição estatal¹.

¹ Cumpre registrar que essas concepções de Constituição que enfocam exclusivamente um aspecto, um sentido, pecam pelo reducionismo. A Constituição não reduz aos fatores reais de poder que regem uma sociedade. A eficácia da Constituição não pode depender exclusivamente da força determinante das relações fáticas, pois a “idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica” (HESSE, 1991, p.11). Também não é lícito restringir o conceito de Constituição a uma decisão político fundamental, ou mesmo limitá-lo a um elemento puramente jurídico, distanciando-o do dado empírico que o produziu. Até porque, na lição precisa de Meirelles Teixeira, a Constituição deve ser percebida sob a ótica culturalista, ou seja, “uma formação objetiva da cultura que encerra, ao mesmo tempo, elementos históricos, sociais e racionais, aí intervindo, portanto, não apenas fatores reais (natureza humana, necessidades individuais e sociais concretas, raça, geografia, uso, costumes, tradições, economia, técnica) mas também

1.1 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICA

Numa *concepção sociológica*, lembrando Ferdinand Lassale, autor da obra clássica *O que é uma Constituição*²?

A verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos *factores reais e efectivos de poder* que dominem nessa sociedade; a Constituição escrita, quando não corresponda a tais factores, está condenada a ser por eles afastada; e, nessas condições, ou é reformada para ser posta em sintonia com os factores materiais de poder da sociedade organizada ou esta, com o seu poder inorgânico, levanta-se para demonstrar que é mais forte, deslocando os pilares em que repousa a Constituição. (*apud* MIRANDA, 1996, p.55)

Deveras, Ferdinand Lassale (2001) sustenta que a Constituição tanto pode representar o efetivo poder social quanto ser contrário a tal propósito, consubstanciando algo legítimo no primeiro caso e algo ilegítimo no segundo. Para ele, a Constituição de um país é a soma dos fatores reais de poder que nele atuam. Nessa linha de raciocínio, distinguindo entre Constituição real e Constituição jurídica, Lassale assevera que esta, para ser eficaz e duradoura, e não passar de uma mera folha de papel, deve necessariamente refletir aquela, isto é, deve corresponder fielmente à Constituição real e ter suas raízes fincadas nos fatores reais de poder que regem a sociedade.

Logo, “O conceito sociológico de constituição” – adverte García-Pelayo – ‘é a projeção do sociologismo no campo constitucional’” (*apud* SILVA, 2008, p.22), definindo-o como “aquela concepção científica, e atitude mental, que de maneira mais ou menos intensa e extensa põe o Político, o Direito e a Cultura em relação com as situações sociais” (*apud* TEIXEIRA, 1991, p.48).

espirituais (sentimentos, idéias morais, políticas e religiosas, valores) ou ainda elementos puramente racionais (técnicas jurídicas, formas políticas, instituições formais e conceitos jurídicos *a priori*) e finalmente elementos voluntaristas, pois não é possível negar-se o papel da vontade humana, da livre adesão, da vontade política das comunidades sociais na adoção desta ou daquela forma de convivência política e social, e de organização do Direito e do Estado” (TEIXEIRA, 1991, p 58-59).

² Essa obra é fruto de um trabalho produzido por Ferdinand Lassale a partir de uma conferência pronunciada em 1862 para intelectuais e operários da antiga Prússia.

O sociologismo jurídico, portanto, na sempre precisa lição do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, “exacerba essa influência fática, concebendo a constituição *como fato*, antes que *como norma*. (SILVA, 2008, p.22).

1.2 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO POLÍTICA

Por outro lado, a abordagem do termo *Constituição*, sob o *enfoque político*, foi profundamente estudada por Carl Schmitt (2001), quem identifica a essência da Constituição como uma decisão política fundamental.

O autor em questão, obedecendo ao propósito de depurar o conceito de constituição, procurou enquadrar o referido vocábulo – constituição – em quatro sentidos possíveis: a) sentido absoluto; b) sentido relativo; c) sentido ideal; d) sentido positivo.

Sobre esses quatro conceitos referidos e inebriados por Carl Schmitt, o constitucionalista José Afonso da Silva ministrou lições que se tornaram definitivas em nosso país, considerando a Constituição, em sentido absoluto, como um todo unitário, ou seja, sob tal perspectiva a Constituição é o próprio Estado. Deveras,

[...] o Estado é a constituição, a qual é a *concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um certo Estado; a forma de governo, modo concreto de supra e subordinação, forma especial de domínio; princípio do vir a ser dinâmico da unidade política, como formação renovada e ereção dessa unidade, a partir de uma força e energia subjacente ou operante na base; finalmente, dever-ser, regulação legal fundamental, isto é, um sistema de normas supremas, normas de normas, normação total da vida do Estado, lei das leis.* (SILVA, 2008, p.27)

Já sob a perspectiva relativa, a Constituição compreende um conjunto de leis constitucionais formalmente idênticas. Em sentido ideal, a Constituição aflora em documento escrito correspondente a certo ideal de organização política, no qual se acolha determinados valores e ideologias, considerados como únicos legítimos. Por isso mesmo, sob tal perspectiva, a Constituição apresenta-se como um documento de conteúdo político e social. O

conceito positivo, por sua vez, é frequentemente utilizado para designar a organização jurídica fundamental.

Com efeito, para Schmitt (2001), a Constituição, sob tal prisma, significa, essencialmente, decisão política fundamental, vale dizer, uma decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política.

Para se ter uma verdadeira noção de Constituição, parte Schmitt (2001) de uma diferenciação que reputa essencial entre *Constituição* e *leis constitucionais*. Logo, no entender do eminente constitucionalista, há no texto de uma Constituição normas que dizem respeito a uma decisão política fundamental; normas que se sobressaem por versarem sobre temas fundamentais da organização política de uma determinada comunidade, tais como direitos individuais, regime político, estrutura e órgãos do Estado etc. Todas as demais normas, por não apresentarem tal relevância, e estarem envolvidas e secundarizadas por aquelas decisões fundamentais, revelam-se simples leis constitucionais, e como tais, se prestam à defesa de interesses particulares de facções ou grupos. Na realidade, as normas tidas como leis constitucionais figuram no texto constitucional para se resguardarem contra possíveis modificações por meio de leis ordinárias.

De fato,

[...] enquanto as *leis constitucionais* podem ser reformadas, pelo processo de reforma constitucional geralmente previsto nas Constituições normativas, as *decisões políticas fundamentais* (a Constituição) jamais podem ser reformadas, uma vez que correspondem à própria substância e essência da Constituição. Ou seja, são a alma da Constituição, que integram a sua parte imutável. Outro efeito da distinção consiste em que, segundo Schmitt, nas chamadas situações constitucionais de crise (estado de sítio) somente as leis constitucionais podem ser suspensas, nunca as decisões políticas fundamentais. '*La Constitución es intangible, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas Del estado de excepción*'. (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.80)

Na realidade, os conceitos ora trabalhados por Schmitt (Constituição e lei constitucional) nada mais são que os conceitos amplamente difundidos na doutrina

constitucionalista de Constituição material e Constituição formal. Com isso, a Constituição material está para Constituição o que a Constituição formal está para a lei constitucional.³

1.3 CONSTITUIÇÃO NA CONCEPÇÃO JURÍDICA

Por fim, cumpre-nos, ainda que sem a pretensão de exaurir o tema, fazer uma abordagem do termo *Constituição*, sob a dimensão *jurídica*.

O conceito jurídico é frequentemente utilizado para designar a organização jurídica fundamental. Sob esse enfoque, a Constituição é vista “essencialmente como *norma jurídica*, norma fundamental, ou lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica de um país” (SILVA, 2008, p.29).

Fazendo referência à concepção jurídica, García-Pelayo apresenta-nos o verdadeiro conceito de Constituição, asseverando tratar-se de “um complexo normativo estabelecido de uma só vez, na qual, de uma maneira total, exaustiva e sistemática, se estabelecem as funções

³ A Constituição material, correspondendo ao conceito de Constituição política de Carl Schmitt, é o conjunto de normas, escritas ou não escritas (portanto, costumeiras), que tratam de temas tipicamente fundamentais de Estado, versando sobre a estrutura do Estado, a distribuição da competência, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais. Segundo Otto Bachof, “Por Constituição em sentido *material* entende-se em geral o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objectiva mas funcionalmente, então a Constituição em sentido material será o ‘sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador’. A questão da relação do conceito material de Constituição com o direito *supralegal* deve por agora deixar-se aqui em suspenso” (BACHOF, 2009, p.39-40). Sob esse enfoque, todo o Estado terá sua Constituição. Na Inglaterra, por exemplo, somente se conhece uma constituição material. A Constituição formal, por sua vez, que corresponde ao conceito dado por Schmitt à lei constitucional, se manifesta em um documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, quer digam suas normas sobre matérias tipicamente constitucionais ou não. (SAMPAIO, 1954) O que importa é a forma como a norma é introduzida no ordenamento jurídico. Por isso é ela resultado do trabalho do poder constituinte. Como bem lembra Nelson Sampaio, o sentido material era o único admitido antes do surto das constituições escritas. Hoje, esse conceito foi superado pelo sentido formal. “Êste, na verdade, apresenta-se quase coincidente com a noção de constituição escrita. Onde predomina o critério formal, a tarefa do intérprete, quando procura identificar o que seja ‘constitucional’, está sumamente facilitada, ao contrário do que sucede no sistema inglês. Bastará, para tanto, compulsar o texto da constituição e verificar que nele se contém.” (SAMPAIO, 1954, p.18) Ainda na esteira do pensamento sufragado por Nelson Sampaio em relação à constituição formal, sustenta-se que as normas formais usadas para esse fim apresentam-se hierarquicamente superiores às demais normas legais. Trata-se de uma característica que não se mostra essencial à definição do conceito formal de constituição, se prestando apenas à sua perfeição. (SAMPAIO, 1954)

fundamentais do Estado e se regulam os órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles. A constituição é, pois, um sistema de normas” (*apud* SILVA, 2008, p.29).

Prestigiando entre nós tal concepção, encontramos nas lições de Celso de Bastos a seguinte manifestação:

Dentre todas as conceituações de Constituição, a mais relevante para o direito brasileiro é aquela calcada no critério formal. Isso porque as classificações, as categorizações ou as conceituações apenas apresentam relevância diante do direito, na medida em que a elas se faça corresponder um regime jurídico próprio, vale dizer, um feixe de normas pertinentes. (BASTOS, 2001, p.48)

Os constitucionalistas Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior se mostram seduzidos pelo conceito jurídico de Constituição. Nos dizeres dos notáveis mestres, o mais importante é

[...] buscar um conceito jurídico que, a um só tempo, consiga delimitar seu alcance e explicar seu conteúdo.

Para tanto, é fundamental que recuperemos algumas noções básicas. A primeira delas é a de que a Constituição é documento básico de um Estado, vale dizer, é a sua constituição. Ajustada a esse enfoque, sua finalidade há de compreender, ao menos, a regulamentação dos elementos estruturantes do Estado, ou seja, território, governo povo e finalidade.

Ao lado desses fatores constitutivos do Estado, é ingênita à noção de Constituição a fixação de limites que estabeleçam qual o âmbito de atuação do Estado e qual a esfera do domínio individual. Assim, qualquer Constituição deve abrigar as normas definidoras dos direitos fundamentais do indivíduo, pena de desfiguração de sua própria razão de existir. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p.31)

E a partir desses parâmetros apontados, os aludidos autores conceituam a Constituição como

[...] a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p.41)

No mesmo sentido, Pinto Ferreira aduz (1999, p.09): “As Constituições são, assim, documentos que retratam a vida orgânica da sociedade, e nenhuma delas foge ao impacto das forças sociais e históricas que agem sobre a organização dos Estados.”

Mas foi em Hans Kelsen⁴ que encontramos a figura do ferrenho defensor do conceito puramente jurídico de Constituição. Segundo escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p.37), citando Kelsen, a Constituição é o conjunto de normas que regem a produção do direito, isto é, “o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”.

Como deixa entrever em sua tão festejada quanto rebatida obra – Teoria Pura do Direito - Hans Kelsen procura descrever o direito tal como ele é. Para tanto, propõe conhecer o objeto do Direito, buscando responder à indagação o que é e como é o Direito. Nos dizeres do próprio Kelsen, a “Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial” (KELSEN, 1999, p.01). E conclui o jusfilósofo de Viena:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1999, p.01)

Assim, ao construir o seu modelo teórico do Direito, Kelsen rompe com a ideologia tradicional da ciência jurídica, que procurava associar o Direito com a ética, sociologia, política etc. Isso não quer dizer, porém, que o autor de Viena ignore a relação porventura

⁴ Conforme lição de José Afonso da Silva, a concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*. “De acordo com o primeiro, constituição significa a *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental de validade da constituição jurídica-positiva. Para manter fiel ao seu normativismo puro, Kelsen não pode admitir como fundamento da constituição positiva algo real, qualquer dado ou elemento sociológico, político ou filosófico, como a vontade popular, o direito natural ou o bem comum. Foi obrigado a procurar um fundamento também normativo para a constituição, e, como esta já é, por definição, norma *hipotética* meramente pensada, que existe apenas como um *pressuposto lógico* da validade das normas constitucionais positivas, que consistiria num mandamento mais ou menos deste tipo: *conduza-se na forma ordenada pelo autor da primeira constituição*. A constituição *jurídico-positiva*, na concepção kelseniana, equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau; ou certo documento solene, conjunto de normas jurídicas que somente pode ser alteradas observando-se certas prescrições especiais. Conceito que bem revela a preocupação normativista da teoria pura do Direito. (SILVA, 2008, p.30-31)

existente entre o Direito e essas disciplinas, entendendo apenas que as perspectivas sociológica e filosófica, quando relacionadas com a norma jurídica, situam-se no campo metajurídico, isto é, o estudo sociológico e filosófico não compete ao jurista, mas sim ao sociólogo e filósofo, pois a ciência jurídica já recebe a norma pronta e acabada, sendo certo que todas as investigações sociológicas, filosófica e políticas se localizam além dos contornos da ciência jurídica. Mesmo porque, como bem adverte Maria Helena Diniz,

Feitas as purificações anti-sociológicas e antiideológicas, Kelsen constitui, como objeto específico da ciência jurídica, a norma de direito. O jurista teórico deve tão-somente conhecer e descrever tal norma, mediante proposição jurídica.

Creemos chegada a oportunidade de deixar bem claro que esse pensador não negou a utilidade sociológica do direito, nem mesmo sustentou que a justiça não existe, pois em inúmeras passagens de suas obras chega até a admitir a possibilidade de considerações axiológicas, não permitindo apenas que essas lucubrações sejam feitas pela ciência jurídica. Kelsen, ao construir sua peculiar metodologia jurídica, fundada no princípio da ‘pureza metódica’ estabeleceu ao lado da ciência do direito uma teoria de justiça e uma investigação sociológica do direito. Combateu, tão somente, o sincretismo metodológico de uma ciência do direito imbuída de sociologismo e política. (DINIZ, 2010, p.119)

Logo, para o mestre austríaco, o Direito deve ser tomado em seu sentido reducionista, procurando visualizá-lo como um conjunto de normas jurídicas prescritivas de condutas humanas. E para estudar a norma jurídica, Kelsen introduziu em sua obra o dualismo neokantiano do *ser* e do *dever ser*, considerando o *dever ser* como expressão da normatividade do Direito, cuja estrutura, que evoca a relação de imputação entre o ilícito e a sanção, pode ser assim enunciada: *uma vez realizada a conduta “A” deve ser a sanção “B”*. A estrutura proposicional, portanto, apresenta-se com o antecedente “A” ligado deonticamente, por meio do verbo *dever ser*, ao conseqüente “B”.

A par dessas informações, deduz-se que o Direito, na Teoria Pura, não deve ser analisado sob o ponto de vista do fato social ou admitido a partir de considerações axiológicas. Kelsen pretende, com isso, separar o Direito de outras disciplinas do conhecimento humano, ao concebê-lo como uma ordem normativa, isto é, como um sistema de normas regulatórias de condutas humanas. E segundo o autor, “uma norma que representa o fundamento de validade de outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior” (KELSEN, 1999, p.215). E o

fundamento último de validade é simbolizado pela norma fundamental, que confere coerência e unidade do Direito, fechando o sistema jurídico. Assim,

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 1999, p.217)

Logo, partindo-se da premissa de que a norma jurídica retira o seu fundamento de validade em outra norma que em relação a ela é anterior e superior, e evitando-se sucumbir-se no regresso ao infinito, Kelsen propõe parar numa norma considerada tanto *pressuposta* quanto a mais elevada do sistema. Essa norma é a *norma fundamental*. Diz Kelsen sobre a referida norma:

Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. (KELSEN, 1999, p.222)

Comentando sobre a norma fundamental, felizes são as colocações de Norberto Bobbio:

Note bem: a norma fundamental não é expressa. Mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar um sistema normativo é preciso uma norma última além da qual seria inútil ir. Todas as polêmicas sobre a norma fundamental resultam da falta de compreensão da sua função. Posto um ordenamento de normas de diferentes providências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam reduzidas a unidade. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no topo do sistema não se estabelece uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem. Essa norma única só pode ser aquela que impõe a obediência ao poder originário do qual provêm a constituição, as leis ordinárias,

os regulamentos, as decisões judiciais etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não encontraríamos o *ubi consistam* do sistema. E essa norma última só pode ser aquela da qual deriva o poder primeiro. (BOBBIO, 2010, p.220-221)

Para enclausurar o sistema jurídico, Kelsen (1999) utiliza-se de uma norma *hipotética* que serve de fundamento de validade global do ordenamento jurídico, muito embora não tenha sido ela editada por nenhum ato de autoridade. Afinal, trata-se de norma não *posta*, mas sim *pressuposta*. Com efeito, a norma hipotética fundamental existe para impor obediência à Constituição e às normas jurídicas por ela fundamentadas. Ou seja, “a norma fundamental, portanto, não é positiva, mas hipotética e prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica” (COELHO, 2000, p.29).

Quer dizer, a norma fundamental, em cujo ponto nele se inicia – porquanto se apresenta como o ponto de partida de instauração, criação do Direito – e nele se termina – já que atua fechando o sistema -, existe pragmaticamente para fazer cumprir a Constituição e as demais normas jurídicas que lhe são decorrentes. E é exatamente por isso que ela pode “ser designada como *constituição no sentido lógico-jurídico*, para a distinguir da *Constituição em sentido jurídico-positivo*” (KELSEN, 1999, p.222, *grifo nosso*). A Constituição no sentido *jurídico-positivo*, e, portanto, a Constituição *posta* é lembrada como a norma jurídica que confere validade a todo o ordenamento jurídico-positivo, dando-lhe coerência e ocupando o ápice do ordenamento jurídico-estatal. Já a Constituição no sentido *lógico-jurídico* é reconhecida como a norma hipotética fundamental, ou seja, a norma pressuposta que atua como fundamento lógico transcendental de validade da própria Constituição jurídico-positiva. (SILVA, 2011, p.39)

Essa digressão feita sobre as diversas teorias constitucionais é voltada para demonstrar a equivocidade do vocábulo *Constituição*, mas, como bem adverte Meirelles Teixeira, essa abordagem plúrima é natural, uma vez que

A diversidade dos fundamentos que lhe são atribuídos, dos fins visados, dos pontos de vista quanto à validez desses fins, ou quanto às técnicas consideradas mais aptas a alcançá-los – diversidade que também reflete as origens, a condição social, o temperamento, a formação moral, os interesses ou a cultura de cada indivíduo -, produz, por sua vez, aquela diversidade de conceitos, que refletem o modo de ser historicamente concreto das Constituições, e daí poder-se falar em Constituição liberal, democrática, individualista, social, real, material,

ideal, formal, socialista, reacionária, totalitária, etc. (TEIXEIRA, 1991, p.45)

1.4 CONCEITO ADOTADO DE CONSTITUIÇÃO

De fato, pelas várias concepções registradas, percebe-se que a definição de Constituição é uma das tarefas mais árduas que tem pela frente o operador do direito.

Devemos, porém, confessar que a teoria da constituição que mais nos atrai, até mesmo em razão dos fins a que esse estudo se destina (que buscará justificar a supremacia da Constituição ancorada na ideia do direito como sistema), é a que considera, na linha de raciocínio desenvolvido por José Afonso da Silva, a Constituição como um *sistema* de normas jurídicas, a lei fundamental do Estado, porém não como norma pura, e, por via de consequência, desatrelada à realidade social e despojada de conteúdo valorativo. Vale dizer, a “constituição há de ser considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário” (SILVA, 2008, p.35). Seria melhor, ainda, reforçar tal assertiva, afirmando, como deixam entrever os *Escritos* do próprio Konrad Hesse, que a Constituição é uma ordem jurídica fundamental da comunidade. Como tal, ela

[...] fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar La unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y El procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución <el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la confirmación jurídica de una Comunidad. (HESSE, 1983, p.16-17)

Não se deve, de fato, esquecer o “caráter aberto e amplo”; “o caráter incompleto” que Hesse quer emprestar à Constituição, porque se dirige a uma sociedade dinâmica, viva, cheia de ideologias, cujos reclamos precisam ser atendidos. Tal abertura é necessária ante ao

fato da Constituição ser um conjunto de normativo que se destina a regular as relações de vida historicamente cambiantes, pois se “La Constitución quiere hacer posible La resolución de las múltiples situaciones críticas historicamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente ‘*aberto al tiempo*’” (HESSE, 1983, p.19).

Deveras, a Constituição (sistema) e a realidade histórico-concreta de seu tempo (ecossistema) estão numa constante relação de interação, condicionando-se mutuamente. Assim, se de um lado a Constituição reflete a realidade social, de outro procura moldá-la e dirigi-la. Cabem, portanto, aos juízes e operadores do direito solucionar essa constante dialética entre a Constituição e a sociedade para a qual ela foi idealizada, em um verdadeiro processo de tese, antítese e síntese.

E o controle de constitucionalidade deve ser exercido à luz dessas considerações que giram ao redor da noção de Constituição: uma ordem jurídica fundamental de uma comunidade, funcionando como fundamento último de validade, de caráter inacabado e incompleto, que, por isso mesmo, não só reflete as aspirações concretas da sociedade de seu tempo, como também abre a outros reclamos sociais que surgirem.

Logo, cingiremos a enunciar essa noção de Constituição como uma ordem jurídica fundamental, uma vez que ela possui uma ideia de abertura constitucional, permitindo a correlação entre o controle de constitucionalidade (que pressupõe uma Constituição formal e rígida) e a dinâmica do processo social (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.1001).

1.5 IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Veremos oportunamente, com mais profundidade nos capítulos seguintes, que até a 2ª. Guerra Mundial, a Constituição da República não tinha um valor jurídico tal como concebemos hoje. A força efetiva dessa Constituição era reduzida. Por todo o tempo que vigorou na Europa o princípio da supremacia do Parlamento, segundo o qual a vontade do povo se expressava por meio das leis, e, portanto, por intermédio do Parlamento, a ideia de uma Constituição que viesse a impedir que determinadas leis fossem elaboradas não era sustentável. Se havia controle, este era feito internamente, pelos próprios congressistas,

levando à presunção de que tudo o que fosse elaborado pelo Parlamento estava em conformidade com a Constituição.

Lançando olhos sobre a evolução do pensamento constitucionalista, mormente na Europa, que culminou na ideia de uma Constituição como valor de norma – e de norma suprema do ordenamento, os eminentes constitucionalistas Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco relatam que

A falta de operatividade jurídica da Constituição se devia à sobrevalorização da supremacia da lei e do parlamento.

Essa concepção de supremacia incontrastável do Parlamento debilita o valor efetivo da Constituição. A Constituição não se encontra, nesse contexto, protegida contra o Legislativo que, à época, se afirmava como o poder nacional.

A supremacia do Parlamento tornava-se impensável um controle judiciário das leis. Além disso, os revolucionários franceses devotavam especial desconfiança aos juízes, vistos como potenciais adversários na Revolução. O Judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial.

[...]

A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva, e, portanto, com valor jurídico de menor tomo, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema de proteção da Constituição, isto é, do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e no primeiro quartel do século XX. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.181-190)

Esse fenômeno de uma Constituição sem proteção efetiva foi realmente sentido nas primeiras décadas do século XX, momento em que se começou a verificar que mesmo as Constituições que albergavam os direitos fundamentais dos mais avançados não conseguiam frear o avanço do regime totalitário. Impunha-se, com essa constatação, a descoberta de novas fórmulas de controle do poder do Estado. Os direitos postos na Constituição deveriam ter uma eficácia mais acentuada, uma eficácia jurídica que os tornassem aplicáveis de pronto, que não os deixassem na dependência do Parlamento. Não adiantava ter uma Constituição tão desenvolvida, evoluída - e nesse ponto tem-se a Constituição de Weimar como maior exemplo, - sem que se pudesse extrair desses direitos proclamados na Constituição uma efetividade social e jurídica própria, vale dizer, sem que pudesse reclamar de ações do Poder Público destoantes da proclamação dos direitos fundamentais. Pensou-se, então, numa fórmula que fizesse vincular os Poderes a essas postulações de respeito aos direitos

fundamentais, de modo a torná-los efetivos. A fórmula encontrada foi essa: proclamar os direitos fundamentais na Constituição e assegurar-lhes a efetividade. Esses direitos seriam vistos como direitos proclamados por um poder superior aos poderes da república (executivo, legislativo e judiciário). Estes poderes seriam criados a serviço desses direitos fundamentais; estariam a estes subordinados e vinculados. Mas como fazer isso? De que adiantava uma Constituição se dizer superior aos poderes públicos que ela criava, se não houvesse um meio para assegurar a efetividade dessa proclamação? A saída que se encontrou foi a adaptação de uma realidade que os americanos já conheciam muito bem desde o século XIX. Foi criar um mecanismo de controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos. Dessa forma, a proclamação dos direitos fundamentais não se traduziria em propósito jurídico desvestido de efetividade. Isso porque, se os poderes constituídos desrespeitassem esses direitos fundamentais, se desgarrassem do que esses direitos fundamentais pretendiam, havia sinais para que um órgão (na Europa se optou por um controle de constitucionalidade concentrado) apontasse o dedo para essa falha (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.186-187).

E por que esses direitos fundamentais vinculam os poderes constituídos?

Porque eles são proclamados por um poder que está acima dos poderes constituídos, isto é, ditados por um poder que dá início ao ordenamento jurídico. É proclamado pelo poder constituinte originário⁵.

Passou-se, assim, a reconhecer um valor jurídico à Constituição, o que estará assegurado pelo mecanismo de controle de constitucionalidade. Esse valor jurídico foi considerado como relevante porque se viu nisso uma forma de assegurar um direito fundamental. Enfim, essa foi a fórmula encontrada para que essas postulações de respeito aos direitos fundamentais fossem eficientes.

A posição de incontrastável força condicionante da Constituição exige a tutela da ordem normativa nela formalmente plasmada.

⁵ Coube ao abade Emmanuel Joseph Sieyès teorizar sobre a existência de um poder inerente à nação: poder de constituir a Constituição. Nas palavras de Sieyès: “Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte.” (SIEYÈS, 1997, p.94) Diga-se, aliás, que esse poder é eminentemente político. Não tem limites jurídicos impostos pelo direito. Nesse sentido são os ensinamentos de José Horácio Meirelles Teixeira: “O ordenamento jurídico estatal, cuja cúpula é a Constituição, somente pode encontrar seu fundamento fora do Direito Positivo, porque o valor dos princípios, das normas constitucionais, não se pode explicar à base de considerações puramente jurídicas, mas de princípios e valores transcendentais ao Direito Positivo.” (TEIXEIRA, 1991, p.199) Lúcida é a lição de Schmitt: “Poder Constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão conjunta sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo.” (SCHMITT, 1982, p.93-94)

O mecanismo do controle de constitucionalidade, por via de consequência, passou a ser, dentro desse contexto, a garantia da superioridade da constituição.

1.6 PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade está fundado em determinados parâmetros sem os quais o sistema não pode existir. Podemos, assim, resumir os pressupostos do controle de constitucionalidade em quatro grandes categorias: supremacia da Constituição, parametricidade constitucional, a constituição como fundamento último de validade e as normas do sistema jurídico sobre as quais incidem o exercício do controle

Por razão de ordem metodológica e melhor compreensão dos pressupostos, preferimos dividi-los em subitens. É o que passamos a fazer.

1.6.1 Supremacia constitucional

Primeiramente, só há controle de constitucionalidade quando se estiver diante de um princípio básico que rege todo o constitucionalismo⁶ moderno: a ideia de supremacia ou suprallegalidade da Constituição, decorrente da formalidade e rigidez de suas normas e da organização sistêmica do Estado.

Em primeiro lugar, deve-se distinguir a Constituição formal da Constituição material. Esta, correspondendo ao conceito de Constituição política de Carl Schmitt (2001), é o conjunto de normas, escritas ou não escritas (portanto, costumeiras), que regulam a estrutura do Estado, a organização do poder, a distribuição da competência e os direitos e garantias fundamentais. Como assevera Paulo Bonavides,

⁶ O tema receberá um tratamento distinto no capítulo 2, para onde remetemos o leitor às considerações mais apropriadas sobre o assunto.

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais e sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição. (BONAVIDES, 2008, p.80)

Sob esse enfoque, todo o Estado terá sua Constituição. A Constituição formal, por sua vez, que corresponde ao conceito dado por Schmitt (2001) à lei constitucional, se manifesta em um documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, quer digam suas normas sobre matérias tipicamente constitucionais ou não. O que importa é a forma como a norma é introduzida no ordenamento jurídico. Por isso é ela resultado do trabalho do poder constituinte. Como bem lembra Nelson Sampaio, o sentido material era o único admitido antes do surto das constituições escritas. Hoje, esse conceito foi superado pelo sentido formal.

Êste, na verdade, apresenta-se quase coincidente com a noção de constituição escrita. Onde predomina o critério formal, a tarefa do intérprete, quando procura identificar o que seja 'constitucional', está sumamente facilitada, ao contrário do que sucede no sistema inglês. Bastará, para tanto, compulsar o texto da constituição e verificar que nele se contém. (SAMPAIO, 1954, p.18)

Ainda na esteira do pensamento sufragado por Nelson Sampaio em relação à constituição formal, sustenta-se que as normas formais usadas para esse fim apresentam-se hierarquicamente superiores às demais normas legais. Trata-se de uma característica que não se mostra essencial à definição do conceito formal de constituição, se prestando apenas à sua perfeição. Esse traço é o que, realmente, irá fazer distinguir a constituição rígida da flexível. Cuida-se de uma classificação que, ao lado das constituições imutáveis e fixas, procura resgatar a problemática da reforma constitucional.

Quem elabora uma Constituição, pretende que ela dure no tempo. É dizer, o poder constituinte originário pretende com a elaboração de a Constituição introduzir um texto duradouro. Por vezes até se acredita ter encontrado a melhor normação para a vida política daquela comunidade. Essa tentativa, no entanto, de se produzir constituições imutáveis acabam se tornando, na prática, ingênuas. De fato, toda tentativa de se introduzir uma Constituição insuscetível de ser modificada é uma tentativa vã, que irá se esbarrar na realidade dos fatos. A Constituição de 1791 da França, por exemplo, tinha a pretensão de

durar 30 anos. Nesse período, a França se viu reger por seis constituições (rupturas com a ordem constitucional). Essas tentativas de se fazer um texto engessado, imune aos eventos futuros são um convite ao efeito nefasto das contínuas rupturas da ordem constitucional (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.213).

De outro lado, a flexibilidade da Constituição – cuja alteração se perfaz pelo mesmo procedimento do poder legislativo ordinário – pode levar à sua banalização, pela facilidade de sua reforma.

Entre a trivialização de um texto que é concebido para ser vital à sociedade e o engessamento excessivo desse texto, a saída que se encontrou foi permitir uma mudança da Constituição, mediante um procedimento mais dificultoso, se comparado com aquele que se exige para a elaboração de normas ordinárias. O poder constituinte originário, então, prevê a possibilidade de seu texto vir a ser modificado por um poder que ele próprio cria, com relação ao qual se fixa as condições do exercício de suas atividades e com relação ao qual se estabelece também, de modo expresso, limites de ação. Quando isso acontece, fala-se em Constituição rígida. Rígidas, portanto, são as constituições que somente são alteráveis por meio de um procedimento mais complexo e dificultoso do que aqueles próprios previstos para o poder legislativo ordinário. Ora, o que Poder Constituinte de reforma prevê, então, é a possibilidade de o texto ser modificado com a finalidade de preservar as ideias essenciais, os princípios estruturantes, o núcleo básico do seu trabalho, isto é, aquele eixo axiológico que inspirou a elaboração do texto constitucional. E o que não for essencial, permite-se a supressão pelo poder constituinte de reforma (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.214).

E o tema do controle de constitucionalidade só ganha proeminência quando se está diante de Constituição formal e rígida.

De fato, em razão da supremacia constitucional, todas as normas do ordenamento jurídico devem guardar uma relação de compatibilidade vertical com a Constituição, sob pena de receber censura e ser afastada do sistema jurídico positivado por meio do mecanismo de controle de constitucionalidade.

Luis Roberto Barroso (1999) entende que a supremacia da Constituição, tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes, somente se verifica onde existe uma Constituição rígida.⁷

⁷ Em sentido oposto ao defendido por Barroso em matéria de rigidez constitucional aparece a posição de Pinto Ferreira, para quem todas as Constituições, sejam elas rígidas ou flexíveis, escritas ou costumeiras, estão

Em uma Constituição rígida⁸, a superioridade das normas constitucionais se revela por meio da exigência de um procedimento de alteração mais solene e dificultoso do que para o processo de elaboração de leis ordinárias.

De fato, em se tratando de tema do controle de constitucionalidade, tal como hoje concebemos, a existência de rigidez constitucional parece ser algo indiscutível.

Essa formulação ficou consagrada na doutrina de Meirelles Teixeira, conforme se deduz do trecho a seguir:

A noção de inconstitucionalidade das leis ordinárias à Constituição é paralela, portanto, à rigidez constitucional, à guarda ou de defesa daquela. Efetivamente, se a Constituição é suprema na hierarquia das normas, e essa supremacia decorre de razões políticas e jurídicas poderosíssimas (estabilidade do Estado e da ordem jurídica, segurança dos direitos civis e políticos dos indivíduos), é bem verdade de ver-se a necessidade imprescindível, em que se encontra a própria Constituição, de organizar um sistema ou processo adequado de sua própria defesa, em face dos atentados, que possa sofrer, quer dos Parlamentos, através das leis ordinárias, quer dos órgãos e agentes executivos, seja através de atos normativos, como os regulamentos, as instruções etc., seja mediante atos administrativos praticados pela Administração. Ora, é justamente a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda das Constituições rígidas, frente a tais ataques, que hoje se denomina 'controle de constitucionalidade'. (TEIXEIRA, 1991, p.372-373)

Logo, somente podemos falar em controle de constitucionalidade a partir da noção da supremacia das normas constitucionais, decorrente da existência de uma Constituição formal e rígida.

Ademais, a ideia do direito como sistema é outro argumento utilizado para justificar a supremacia da Constituição.

Ora, a unidade do sistema resulta do fato da Constituição atuar como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Dito de outra forma, a validade é atributo relevante

adotadas de superioridade em relação às demais normas jurídicas. Para Pinto Ferreira, a superioridade, a proeminência das normas constitucionais é reconhecida por quase todos os juristas. (PINTO FERREIRA, 1971, p.132)

⁸ A atribuição de características rígidas às Constituições generalizou-se a partir da classificação dicotômica já consagrada por James Bryce em Constituição rígida e Constituição flexível. O invulgar constitucionalista britânico chamou de rígidas “as Constituições que possuem uma autoridade superior à das outras leis do Estado e são modificadas por procedimentos diferentes daqueles pelos quais se editam e revogam as demais leis, chamando de flexíveis as que estão no mesmo nível das outras leis do País” (*apud* RAMOS, 1994, p.53).

que confere ao sistema coerência, coesão. Não discrepa desse entendimento o jurista pernambucano Lourival Vilanova, para quem

A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento-de-validade desse sistema – a Constituição positiva, ou em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental. A unicidade decorre da possibilidade também gnosiológica de se poder conceber todo o material jurídico dado como um só sistema. (VILANOVA, 1997, p.180)

Esse vínculo jurídico-positivo e lógico-jurídico, por meio do qual uma norma retira o seu fundamento de validade numa outra norma que lhe é superior foi esclarecida, como já relatado nesse trabalho por Hans Kelsen. Rememora-se que, para ele, a norma hipotética fundamental (pressuposta) serve de fundamento lógico transcendental de validade da própria Constituição jurídico-positiva, impondo que esta seja cumprida.

É por isso que a Constituição atua como a *norma positiva suprema*, isto é, o fundamento jurídico-positivo de validade de todo o ordenamento jurídico, ocupando, por via de consequência, o vértice do ordenamento jurídico do Estado. Com efeito, “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado” (KELSEN, 1998, p.247).

1.6.2 Parametricidade Constitucional

Na mesma linha de desdobramento de todo o raciocínio desenvolvido até então nesse tópico, chega o momento de identificar e apontar o segundo pressuposto do controle de constitucionalidade: *a parametricidade constitucional*.

Todo o controle deve ter um parâmetro. No caso do controle de constitucionalidade, a regra é que toda a Constituição formal funcione como paradigma para o controle. Mas seria só a Constituição formal que poderia servir de parâmetro constitucional? E os princípios implícitos, tratados, e outras normas infraconstitucionais que, a despeito de não constarem na Constituição, tratam de matéria constitucional? Poderiam ser considerados parâmetro para o controle?

É por tais razões que se torna relevante compreender com exatidão o significado que emerge do conceito de bloco de constitucionalidade. Segundo lições precisas de Canotilho:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a *ordem constitucional global*, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo <espírito> ou pelos <valores> que informam a ordem constitucional global. (CANOTILHO, 2002, p.911, *grifos no original*)

Vale ressaltar que a ideia de bloco constitucional é devedora da decisão do Conselho Constitucional francês, que começou a dizer, a partir de 1971, que não só os 92 artigos da sintética Constituição de 1958 serviriam de parâmetro ao controle. Ora, o Conselho começou a afirmar que outras normas, dentre elas a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais das leis da República ali referidos, ricos sob o prisma principiológico, incorporavam-se à Constituição de 1958, devendo servir igualmente de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Com isso, o controle passou a ser realizado não mais apenas em face da Lei Maior, mas também em relação a um catálogo de normas constitucionais e supraconstitucionais de ambição e aceitação universais (GOMES, 2003, p.10; BARROSO, 2010, p.32). Os franceses elaborariam, assim, a doutrina do “bloco constitucional”, que na visão de Bidart Campos

(1995), consubstanciaria o conjunto normativo de normas que não estão formalmente na Constituição formal, mas que tratam de matéria constitucional.⁹

Sucedem que, no nosso sistema constitucional, não é todo o bloco de constitucionalidade que pode funcionar como parâmetro de constitucionalidade, mas somente os princípios implícitos.¹⁰ Isso porque, nesse particular, é preciso lembrar, segundo escólio de

⁹ “Na Espanha, assim como em Portugal e na Costa Rica, o controle de constitucionalidade abrange não somente o texto constitucional *stricto sensu*, mas também o ‘bloco de constitucionalidade’ (Espanha), que abrange, no âmbito da distribuição de competências legislativas entre o Estado e as Comunidades Autônomas, além das pertinentes normas da Constituição, os Estatutos das diferentes Comunidades Autônomas. Em Portugal, são inconstitucionais as normas que violam preceitos da Constituição (normas-preceito, normas-disposição, ainda que programáticas) e os princípios constitucionais expressos (normas-princípio) ou apenas implícitos. Já na Costa Rica, a Constituição é apenas a fonte principal do Direito, que é formado pelas normas, princípios e valores consagrados, expressa ou implicitamente, pela Constituição formal, pela Constituição material, pelo Direito Internacional ou Comunitário aplicável àquele país, e ainda pelos precedentes e jurisprudência constitucionais.” (STRECK, 2004, p.364)

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento que os princípios implícitos, juntamente com a Constituição Formal, funcionam como parâmetro constitucional. A propósito, confira o teor da ADI 514/PI, em cuja decisão o tema do bloco de constitucionalidade é tratado pormenorizadamente. Nesse julgado ficou assentado o seguinte: “Sendo assim, e quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem - a Constituição escrita, de um lado, ou a ordem constitucional global, de outro (LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, ‘El bloque de la constitucionalidad’, p.95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; J. J. GOMES CANOTILHO, ‘Direito Constitucional’, p. 712, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra, v.g.) -, torna-se essencial, para fins de viabilização do processo de controle normativo abstrato, que tais referências paradigmáticas encontrem-se, ainda, em regime de plena vigência, pois, como precedentemente assinalado, o controle de constitucionalidade, em sede concentrada, não se instaura, em nosso sistema jurídico, em função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor, ou, embora vigendo, tenham sofrido alteração substancial em seu texto. É por tal razão que, em havendo a revogação superveniente (ou a modificação substancial) da norma de confronto, não mais se justificará a tramitação do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. [...] A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. - A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo - ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) - a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes.’ (ADI 595/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ‘Informativo/STF’ nº 258/2002). Cumpre ressaltar, por necessário, que essa orientação jurisprudencial reflete-se no próprio magistério da doutrina (CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, ‘A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro’, p.225, item n. 3.2.6, 2ª ed., 2000, RT; OSWALDO LUIZ PALU, ‘Controle de Constitucionalidade - Conceitos, Sistemas e Efeitos’, p.219, item n. 9.9.17, 2ª ed., 2001, RT; GILMAR FERREIRA MENDES, ‘Jurisdição Constitucional’, p.176/177, 2ª ed., 1998, Saraiva), cuja percepção do tema ora em exame põe em destaque, em casos como o destes autos, que a superveniente alteração da norma constitucional revestida de parametricidade importa na configuração de prejudicialidade do processo de controle abstrato de constitucionalidade, eis que, como enfatizado, o objeto do processo de fiscalização abstrata resume-se, em essência, ao controle da integridade da ordem constitucional vigente. Vê-se, desse modo, que a promulgação das Emendas Constitucionais nºs 19/98 e 20/98, ocorrida em momento posterior ao do ajuizamento da presente ação direta, importou em alteração substancial das cláusulas de parâmetro invocadas para justificar a instauração deste processo de controle normativo abstrato, ensejando, assim, o reconhecimento - tal como preconizado pelo eminente Procurador-Geral da República - de uma típica situação caracterizadora de prejudicialidade apta a gerar a extinção anômala desta causa. Resta verificar, agora, se se revela viável, processualmente, a impugnação genérica deduzida contra o art. 12 da Lei Complementar nº 04/90, editada pelo Estado do Piauí. O eminente Procurador-Geral da República, ao opinar pelo não-conhecimento desta ação direta quanto a referido preceito normativo, enfatizou, com razão, que o autor, ao deduzir a sua pretensão de inconstitucionalidade, ‘não expôs [...] os fundamentos jurídicos do pedido com

Maria Garcia, que o artigo 5º, §2º admite a existência de “outros direitos e garantias”, além daqueles expressos na Constituição, “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, ou dos tratados internacionais firmados (GARCIA, 2000, p.99-106). E conclui a constitucionalista: “o termo *decorrente* (decursivo, derivado, conseqüente, segundo o *Dicionário Aurélio*) faz concluir, primeiramente, pela possibilidade de localização do preceito externamente à Constituição. Porquanto, se é decorrente *da* Constituição não deverá estar, necessariamente, contido *na* Constituição. Não expressamente” (GARCIA, 2000, p.99-106).

Isso foi feito adrede para mostrar que a parametricidade constitucional, no Brasil, é formada pela Constituição Formal e por princípios implícitos.

1.6.3 A Constituição como fundamento último de validade

Os pressupostos, afeiçoados nas ideias da supremacia da Constituição e da parametricidade constitucional, acabam determinando inexoravelmente que com esta todos os atos normativos devam guardar uma relação de compatibilidade vertical. Dito de outro modo, exige-se conformação material e formal de todos os atos normativos com a Constituição. Aliás, sobre tal aspecto, é de todo oportuno trazer à baila as considerações de Jorge Miranda, que assevera: “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido.” (MIRANDA, 1997, p.11)

E a incompatibilidade vertical de normas inferiores com a Constituição culmina com aquilo que a doutrina comumente denomina de inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público. (SILVA, 2011, p.47)

relação ao mencionado dispositivo infraconstitucional, limitando-se a transcrevê-lo, sem sequer apontar a norma constitucional supostamente violada’. Cumpre ter presente, neste ponto, considerado o que dispõe o art. 3º, I, da Lei nº 9.868/99, que não se conhece da ação direta, sempre que a impugnação nela deduzida revelar-se destituída de fundamentação jurídica, tal como ocorre, no caso, em relação ao art. 12, ‘caput’, da Lei Complementar nº 04/90. Cabe ressaltar, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que nada pode justificar uma alegação meramente genérica de ofensa à Constituição, pois incumbe, a quem faz tal afirmação, o dever de indicar, fundamentadamente, as razões justificadoras do suposto vício de inconstitucionalidade. [...]” (BRASIL, 2008c)

Também por este prisma é o entendimento de Clèmerson Merlin Clève, que perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que “a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou de vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional” (CLÈVE, 1995, p.34).

Dentro dessa perspectiva, reveste-se de invalidade o ato emanado do Poder Público que vulnerar, formal ou materialmente, os preceitos e princípios (expressos e implícitos) do texto constitucional.

O vício da inconstitucionalidade ou, simplesmente, o desvio da constitucionalidade pode se apresentar de diversas formas. A doutrina constitucional e a cotidiana atividade dos tribunais têm se esforçado por estabelecer um enquadramento do vício da inconstitucionalidade. É o que se passa a desvendar no próximo item.

1.6.3.1 O fenômeno da inconstitucionalidade

O caráter eminentemente fundamental e supremo das normas inscritas na Constituição Federal revela a sua autoridade normativa e impõe a conformação a seu conteúdo. Esse resolutivo poder de ordenação e de respeito da atividade estatal faz despontar o exercício do controle de constitucionalidade, pelo que qualquer ato dos órgãos estatais que venha a hostilizar os princípios e regras estatuídos na Carta Constitucional incorrerá em absoluta desvalia jurídica, já que o Estatuto Jurídico Fundamental tem capacidade de desqualificar qualquer norma que com ele esteja em rota de colisão.

No âmbito dos estudos advindos da teoria geral do direito civil, encontramos três planos dos atos jurídicos em geral que, apesar da relação de sucessão lógica entre eles, são discerníveis e inconfundíveis. Trata-se do plano de sua *existência*, o de sua *validade* e o de sua *eficácia*. Mesmo que essas categorias não tenham sido exploradas detidamente pelo direito público, não há como deixar de adotar a terminologia adequada e uniforme nesse trabalho para a fenomenologia da inconstitucionalidade.

Ora, considera-se existente o ato quando nele estão presentes os elementos necessários e definidos pela lei ao seu ingresso no mundo jurídico. A *contrario sensu*, seria inexistente, por exemplo, uma lei que não tivesse sido aprovada pela respectiva casa legislativa, pois a ausência de um elemento decisivo (manifestação de vontade) a impediu de ingressar no mundo jurídico. Nesse passo, segue-se que, em existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, submete-se ele a uma outra análise de plano, que é a verificação de sua validade (BARROSO, 2006a, p.13).

A validade é o atributo inerente da norma jurídica que tem a aptidão ou autoridade para vincular a conduta humana. É ela que gera a coerência do sistema, já que se origina da conformidade entre a lei infraconstitucional e a Lei Suprema. De outro lado, diz-se inválido o ato que não guarda relação de adequação vertical com o outro que em relação àquele é dotado de superioridade, isto é, as normas de grau superior atuam como fundamento de validade das inferiores e se estas não estiverem em conformidade com aquelas o ordenamento jurídico as considera inválidas. Cabe aqui indagar: e como eu sei que uma norma é inválida? A partir do momento em que se passa a compreender a validade sob duas dimensões: *formal e material*. Sob a dimensão formal, o ato é válido se, além de ser expedido por órgão previamente dotado de competência, respeita o processo de elaboração. Em relação ao aspecto material, a norma é válida em razão de seu conteúdo, ou seja, se o seu conteúdo está ou não autorizado pelo ato superior.

Logo, dentro do raciocínio aqui exposto, o problema da inconstitucionalidade localiza-se no plano da validade dos atos normativos, pressupondo a existência do ato e afetando-o no plano da eficácia (RAMOS, 1994, p.62). Ora, uma norma que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente, já que ingressou no mundo jurídico. Norma inconstitucional é norma inválida, por contrariedade aos requisitos impostos pela norma superior (BARROSO, 2006a p.13). Com efeito, uma norma que padece do vício da inconstitucionalidade não terá a aptidão para gerar os seus efeitos e dela não se irradiarão as consequências que lhe são próprias (plano da eficácia)¹¹.

Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato

¹¹ Sobre o tema, v. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

projeta para o plano seguinte, que é da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada. (BARROSO, 2006a, p.14)

Uma vez sabido que a norma inconstitucional é norma inválida, segue-se que o ordenamento jurídico lhe atribui dois tipos sancionatórios, aparente e mutuamente excludentes, que são as sanções de nulidade e anulabilidade.

Em defesa da teoria da anulabilidade, Hans Kelsen (1998, p.367) asseverava que a inconstitucionalidade consiste em mero pressuposto de anulabilidade e a decisão que a reconhece é constitutiva, produzindo eficácia *ex nunc*. De fato, o Tribunal Constitucional não seria criado para julgar pretensões concretas, mas sim o objetivo maior era fazer com que o órgão fosse encarregado de realizar o exame de compatibilidade abstrata entre uma lei e a Constituição.

Na aguda observação de Luis Roberto Barroso (2006a, p.21), Kelsen considerava que a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a declarar sua inconstitucionalidade. Por isso que a lei inconstitucional seria anulável. Ora, o exercício do controle de constitucionalidade não seria uma atividade tipicamente judicial, de modo que o Tribunal Constitucional atuaria como se legislador fosse, na condição de “legislador negativo”. Kelsen queria com isso evitar um governo de juízes, num período em que havia certa revolta dos juízes contra a lei. A teoria da anulabilidade da lei inconstitucional e do caráter constitutivo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade não teve adesão expressiva no ordenamento jurídico. Exceto pela Áustria, tal teorização não foi reconhecida nem mesmo na Alemanha, tampouco nos demais países da Europa.

Em posição diametralmente oposta, Marshall (*apud* HORTA, 1953, p.54), em *Marbury v. Madison*, sustentava, de há muito, a teoria da nulidade, ao afirmar que a invalidade de um ato normativo, por incidir em verdadeira desvalia jurídica, conduz, como regra, à aplicação da sanção mais grave, que é a de nulidade, fazendo com que a decisão que a reconheça – de caráter declaratório - projete seus efeitos *ex tunc* (retroativos) para fulminar de nulidade a lei impugnada e desconstituir todas as relações jurídica nela fundadas.

A doutrina constitucionalista brasileira adotou a teoria da nulidade das leis inconstitucionais. Não obstante vencedora, ela teve de ceder e abrir exceções. Foi assim que, a exemplo de outros países, como Portugal, a lei 9.868/99, em seu artigo 27, permitiu que o Supremo Tribunal Federal empregasse técnicas alternativas de decisão, comumente denominadas de “modulação dos efeitos temporais”. Isso porque há casos em que é melhor

afastar a incidência da teoria da nulidade da lei inconstitucional em prol da efetividade da ordem constitucional. Os detalhes dessa flexibilização serão tratados ao longo da dissertação.

1.6.3.2 Os tipos de inconstitucionalidade

Costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade formal e material, tendo em vista o tipo de norma constitucional atacado. Será material a inconstitucionalidade de uma lei que viola o conteúdo veiculado em norma constitucional; qualifica-se de formal a inconstitucionalidade de uma lei que ofende norma constitucional de competência, de forma ou de processo.

Para Meirelles Teixeira, a inconstitucionalidade material acontece

Quando a lei, pelo seu próprio conteúdo, isto é, em si mesma considerada, pelo sentido de seus mandamentos, pelos valores que encarna, pelos comportamentos que ordena ou proíbe, se mostra adversa, contraditória o infringente da Constituição, quer dos seus dispositivos expressos, quer dos princípios e direitos nela implicitamente consagrados. (TEIXEIRA, 1991, p.389)

A inconstitucionalidade formal, por sua vez, corresponde, segundo Marcelo Neves (1988, p.120), a uma questão nomodinâmica, pois “deriva de relações nomodinâmicas de um processo real de produção jurídica com conteúdos normativo-jurídicos que o disciplinam”. Em comentário à inconstitucionalidade formal, Meirelles Teixeira ensina que

A contradição entre a Constituição e a lei ordinária é exterior a esta, isto é, não diz respeito propriamente à matéria, ao conteúdo da lei, mas a um defeito de forma, ou a uma falta de competência do ente ou do órgão do qual promana, e daí denominar-se, também, incompetência extrínseca. (TEIXEIRA, 1991, p.389)

Também se costuma fazer uma distinção entre inconstitucionalidade originária e superveniente, partindo-se do momento em que o ato normativo tornou-se inconstitucional.¹² É originária a inconstitucionalidade quando ela é congênita ao nascimento do ato. É superveniente quando se manifesta posteriormente em face de uma alteração constitucional, de uma modificação interpretativa da Constituição (mutação constitucional) ou, ainda, em virtude de mudança nas circunstâncias fáticas. (CLÈVE, 1995, p.43)

Nesse sentido, Mendes chama a atenção para a importância da distinção, prelecionando, de modo esclarecedor, no sentido de que

[...] pré-constitucional e o direito constitucional superveniente resolve-se no plano do direito intertemporal, há de se reconhecer a competência de todos os órgãos jurisdicionais para apreciá-lo. Ao revés, se se cuida de questão de inconstitucionalidade, a atribuição deverá ser exercida pelos órgãos jurisdicionais especiais competentes para dirimir controvérsias dessa índole, segundo a forma adequada. A distinção entre inconstitucionalidade originária e superveniente depende, fundamentalmente, do próprio sistema adotado, podendo entender-se que a superveniência de norma constitucional importa na derrogação do direito anterior com ela incompatível. E, nesse caso, a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada com todas as suas implicações, no âmbito do direito intertemporal. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.1.016)

O Supremo Tribunal Federal rejeita, de há muito, a tese da “inconstitucionalidade superveniente”. Segundo o pensamento da Corte, leis nascidas sob a égide da ordem

¹² Os apontamentos feitos por Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco, quanto à repercussão que o tema provoca no estudo do vício formal da inconstitucionalidade, são dignos de nota: “Se a controvérsia relativa aos aspectos materiais do ato assume o caráter de uma autêntica *vexato quaestio*, parece dominar maior uniformidade, na doutrina, no que tange aos **aspectos formais**. Assenta-se que, no tocante aos pressupostos de índole formal, há de prevalecer o princípio do *tempus regit actum*. No mesmo sentido, assevera García de Enterría que ‘essa inconstitucionalidade superveniente há de referir-se expressamente à contradição dos princípios materiais da Constituição, e, não, às regras formais da elaboração das leis que a Constituição estabelece no momento presente. No Direito português, não se coloca em dúvida, igualmente, a intangibilidade dos pressupostos dos atos legislativos adotados em face de lei constitucional superveniente. Ressalta Canotilho que ‘a inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à contradição com as regras formais ou processuais do tempo da sua elaboração’. Da mesma forma, a matéria parece isenta de maiores controvérsias entre nós. Sepúlveda Pertence, ainda, como Procurador-Geral da República, enfatizou, em parecer de 10-3-1987, que a aferição originária do vício formal ‘é verdade tão axiomática que poucos autores se preocupam em explicitá-la’. Concluiu Sepúlveda Pertence: ‘Assim, ninguém discute, o Código Comercial, de 1850, sobrevive incólume à queda do Império, a cuja Constituição se submeteu a sua elaboração legislativa. Assim, também, o advento da Constituição de 1946, que não admitia decretos-leis, não prejudicou a constitucionalidade formal dos que se haviam editado sob o Estado Novo. De igual modo, é óbvio, a EC 6/63, abolindo a delegação legislativa, não afetou a validade formal da questionada LD 4/62, editada no exercício de delegação, ao seu tempo, permitida.’” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.1020-1021, *grifos no original*)

constitucional pregressa ao surgimento da Constituição vigente são por ela automaticamente revogadas ou recepcionadas. A esse propósito, vale mencionar o venerando acórdão exarado pelo Pretório Excelso, de cuja dicção depreende-se a rigidez dos argumentos trazidos quanto à inadequação do uso da expressão *inconstitucionalidade superveniente*: “Firmado no STF não poder ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade a incompatibilidade entre a lei e a norma constitucional superveniente – que se reduziria, segundo entendimento vitorioso, a mera revogação.” (BRASIL, 1998)

Esse estudo, no entanto, perde relevância prática no atual contexto da regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pois, conforme veremos, a Lei n. 9.982/99 admite a fiscalização abstrata do direito pré-constitucional em face da norma constitucional superveniente.

Outra classificação relevante é a que distingue inconstitucionalidade total e parcial. Aqui se considera a extensão que a invalidade assume em relação ao ato normativo. A inconstitucionalidade total é a que incide, por inteiro, sobre a lei ou ato normativo. Já a inconstitucionalidade parcial é a que atinge apenas uma parte da lei ou do ato normativo. Tal distinção permite fazer três combinações, conforme fórmula sugerida por Alf Ross: a) inconstitucionalidade total-total – o ato normativo é absolutamente incompatível com a Constituição e não deve ser aplicada em nenhuma hipótese; b) inconstitucionalidade total-parcial – a nulidade parcial acaba vulnerando a parte da lei que ainda não estava viciada, mas que se contaminou por derivação, tornando-se incompatível no todo com a Constituição; c) inconstitucionalidade parcial-parcial: somente uma parcela da lei ou do ato normativo contamina a Carta Magna. Nesse caso, somente a parte inconstitucional do diploma legal é que deverá ser conspurcado do ordenamento. (ROSS, 2007, p.158)

Por fim, cumpre-nos fazer menção a outro apontamento classificatório quanto ao vício da inconstitucionalidade. Trata-se da inconstitucionalidade progressiva (ou lei ainda constitucional ou situações inconstitucionais imperfeitas), o que ocorre quando, mesmo declarada uma lei inconstitucional, permite-se que ela continue produzindo seus efeitos até certo tempo, isto é, até a modificação de determinado estado fático. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre tal tema, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habitados ou estruturados. Os detalhes desse fenômeno serão abordados ao longo da dissertação.

1.6.4 As normas do sistema jurídico sobre as quais incidem o exercício do controle de constitucionalidade

Como é cediço, o controle de constitucionalidade consiste numa atividade de verificação da compatibilidade vertical da lei ou do ato do poder público com a Constituição.

De fato, no exercício de tal mister, se faz, a todo o momento, um juízo de adequação entre uma norma e outra que lhe é anterior e superior (Constituição). Vale dizer, o órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade irá raciocinar logicamente se a norma examinada se conforma à Constituição e ao final concluirá se a presunção relativa de validade, da qual se reveste todo e qualquer ato normativo, se confirma ou não. Porque se essa validade estiver constatada, o órgão incumbido do controle reafirma a presunção e declara a validade de uma norma. Por outro lado, se entender que essa adequação não existe, nem formal ou material da norma com a Constituição, ele irá desconstituir a presunção e irá suspender os efeitos jurídicos da norma.

Ora, o raciocínio lógico e conclusivo incidirá sobre uma norma tendo por referência (parâmetro), no direito brasileiro, a Constituição e os princípios implícitos. Cumpre-nos aqui indagar: quais são, então, as normas sobre as quais recai o exercício do controle?

São passíveis de controle de constitucionalidade as múltiplas espécies normativas constantes do rol do artigo 59 da Lei Maior, estando compreendidas na primeira categoria as normas infraconstitucionais federais, estaduais, municipais e distritais.¹³

Todavia, existe outro bloco de normas que também passariam por esse juízo de adequação. Trata-se, agora, das normas da própria Constituição. Aquelas normas que integram a Constituição em razão da atuação do Poder Constituinte. Mas seria possível uma norma constitucional ser considerada inconstitucional?

Dúvidas não existem quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade recair sobre emendas à Constituição. Obra do Poder Constituinte Derivado, a espécie normativa em questão sujeita-se aos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário.

¹³ Vale ressaltar que o Constituinte, por opção, como decorre claramente do texto constitucional, excluiu os atos municipais de controle concentrado de constitucionalidade por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Isso, no entanto, não significa dizer que referidos atos não sejam suscetíveis de fiscalização de constitucionalidade. Apenas não podem ser impugnados por ADI ou ADC.

As limitações constitucionais do Poder Derivado podem ser de ordem temporal, isto é, todas aquelas que proíbem as mudanças do texto constitucional durante determinado período de tempo. O nosso sistema constitucional não prevê limitações temporais ao poder constituinte derivado de reforma via emendas, mas teve previsão expressa na Constituição do Império de 1824, que proibiu qualquer reforma em seu texto durante os quatro primeiros anos de promulgada. É interessante notar, porém, que foi estabelecido limite temporal para o exercício do Poder Constituinte derivado de reforma via revisão, só podendo ser realizada 05 anos depois de promulgada a Constituição de 1988. Há, ainda, as limitações circunstanciais, que impedem as reformas constitucionais durante a vigência de determinadas circunstâncias consideradas excepcionais ou anormais. Em consonância com a Constituição de 1988, a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, §1º). Impende registrar que as limitações formais referem-se aos limites que submetem as propostas de emendas à observância do procedimento legislativo previsto na Constituição (art. 60, incisos II, III e §§2º e 3º) ou que vedam que matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, §5º). Por fim, temos as limitações materiais ou substanciais, que excluem do poder de reforma determinadas matérias consideradas fundamentais e necessárias à manutenção do projeto duradouro arquitetado pelo Poder Constituinte Originário. São elas previstas explicita ou implicitamente no texto originário. Essas limitações impedem reformas constitucionais tendentes a abolir ou suprimir da Constituição certas matérias consideradas relevantes e imutáveis. (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.248-253)

Assim, o Poder Constituinte Derivado, porquanto constituído e sujeito a limites circunstanciais, materiais (explícitos ou implícitos) e procedimentais, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário, que, além de ter estabelecido restrições de ordem circunstancial e formal, identificou um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da Casa Legislativa. Em razão disso, sustentamos a admissibilidade do controle judicial de constitucionalidade das emendas constitucionais, na hipótese de virem a violar quaisquer dessas limitações. Portanto, todas as emendas constitucionais sob a nossa análise¹⁴, em relação a tal perspectiva, poderiam atrair a censura do Poder Judiciário através do mecanismo do controle de constitucionalidade. Dito de outra forma: as emendas constitucionais – que não são normas constitucionais originárias – podem padecer da pecha de

¹⁴ O Supremo Tribunal Federal já pacificou o tema em questão. V., a propósito, em meio a tantas outras decisões, ADI 2024/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

inconstitucionalidade, caracterizada pela violação aos limites estabelecidos no texto constitucional pela atuação do Poder Constituinte Originário.

Se, de um lado, é pacífico o controle de constitucionalidade realizado sobre emendas à Constituição, de outro, dúvidas pairam em relação à fiscalização de constitucionalidade das normas constitucionais originárias. A teoria do controle de constitucionalidade incidindo sobre as normas constitucionais originárias surgiu na Alemanha, com Otto Bachof (2009), em seu consagrado livro intitulado de “Normas constitucionais inconstitucionais?”.

Otto foi um jurista que vivenciou a hegemonia e o colapso do nazismo. No período de transição para o Estado Democrático de Direito, o autor tedesco proferiu uma palestra em 20 de julho de 1951, na qual trouxe à baila os modos de atuação estatal, inclusive positivados, contrários a certos valores enraizados na comunidade europeia como um todo. Para ele, então, tornava-se imperioso reconhecer a existência de um direito “supralegal”, o qual deveria conformar a atuação do Poder Constituinte. A violação desse direito “supralegal” culminaria numa ação inconstitucional. Otto relata as diversas possibilidades de uma norma constitucional incorrer numa inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, as limitações ao Poder Constituinte Originário põem-se em relação à legitimidade. A validade, portanto, de uma Constituição não depende, em regra, de sua legalidade, assim compreendida como a elaboração de acordo com os preceitos da Constituição antes em vigor. Pode acontecer, no entanto, que em momento posterior à sua feitura, ocorra a ilegalidade de uma Constituição. Isso acontece quando ela não observa as condições formais existentes em seu próprio texto. Mas dentre outros casos de inconstitucionalidade das normas constitucionais mencionados por Bachof, a que mais nos chama a atenção é a invalidação de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior. Por mais paradoxal possa parecer, já que uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma, é possível, segundo o autor, que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma formalmente constitucional, fosse contrária a um preceito material fundamental da Constituição. Logo, as normas constitucionais de grau inferior seria inconstitucional e inválida se contrariassem as de preceito superior do mesmo documento constitucional - direito supralegal. Vale ressaltar, no entanto, que o próprio Bachof reconhece a possibilidade do Constituinte Originário estabelecer exceções às normas constitucionais de grau superior, ressaltando apenas as exceções irretorquivelmente arbitrárias. (BACHOF, 2009, p.48-59)

Em nosso sistema constitucional, no entanto, não há espaço para agasalhar a tese de Otto Bachof. Isso porque os preceitos constitucionais não apresentam hierarquia entre si, sendo certo que as normas, ainda que apenas e tão-somente formalmente constitucionais, não se colocam abaixo das outras dotadas de caráter material. Na aguda observação de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.78), as normas da Constituição têm igual valor. Pensar o contrário e distinguir entre normas formal e materialmente constitucionais e normas formais não materialmente constitucionais conduziria a uma quebra da unidade normativa da Constituição.

Conforme assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio do Min. Rel. Moreira Alves, opinião, a propósito, com a qual compartilhamos, a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias conduzindo ao reconhecimento de inconstitucionalidade de umas em face de outras se afigura impossível com o sistema da Constituição rígida. Isso porque as normas constitucionais originárias retiram o seu fundamento de validade no próprio Poder Constituinte Originário. Ademais, não se pode perder de vista que o próprio Bachof (2009) reconhece que, em relação à inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição com normas constitucionais de grau superior, o Constituinte Originário tem liberdade para determinar quais sejam essas normas constitucionais de caráter superior, podendo, inclusive, estabelecer exceções a elas, salvo se essas exceções forem arbitrárias. O Pretório Excelso, assim, não teria jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte Originário, distinguindo as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que afiguram arbitrárias, para declarar estas inconstitucionais. Por fim, vale ressaltar que os limites impostos na Carta Magna para a sua modificação só podem ser invocadas contra o Poder de Reforma e não em face do Poder Constituinte Originário. (BRASIL, 1996)

1.7 TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

À vista dos diversos protótipos de controle de constitucionalidade desenvolvidos, sobretudo pelo direito constitucional comparado, cujas matrizes históricas serão situadas e

contextualizadas a partir do capítulo 2, podemos identificar diversos tipos de manifestações em prol da fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Não temos, no entanto, objetivo de esgotar todas as tabulações formuladas pela doutrina mais especializada e qualificada no assunto. A uma, porque as classificações não são unânimes, e a duas porque os limites desse trabalho não comportam uma investigação mais cuidadosa desse instigante tema.

Apresentaremos, sim, de uma forma sintética, as principais classificações de controle de constitucionalidade que, segundo pensamos, são mais relevantes para a continuidade da presente pesquisa. Destarte, vários são os elementos para distinguir um modelo de controle de constitucionalidade do outro. Apresentemos, assim, as mais importantes.¹⁵

1.7.1 Quanto ao momento em que o controle é realizado

Em relação ao momento de realização do controle, é possível estabelecer uma distinção fundamental entre o controle preventivo (*a priori*) e o controle repressivo (ou sucessivo ou *a posteriori*). Trata-se, é bem verdade, de uma classificação auto-explicativa.

Diz-se **preventivo** o controle que recai sobre a norma ainda em fase de elaboração, ou seja, é o controle realizado durante o processo de elaboração da norma (processo legislativo). O objetivo principal do controle de constitucionalidade realizado preventivamente é sustar o andamento do processo legislativo.

O controle **repressivo**, por sua vez, caracteriza-se por incidir sobre a norma já aperfeiçoada e acabada. Logo, o controle sucessivo aparece após o término do processo de elaboração do ato.¹⁶ O controle *a posteriori* visa a suspender os efeitos da norma elaborada. Ora, a declaração de inconstitucionalidade obtida pelo exercício do controle repressivo tem

¹⁵ Diversos doutrinadores apresentam algum tipo de classificação. Podemos lembrar alguns deles: Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2012, p.57 et seq.); Celso Ribeiro Bastos (2001, p.405 et seq.); André Ramos Tavares (2012, p.247 et seq.); Luis Roberto Barroso (2006a, p.41 et seq.); José Adércio Leite Sampaio (2002, p.43-58), Dirley da Cunha Junior (2009, p.297 et seq.); Alexandre Moraes (2009, p.703 et seq.).

¹⁶ Considera-se repressivo o controle que é exercido mesmo sobre norma em *vacatio legis*, porque o momento delimitador utilizado na classificação em tela é a norma aperfeiçoada (vigente): se o controle é exercido antes, fala-se em controle preventivo; se depois, fala-se em controle repressivo.

por objetivo, em regra, suspender a eficácia da norma desde o seu nascedouro. Aplica-se, ao caso, a lição disseminada pelos constitucionalistas norte-americanos, qual seja, a *teoria da nulidade da lei inconstitucional* (lei inconstitucional = lei inválida = lei nula). Por isso mesmo, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em razão do exercício do controle repressivo, seja em caráter difuso, seja em caráter concentrado, tem efeito retroativo. Isso porque a lei inconstitucional é absolutamente nula, e não simplesmente anulável. A pecha de inconstitucionalidade atinge no berço. Logo, nasceu morta e não teve nenhum único momento de validade (BUZAID, 1958, p.128). Portanto, todas as relações jurídicas fundadas na lei declarada inconstitucional no âmbito do controle difuso ou concentrado deverão ser desconstituídas, desde o seu nascimento, já que o efeito da declaração fulmina por inválido o ato impugnado. Atinge-o *ex tunc*.¹⁷

A França, até pouco tempo, só admitia o controle preventivo. Após a reforma constitucional francesa, introduzida pela Lei Constitucional n. 2008-724, foi permitida uma forma de controle *a posteriori* das leis promulgadas pelo Parlamento, abrindo a possibilidade do cidadão suscitar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei em um processo (judicial ou administrativo) em que figure como parte. Outros países, como Áustria, Itália, Espanha e Portugal, adotam tanto o controle preventivo quanto o repressivo.

O direito brasileiro admite, em caráter secundário, o controle de constitucionalidade preventivo, a ser exercido, a título exemplificativo, pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), existentes em cada uma das casas do Congresso Nacional, bem como pelo Chefe do Executivo, por meio do veto jurídico (art. 66, §1º, CF).¹⁸ Observe-se que o controle preventivo admitido no Brasil tem natureza política, porquanto exercido por órgãos pertencentes à estrutura política do Estado (Legislativo e Executivo). Não há previsão expressa de controle judicial preventivo de constitucionalidade. No entanto, a jurisprudência do Pretório Excelso, se por um lado, não admite o controle preventivo em sede abstrata, de outro, tem permitido o controle judicial preventivo para autorizar o parlamentar (e somente

¹⁷ A regra da *teoria da nulidade da lei inconstitucional*, não impede, porém, que se adote, entre nós, uma técnica alternativa de decisão de inconstitucionalidade, a qual procura modular os seus efeitos em processos objetivos de controle de constitucionalidade para decidir que a declaração só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (efeito *ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado (efeito *pro futuro*). Essas hipóteses, que relativizaram a aplicação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, vieram consagradas expressamente no artigo 27 da lei 9.868/99. Além delas, não se pode também deixar de mencionar outras técnicas que ultimamente ganharam visibilidade no Supremo Tribunal Federal e que, igualmente, flexibilizaram a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se da interpretação conforme a Constituição, a declaração de nulidade sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

¹⁸ Há dois tipos de veto: o veto jurídico, quando o Presidente da República reputa inconstitucional um determinado ato normativo, ou veto político, na hipótese de o Presidente da República assim agir fundado em razões de interesse público.

ele) a buscar em juízo a declaração preventiva de inconstitucionalidade quando há, na tramitação da espécie normativa, violação da própria Constituição. (ARAÚJO, NUNES JUNIOR, 2012, p.59) Portanto, o controle preventivo de emenda constitucional foi admitido, entre outros, no Mandado de Segurança MS n. 20257¹⁹, tendo afirmado que quando a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, a inconstitucionalidade já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita.

1.7.2 Quanto à natureza do órgão que realiza o controle de constitucionalidade

Em relação ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade, destacamos o controle político (não-judicial) e o controle judicial.

Fala-se em **político** o controle que é exercido por órgãos da estrutura política do Estado e, portanto, aqueles que, pelos critérios utilizados por cada país, se situam fora do Poder Judiciário. Enfim, trata-se de um controle de constitucionalidade realizado por órgão estranho à estrutura do Poder Judiciário. A França sempre se mostrou historicamente apegada ao controle não-judicial. Atualmente, o exercício do controle de constitucionalidade é feito por um órgão eminentemente de perfil político – o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), ao qual também incumbe o exame de constitucionalidade preventivo. Recentemente, o Conselho Constitucional ganhou uma outra função bem específica, em decorrência de uma série de inovações estruturais que o ordenamento jurídico francês ousou

¹⁹ “Mandado de Segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da República. Cabimento de mandado de segurança em hipótese em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da Lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto...) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois anos para quatro anos, tendo em vista a convivência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de Segurança indeferido.” (BRASIL, 1981) No mesmo sentido: “Mandado de Segurança. 2. Processo Legislativo: Projeto de lei. 3. Controle de constitucionalidade preventivo. 4. Conflito de atribuições. 5. Comprometimento do modelo de controle repressivo e do sistema de divisão de poderes estabelecidos na Constituição. 6. Mandado de Segurança indeferido.” (BRASIL, 2003)

estabelecer. É que nos anos 70, após uma decisão paradigmática, o Conselho Constitucional evoluiu para fazer novas construções em matéria de direitos fundamentais. Finalmente, reforma constitucional introduzida pela Lei Constitucional n. 2008-724, de 23 de julho de 2008²⁰, em um contexto que muito faz lembrar a sistemática dos tribunais constitucionais europeu, inovou o controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional, ampliando a sua competência, para lhe permitir também que seja exercido o controle repressivo de constitucionalidade da lei promulgada e em vigor, violadora dos direitos e liberdades constitucionais, toda vez que for invocada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a denominada questão prioritária de constitucionalidade (QPC).

Já no controle **judicial (jurisdicional)**, o órgão que desempenha a fiscalização da constituição é aquele integrante da estrutura do Poder Judiciário ou aquele cuja decisão tem caráter jurisdicional. No primeiro caso, destacamos, a título exemplificativo, os casos brasileiro e norte-americano. No segundo, mencionamos os Tribunais Constitucionais europeus.

Cumprе ressaltar, ademais, que o controle político pode ser feito sob o viés preventivo ou sob o viés repressivo, com a predominância daquele sobre este. Da mesma forma, admite-se que o controle judicial seja exercido a título repressivo (regra) ou, excepcionalmente, sob a forma preventiva.

1.7.3 Quanto ao número de órgãos judiciais que executam o controle de constitucionalidade²¹

Em relação ao número de órgãos judiciais competentes para o exercício do controle de constitucionalidade, é possível mencionar o controle difuso e o controle concentrado.²²

²⁰ O artigo 29 da Lei Constitucional n. 2008-724 introduziu, na Constituição francesa, o art. 61.1, com a seguinte redação: “Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.” (FRANÇA, 1958) Em razão da exigência de regulamentação por lei orgânica, a reforma operada nesse dispositivo constitucional (art. 61-1) somente entrou em vigor em 01 de março de 2010, vindo à baila o diploma legal somente em 10 de dezembro de 2009 (Lei Orgânica n. 2009-1523, de 10 de dezembro de 2010).

²¹ Trata-se de uma classificação típica e própria do controle judicial ou jurisdicional (item 1.7.2).

O controle **difuso** tem como traço característico o fato de ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal.

Já o controle **concentrado** é aquele a que se entrega o seu exercício a um único órgão, podendo ser realizado por um Tribunal Constitucional ou por uma Suprema Corte. Cumpre ressaltar que o Tribunal Constitucional²³ é um órgão especial criado somente para exercer a jurisdição constitucional. Já a Suprema Corte²⁴, situada no ápice da estrutura do Poder Judiciário, desempenha tanto a jurisdição comum quanto a jurisdição constitucional.

Sobre esse aspecto classificatório, é de bom alvedrio trazer à colação o estudo de Dirley da Cunha Junior sobre os exemplos de países que adotaram as possíveis combinações entre os modelos:

(I) O modelo **difuso** de controle de constitucionalidade: EUA, Canadá, México, Argentina, Bolívia, Índia, Japão; (II) o modelo **concentrado** de controle de constitucionalidade, com **Tribunal Constitucional**: Áustria, Alemanha, Itália, Espanha, Chile; (III) o modelo **concentrado** de controle de constitucionalidade, com **Alta Corte**: Uruguai e Paraguai;; (IV) o modelo **misto** de controle de constitucionalidade, com **Tribunal Constitucional**: Colômbia, Equador, Peru, Portugal; (V) o modelo **misto** de controle de constitucionalidade, com **Alta Corte**: Brasil, Venezuela. (CUNHA JUNIOR, 2011, p.111)

²² O controle misto ou híbrido de constitucionalidade, ao envolver num só sistema o controle de perfil difuso e de perfil concentrado, é uma categoria classificatória comumente mencionada em balizada doutrina (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008). Todavia, André Ramos Tavares (2012, p.252-253) critica esse tipo de modelo conjugado entre si. Aduz que essa união de ambos os modelos é uma contradição pois ou um grande número (ou todos, como no Brasil) de órgãos judiciais podem fazer o controle, e ele será difuso, ou apenas um órgão específico poderá fazê-lo, quando então será concentrado. Sustenta, por fim, que, no Brasil, o modelo é **combinado**: só o STF (controle concentrado) pode realizar o controle abstrato. E qualquer juiz ou tribunal (controle difuso) pode exercer o controle de constitucionalidade para resolver adequadamente o caso concreto. Eis a sua conclusão: “O modelo, pois, é altamente complexo, como se analisou até aqui, não se podendo pretender realizar um mero reducionismo para dizer que se trata de modelo misto, que seria um modelo composto de elementos diferentes, porque, no caso, o diferente é também inconciliável se não houver uma combinação, um acerto, anterior, nos termos do que foi apresentado.” (TAVARES, 2012, p.253)

²³ “Como exemplos de Tribunais Constitucionais, temos, na Europa Constitucional, os Tribunais Constitucionais da Alemanha (criado em 1951), da Itália (1956), do Chipre (1960), da Turquia (1961), da Grécia (1975), da Espanha (1978), de Portugal (1982) e da Bélgica (1984). No Leste Europeu, temos os Tribunais Constitucionais da Polônia (1986), da Hungria (1990), da Rússia (1991), da República Tcheca (1992), da República Eslovaca (1992), da Romênia (1992) e da Eslovênia (1993). Na África, temos os Tribunais Constitucionais da Argélia (1989), da África do Sul (1996) e de Moçambique (2003).” (CUNHA JUNIOR, 2011, p.111)

²⁴ “Como exemplos de Alta Corte ou Corte Suprema, que podem exercer o controle concentrado, temos o Supremo Tribunal Federal brasileiro e as Cortes Supremas da Venezuela, do Uruguai e do Paraguai.” (CUNHA JUNIOR, 2011, p.111)

Cumpra, por fim, ressaltar que as decisões proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade operam-se, de regra, *inter partes*, enquanto as prolatadas na esfera do controle concentrado geram efeito *erga omnes*. Há, no entanto, no Brasil, uma tendência, cuja seara será mais bem explorada e desenvolvida ao longo da dissertação, de se tentar equiparar os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso ou concentrado. Mesmo porque, com o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade adveniente da Constituição de 1988, deixou de ter sentido o condicionamento da eficácia geral da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso à manifestação do Senado Federal, conforme art. 52, X, CF/88. É chegado o momento de repensar o modelo a aceitar a nova e adequada função desempenhada pela Alta Corte Constitucional. É o que pretendemos fazer ao longo do trabalho.

1.7.4 Quanto ao modo ou a forma de controle

Quanto ao modo como o controle se efetiva, é possível reconhecer-se um controle provocado por via incidental (concreta) e por via principal (ou por meio de ação direta ou abstrata).

O controle incidental se efetiva quando a questão de constitucionalidade é discutida à luz do caso concreto. Logo, a inconstitucionalidade aparece como um incidente ao pedido principal deduzido em juízo. Portanto, ela se situa na causa de pedir (fundamento jurídico) e não no pedido (objeto) da demanda. Isso porque o pedido não é a declaração de inconstitucionalidade. O que importa para a parte é o debate em torno do caso concreto, sendo certo que a “inconstitucionalidade ostenta *caráter prejudicial* pois é matéria que necessita ser analisada e decidida *antes* pelo Judiciário, como condição e antecedente lógico para a solução da própria pretensão declinada na ação judicial proposta” (CUNHA JUNIOR, 2009, p.303). Com efeito, a fiscalização incidental da inconstitucionalidade pode ser provocada por quaisquer das partes. Portanto, pelo autor, na inicial de qualquer ação, ou mesmo pelo réu, nos atos que importem em defesa. Também se permite a suscitação por terceiros interessados que integram a relação jurídica processual e pelo Ministério Público quando officie no feito.

Admite-se, inclusive, que o juiz venha a acolher a inconstitucionalidade de ofício (CLÈVE, 1995, p.79; CUNHA JUNIOR, 2009, p.303).

O controle principal, por sua vez, traz a questão constitucional como pedido ou objeto da demanda. A inconstitucionalidade, nesse caso, ao contrário do controle incidental, não aparece como questão prejudicial. O que se discute tão-somente é a inconstitucionalidade da lei em abstrato. Cuida-se, portanto, de um processo objetivo, sem partes, sem lide a ser solucionada. A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade é provocada por meio de ações especiais (ações diretas), as quais são responsáveis por levar diretamente a questão constitucional ao órgão encarregado do controle de constitucionalidade.

Como teremos a oportunidade de elucidar nesse trabalho, não se pode dizer, com toda a segurança, que o controle incidental está para o controle difuso, como o controle principal está para o controle concentrado. A regra é que eles assim se apresentem. Mas há exceções.

De um modo geral na Europa, não existe uma correlação necessária entre o controle incidental e o controle difuso ou entre o controle principal e o controle concentrado. Na Áustria, na Alemanha, na Espanha e na Itália, conforme veremos com maior profundidade, os juízes e os tribunais ordinários, em considerando inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, deverão suspender o processo e remeter a questão constitucional à apreciação do Tribunal Constitucional especial competente.

Logo, nesses países, a questão da constitucionalidade suscitada incidentalmente conduz a um controle concentrado (CUNHA JUNIOR, 2009, p.304).

Mesmo no Brasil, a evolução do controle de constitucionalidade tem desencadeado mudanças no sistema com a existência de novas técnicas que conferem ao controle difuso natureza fortemente objetiva. Ainda, as modificações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade têm permitido que, no seio de um processo judicial concreto, onde se discute acerca da validade de uma lei contrastável com um preceito constitucional fundamental, a questão constitucional seja desmembrada e conduzida incidentalmente ao controle concentrado.

Portanto, o controle incidental pode ser difuso (como, em regra, ocorre no Brasil e nos Estados Unidos) e concentrado (como ocorre na Áustria, na Alemanha, na Espanha e na Itália). É dizer, o controle difuso é sempre incidental, mas o controle incidental pode implicar numa controle difuso ou controle concentrado.

Por fim, o controle concentrado, por sua vez, tanto pode se dar num controle abstrato das leis, como numa garantia concreta de direitos fundamentais. É o que se observa, neste último caso, no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol (CUNHA JUNIOR, 2009, p.304).

Feitas essas considerações de cunho propedêutico, sentimo-nos preparados para adentrar no tema de fundamental importância para a nossa dissertação, qual seja, a análise do controle de constitucionalidade frente ao fenômeno do constitucionalismo.

CAPÍTULO 2 – O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO (MOVIMENTO CONSTITUCIONAL)

O constitucionalismo despontou como um movimento indissociavelmente vinculado à ideia de limitar o poder absoluto. O constitucionalismo, portanto, surgiu como um movimento político e filosófico que reclamou, desde as suas primeiras manifestações, por uma organização política fundada na limitação do poder estatal. (CANOTILHO, 2002, p.52)

Logo, o constitucionalismo, como movimento, não se prestou, ao menos em sua origem, a conferir “Constituições” aos respectivos Estados, porque estes já as possuíam, ao menos em sentido material²⁵. O constitucionalismo teve como propósito inicial criar mecanismos de contenção do poder absoluto, buscando sempre impor limites à atuação dos governantes. Eis a conclusão de Karl Loewenstein:

Siendo la naturaleza humana como es, no es de esperar que dichas limitaciones actuén automáticamente, sino que deberán ser introducidas em el proceso del poder desde fuera. Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentores del poder; esto es el núcleo de lo que em La historia antigua y moderna de La política aparece como el constitucionalismo. (LOEWENSTEIN, 1979, p.29)

No mesmo sentido, Gomes Canotilho (2002, p.51) fornece uma definição de constitucionalismo. Diz o jurista português que “**Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”

Com efeito, a existência de Constituições escritas e formais não estão associadas às propostas iniciais do constitucionalismo. Neste diapasão, doutrina Karl Loewenstein que:

²⁵ Como já tivemos a oportunidade de registrar nesse trabalho, a Constituição sem sentido material versa sobre temas fundamentais de Estado, tais como a organização do poder, a definição de competências, a forma de governo e direitos e garantias fundamentais. Sob esse ponto de vista, conforme ensinamento de Paulo Bonavides, “não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda a sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja. Foi essa a lição de Lassale, há mais de cem anos, quando advertiu, com a rudeza de suas convicções socialistas e a fereza de seu método sociológico, buscando sempre desvendar a essência das Constituições, que uma Constituição em sentido real ou material todos os países, em todos os tempos, a possuíram” (BONAVIDES, 2008, p.80-81).

[...] la existencia de una constitución escrita no se identifica con el constitucionalismo. Organizaciones políticas anteriores han vivido bajo un gobierno constitucional sin sentir la necesidad de articular los límites establecidos al ejercicio del poder político; estas limitaciones estaban tan profundamente enraizadas en las convicciones de la comunidad y en las costumbres nacionales, que eran respetadas por gobernantes y por gobernados. (LOEWENSTEIN, 1979, p.154)

A propósito, Loewenstein advierte que os primeiros povos que praticaram o constitucionalismo, enquanto movimento constitucional que busca a todo custo controlar o poder político, foram os hebreus, cujo regime teocrático impunha a ideia de que o detentor do poder estava limitado pela lei do Senhor. (LOEWENSTEIN, 1979, p.154)

Mas o constitucionalismo também se desenvolveu entre outros povos. Daí o porquê de sustentarmos, com o constitucionalista português Gomes Canotilho, a existência não de um constitucionalismo, mas de vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). É de sua lavra o seguinte excerto: “Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.” (CANOTILHO, 2002, p.51) Numa outra acepção (histórico-descritiva), afigura-se relevante registrar a distinção entre o chamado constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno, ou seja,

[...] fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social, e cultural que, sobretudo, a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. (CANOTILHO, 2002, p.52)

Pois bem, a exigência de impor um limite ao legislador, com a criação de mecanismos que o controlassem, é uma necessidade arraigada na história. Por isso que, para uma melhor inteligência do tema, e, ante a finalidade e objetivos a que esse trabalho se presta, buscaremos restringir o estudo do constitucionalismo à análise dos movimentos ocorridos principalmente nos Estados Unidos e na França, buscando fazer paralelamente um exame

comparativo com o ocorrido na Inglaterra. Mas é certo que os movimentos constitucionais não se limitam a esses regimes.²⁶

Por isso procuraremos apresentar nos próximos capítulos as três fases: *constitucionalismo inglês, constitucionalismo moderno, nele compreendendo o constitucionalismo francês e o constitucionalismo norte-americano, e o constitucionalismo contemporâneo*. A partir de então, faremos uma análise pormenorizada de cada um desses movimentos constitucionais.

²⁶ Em complemento a tal assertiva, Jorge Miranda, comentando sobre a existência dos sistemas e famílias constitucionais, destaca que os principais institutos de Direito Constitucional atualmente vigentes no mundo tem origem nos sistemas jurídicos da Inglaterra, Estados Unidos, França e União Soviética e daqui “se difundiram com amplitude e fidelidade variáveis, segundo fenómenos históricos conhecidos, para numerosos outros países. E ainda hoje, a despeito de alguma retracção (ou, ao invés, de certa diluição) pode afirmar-se que é às matrizes britânicas, norte-americana, francesa e soviética que se reconduzem os sistemas constitucionais da maior parte dos países” (MIRANDA, 1990, p.107). Por isso omitimos propositadamente, tendo em vista os propósitos a que se presta o presente trabalho, outros sistemas constitucionais.

CAPÍTULO 3 – O CONSTITUCIONALISMO INGLÊS E A AUSÊNCIA DE UM EFETIVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O constitucionalismo antigo, designação essa para identificar todo o movimento ocorrido antes do constitucionalismo moderno do século XVIII, toma efetivamente impulso com o aparecimento, na Inglaterra, de importantes documentos constitucionais.

Considera-se 1066 como sendo a data fundamental na formação do Direito inglês, quando as ilhas britânicas foram invadidas pelos *normandos*, que, sob o comando de Guilherme – “o Conquistador” -, introduziram as instituições e práticas feudais. (BARROSO, 2010, p.10; DÓRIA, 1986)

A estrutura do sistema feudal, acentuadamente fracionada e descentralizada em torno da divisão de terras concedidas pelo soberano aos fiéis barões normandos, que, por sua vez, as negociavam para os seus vassallos, acirrou o conflito político entre os barões e o rei ao longo da evolução histórica da idade média. Os desentendimentos entre os segmentos ganharam contornos acentuados quando o alto clero resolveu aliar-se à nobreza, que buscava a todo custo rebater a ilimitação do poder do soberano, chegando o ápice desse acirramento com o reinado do famigerado João Sem Terra, cujas desavenças com o papado culminaram na edição da Magna Carta *Libertatum*. Ou seja, totalmente fragilizado com a pressão dos barões, ele publica, em 1215, a Magna Carta²⁷, um documento que simboliza a consagração das liberdades públicas ao impor limites ao poder dos soberanos e ao resguardar os direitos à propriedade, à tributação e às liberdades dos barões. Com isso João Sem Terra garantia aos barões revoltosos “a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, cuja supressão só se daria através da ‘lei da terra’” (DÓRIA, 1986, p.11).

Já mais à frente, no século XIII, o Parlamento começou a ganhar espaço em suas atividades, a ponto de se afirmar que no Parlamento de 1265 estava a origem da futura Casa dos Comuns. Henrique III, sucessor de João Sem Terra, envolveu-se em diversos conflitos contra os barões, em especial contra o nobre francês, Simon de Montfort, conde de Leicester,

²⁷ Uma de suas cláusulas mais relevantes em seu capítulo 39 deixava assentado, no original em latim, o esboço do postulado do devido processo legal: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisetur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, Nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parim suorum, vel per legem terrae.” (*apud* DÓRIA, 1986, p.11)

que promovia reuniões com o caráter de uma assembleia política, para a qual se convocavam pessoas com as qualidades políticas, econômicas e sociais semelhantes. No ano de 1295, no reinado de Eduardo I, as tais reuniões são oficializadas, consagrando a instituição parlamentar, a qual era convocada e controlada pelo rei. Mas é a partir de 1332 que se começa a demarcar o estabelecimento de duas Casas do Parlamento. De um lado, um grupo formado por barões, que eram pares do reino, e que continuavam a reunir em suas assembleias, e, de outro, um grupo composto por representantes de outras classes (cidadãos e burgueses), os quais recebiam a designação de *commoner*, que formava a sua própria assembleia, com a denominação de Câmara dos Comuns (DALLARI, 1998). Corroborando tal assertiva, Scott Gordon (*apud* BARROSO, 2010, p.11) assevera que “O Grande Conselho, convocado por Edward I em 1295, ficou consagrado na história como primeiro parlamento inglês. [...] Desde aquele tempo, o parlamento tem sido composto por dois grupos: os que integram em virtude de seu *status* aristocrático e os que o fazem na qualidade de representantes de outras classes”.

O Parlamento, no entanto, como não podia ser diferente, depois de uma fase inaugural de grande prosperidade, arrefeceu-se diante do absolutismo. No entanto, o absolutismo inglês se mostrava pouco vigoroso, comparado ao da França, por exemplo, sobretudo porque, ao contrário da França, onde a nobreza abandonou suas terras para viver na corte com o rei, na Inglaterra os nobres conservavam em seus feudos, não se olvidando, ademais, que a nobreza inglesa procurava imprimir à sua produção um modelo do tipo capitalista voltado ao lucro, o que fez dela, ao lado da burguesia, uma classe incontestavelmente poderosa. Nas palavras de Paulo Roberto Barbosa Ramos (2000, p.36), a nobreza inglesa e a burguesia “se tornaram uma classe média poderosa, cujo poderio produtivo não deixou de se alargar até se tornar predominante. A ascensão do parlamento, expressão dessa classe média, corresponde ao seu desenvolvimento”.

Por isso mesmo os conflitos entre o rei e o Parlamento não tardaram a iniciar-se. As desavenças começaram já com James I, em 1603, e avivaram-se durante o reinado de Carlos I, em 1625. As tensões só se acentuaram quando Carlos I, em razão da exacerbada despesa com as guerras, fora obrigado a cobrar tributo, considerado ilegal por grande parte da nobreza. Muitos nobres, inclusive, se recusaram a realizar o pagamento, o que culminou em prisão. O Parlamento começou, então, a questionar o lançamento de tributos sem a sua aprovação, bem como as diversas prisões arbitrárias, o que ensejou a edição do *Petition of Rights* de 1628, submetendo o rei a uma série de limitações ao seu poder. Tem início, assim, um período

bastante conturbado na vida política do Reino Unido, que vai, na lição de Luís Roberto Barroso,

[...] desaguar na guerra civil (1642-1648), na execução de Charles I (1649) e na implantação da República (1649-1658), sob o comando de Cromwell. A República não sobreviveu à morte de seu fundador, dando-se a restauração monárquica com Charles II, em 1660. Seu filho e sucessor, James II, pretendeu retomar práticas absolutistas e reverter a Inglaterra à Igreja Católica, tendo sido derrubado em 1688, na denominada Revolução Gloriosa. Guilherme (William) de Orange, invasor vindo da Holanda, casado com Mary, irmã do rei deposto, torna-se o novo monarca, já sob um regime de supremacia do Parlamento, com seus poderes limitados pela *Bill of Rights* (1689). (BARROSO, 2010, p.11)

Segundo, ainda, o próprio Barroso

A *Declaração de Direitos* previa a convocação regular do Parlamento, de cujo consentimento dependiam medidas como a criação de leis, a instituição de tributos e a manutenção de exército permanente em tempos de paz. Assegurava, ademais, imunidade aos parlamentares por suas manifestações no Parlamento e impedia a aplicação de penas sem prévio julgamento. Em 1701, o Parlamento votou o *Act of Settlement*, estabelecendo que somente um príncipe de religião anglicana poderia ascender ao trono e impondo novas limitações ao poder real em relação ao Parlamento e às cortes de justiça. (BARROSO, 2010, p.11)

Portanto, o *Bill of Rights* de 1689, fruto da Revolução Gloriosa, não só culminou com a expulsão do rei católico Jaime II, que fora substituído por Guilherme de Orange e Maria, ambos protestantes, como também marcou o início da supremacia do Parlamento, o que constitui, até nos dias de hoje, princípio constitucional maior do Reino Unido.

Observe-se, portanto, que os documentos constitucionais da Inglaterra são produto do devir histórico. São a Carta Magna (1215), a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689), o *Act of Settlement* (1701), mais recentemente o *Human Rights Act* (1998).²⁸ Pode-se

²⁸ Segundo magistério de Oswaldo Luiz Palu, a evolução do direito constitucional inglês pode ser dividida em quatro fases: "(a) aquela anterior à conquista normanda de 1066; (b) aquela iniciada em 1066, passando pela concessão da *Magna Charta* pela primeira vez (1215), que foi cancelada e revalidada inúmeras vezes nas lutas entre o poder real e o baronato nos séculos seguintes, indo até o advento da dinastia dos Tudors (1485); nesse período formou-se o *commom Law*; (c) uma outra fase, entre 1485 a 1832, passando pela luta entre o Rei e o Parlamentom de onde se tem como consequência a Petição de Direitos de 1628. A Revolução de 1648, a

dizer que nesses documentos que se localiza a *Constituição do Reino Unido* e, portanto, a sua organização política, os direitos e garantias fundamentais em prol do cidadão. É, por excelência, uma Constituição Histórica, e por não se consubstanciar em um texto constitucional oficial escrito, a Constituição inglesa tem o caráter marcadamente *flexível*, podendo ser alterada por ato do Parlamento. Logo, não há, sob o prisma formal, diferença alguma entre as leis constitucionais e as leis ordinárias elaboradas pelo Parlamento. Por isso que se costuma dizer que o Parlamento tudo pode, embora pouco ouse, pela consciência política e jurídica do povo inglês, só conhecendo acima de si o poder de Deus, e, por limite, o impossível, ou seja, transformar biologicamente o homem em mulher. (COELHO, 1999, p.33-38)

Ora, rememorando o primeiro pressuposto que tivemos a oportunidade de elucidar no item 1.6.1, o qual condiciona a existência do controle de constitucionalidade dos atos legislativos nos países que adotam o modelo de Constituição rígida, mostra-se indubitavelmente paradoxal e teratológica a menção a um modelo inglês de controle de constitucionalidade das leis, num país desprovido de Constituição formal e rígida, já que, como dito, no sistema constitucional inglês prepondera a característica flexível de Constituição.

Sobre tal aspecto, precisas são as colocações do sempre lembrado Luís Roberto Barroso, para quem

A doutrina da supremacia, desenvolvida analiticamente em obra de A. V. Dicey, no final do século XIX, apresenta uma dimensão positiva – o Parlamento pode criar e revogar qualquer lei – e outra negativa – nenhuma lei votada pelo Parlamento pode ser afastada ou invalidada por outro órgão. Vale dizer: não há uma lei superior à

intercorrência República Britânica sob o protetorado de Cromwell, que em 1653 elaborou aquela que parece ter sido a primeira *Constituição escrita* do mundo, de vida efêmera, chamada de *instrumento f government*, com 42 artigos, a Revolução de 1688 (*Glorius Revolution*) e a declaração de direitos de 1689 (nesse período surgiu um sistema complementar, às vezes rival, ‘das regras de equidade’); e (d) a fase contemporânea, de 1832 até hoje, com as reformas eleitorais tendentes ao alargamento do direito de sufrágio e à diminuição do poder da Câmara dos Lordes em favor da Câmara dos Comuns com membros eleitos por tempo determinado, bem como pela importância cada vez maior das leis frente ao sistema da *common Law*.” (PALU, 1999, p.94) Parecida também se mostra a opinião do constitucionalista português Jorge Miranda, para quem o direito constitucional britânico subdivide-se em três fases: “a) a fase dos primórdios, iniciada em 1215 com a concessão da *Magna Carta* (pela primeira vez, porque várias vezes viria posteriormente ser dada e retirada consoante os fluxos e refluxos de supremacia do poder real); b) a fase de transição, aberta em princípios do século XVII pela luta entre Rei e o Parlamento e de que são momentos culminantes a Petição de Direito (*Petition of Right*) de 1628, as revoluções de 1648 e 1688 e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689; c) a fase contemporânea, desencadeada a partir de 1832 pelas reformas eleitorais tendentes ao alargamento do direito de sufrágio.” (MIRANDA, 1990, p.119-120)

vontade do Parlamento e, conseqüentemente, não existe controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2010, p.13)

Também não discrepa desse entendimento Clèmerson Merlin Clève. Segundo o autor, “Se a vontade do Parlamento, expressada pela maioria, é ilimitada, inexistindo Constituição escrita na Inglaterra, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade” (CLÈVE, 1995, p.47).

Com efeito, a flexibilidade, decorrente do princípio da supremacia do Parlamento tornava impensável a existência do controle de constitucionalidade na Inglaterra. Afinal, dentro dessa concepção, a existência de um mecanismo institucional externo ao Parlamento que lhe viesse a apontar possível falha na atuação legiferante não era sustentável.

Mas isso não significa dizer que nesse país não se pensou em um mecanismo de proteção à Constituição pelo sistema do controle de constitucionalidade. Durante certo tempo na Inglaterra, alguns juristas começaram a desenvolver uma teoria, a qual se desafiava a validade dos atos do Parlamento, o que ficou sobejamente cristalizado na defesa do Sir Edward Coke no célebre *Bonham's case* de 1610, cuja tese proclamava a supremacia da *common law* sobre a atuação do Parlamento ou do soberano. É o que se passa a narrar no próximo item.

3.1 O ESBOÇO DOUTRINÁRIA ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL DE LEIS NA INGLATERRA

Como é cediço, o ordenamento jurídico se encontra demasiadamente consolidado na cultura do povo inglês, numa plêiade de costume, os quais são preservados pela irrefragável força do Parlamento.

Não obstante referida força do Parlamento, o magistrado inglês da primeira metade do século XVII, o Sir Edward Coke, defendia a autoridade do juiz como instrumento de luta tanto contra o absolutismo do Rei quanto contra o arbítrio do Parlamento. (CAPPELLETTI, 1999)

A doutrina de Coke defendia que o *common law* controlará os atos do Parlamento e em determinadas ocasiões os julgará definitivamente sem efeito.

Dizia ele no célebre caso *Bonham's case*: “*That in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void.*” (apud CAPPELLETI, 1999, p.59)

Ou seja, “[...] em muitos casos o direito comum há de limitar as leis do Parlamento e, por vezes, declará-las completamente nulas, pois, quando um decreto parlamentar atentar contra o direito costumeiro e a razão, ou for repugnante ou impossível de se executar, o direito comum haverá de se sobrepor a uma tal lei e declará-la írrita” (DÓRIA, 1986, p.21).

E segundo Coke, quem deveria garantir a supremacia da *common law* contra a autoridade parlamentar, de um lado, e do Soberano, de outro era o próprio juiz. Caberia, pois, aos juízes a escabrosa tarefa de funcionar como árbitro do Parlamento, controlando os seus atos contrários ao *common law*. Porém, como bem anota Mauro Cappelletti, a doutrina proclamada por Coke de que os juízes deveriam garantir a supremacia do direito costumeiro contra a autoridade do Parlamento e do Rei foi abandonada na Inglaterra, recebendo fortes críticas, sobretudo, com a Revolução Gloriosa de 1689, a partir da qual se irradiaria a doutrina contrária às propostas de Coke, qual seja, a supremacia do Parlamento (CAPPELLETTI, 1999, p.60)²⁹.

É bem verdade, no entanto, que, durante o século XXI, o direito inglês passou por uma reformulação de conceitos, ao se atribuir, primeiramente, através do *European Communities Act*, de 1972, prevalência do direito comunitário sobre as leis formalmente aprovadas pelo Parlamento. Mais tarde viria o *Human Rights Act*, de 1988, que permitindo que os direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos fossem introduzidos no direito inglês, confiou aos Tribunais britânicos a função de declarar, no caso concreto, a incompatibilidade entre uma lei e as disposições estabelecidas na Convenção de

²⁹ Se é certo que a doutrina de Coke foi literalmente desprezada a partir da revolução inglesa, não é menos inexato de que essa mesma doutrina galgou o coração dos estadistas norte-americanos, que viriam a formular mais tarde a teoria do “*judicial review*”, baldrame esse sobre o qual se funda a “*supremacy of the judiciary*”.

Direitos Humanos, bem como de assegurar à parte uma indenização. É certo que o instituto da *declaração de incompatibilidade* não produz o efeito vinculante, muito menos culmina na nulidade da lei, mas, ao menos, revela que o ato elaborado pelo Parlamento é contrário aos direitos humanos. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008. p.1009; BARROSO, 2010. p.14)

CAPÍTULO 4 – O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POLÍTICO E JUDICIAL

Se, por um lado, o constitucionalismo inglês não se preocupou em formalizar uma Constituição, mesmo porque a Constituição, para os ingleses, deve estar nas condutas e nas práticas, e não propriamente no papel, outros movimentos constitucionais absorveram essa ideia. Assim, a preocupação de se dar uma forma à Constituição ganha nova divulgação, e, se refina, com o movimento constitucionalista do século XVIII. Vale dizer, o constitucionalismo moderno do século XVIII nasce indissociavelmente ligado à ideia de Constituição escrita, formal e rígida, chegando o seu ápice com as Constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791.

Logo, o constitucionalismo moderno preparou o campo para o aparecimento da chamada constituição moderna, que na lição de Gomes Canotilho, pode ser compreendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 2002, p.48).

A seguir, iremos analisar dois dos modelos constitucionais do constitucionalismo moderno, quais sejam, o francês e o norte-americano, posto que o protótipo do controle de constitucionalidade dos atos normativos foi primeiramente praticado a partir das experiências revolucionárias dos Estados Unidos da América e da França, especialmente, com o aparecimento da doutrina da Constituição rígida, muito embora já sabemos, é verdade, que o germe do controle (judicial) de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tenha sido brotado da doutrina de Coke.

4.1 CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS

Procuramos na exposição anterior (capítulo 3) ilustrar exaustivamente os eventos históricos ocorridos na Inglaterra, em virtude da experiência inglesa ser intensamente rica na

elaboração de documentos, cuja reflexão insere-se no âmbito de estudo do tema ora em debate. Aqui, no entanto, já não mais será possível explorar o tema com sínteses históricas, uma vez que o progresso do direito francês e a história francesa em si são de uma magnificência e profundidade tão deslumbrantes que seria muita pretensão de nossa parte querer tratar nesse pequeno trabalho um tema de tanta relevância. O que se pode afirmar, porém, com toda a segurança, e nos resumimos a isso, em virtude dos objetivos pretendidos nesse trabalho, é que na França eclodiu a verdadeira revolução³⁰, dando-lhe o sentido moderno do termo em questão, e convertendo o caráter absolutista do Estado em liberal.

De fato, a Revolução³¹ não foi armada para romper com a monarquia; tratava-se de uma luta contra o absolutismo e os privilégios da nobreza e do clero. (BARROSO, 2010, p.26) Ora, na França, a nobreza abandonou suas terras para viver na corte, ao lado do Rei, com todos os privilégios, o que permitiu o fortalecimento do absolutismo, proporcionando uma maior concentração de poderes nas mãos do soberano, já que as terras abandonadas pelos nobres passaram a ser administradas por autoridades diretamente nomeadas e ligadas ao Rei. (RAMOS, 2000, p.38) E não bastasse isso, o Poder Judiciário era formado por membros da nobreza, cujos áulicos do Rei, longe de buscar atuar contra a ilimitação do soberano, como se sucedia na Inglaterra, só estavam interessados em assegurar vantagens e prerrogativas próprias. Os tribunais franceses, portanto, constituam o abuso de um sistema já desgastado e injusto. (RAMOS, 2000, p.39)

O estopim da Revolução Francesa de 1789 se deu em um contexto ligado à recusa da nobreza de permitir, em meio a uma crise financeira do Estado francês, que fosse reduzido

³⁰ Em uma fecunda e inovadora obra de Hannah Arendt, *on revolution*, ela se manifesta no sentido de que: “A ‘Revolução Gloriosa’ evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica, não foi vista como uma revolução, mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. [...] Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. [...] A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a historiado mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como evento de importância pouco mais que local.” (*apud* BARROSO, 2010, p.25)

³¹ Luís Roberto Barroso relata que a Revolução passaria por quatro fases diversas, (a) a constituição de uma monarquia constitucional e parlamentar; (b) a Convenção; (c) o Diretório; (d) a era napoleônica. Pela primeira fase, o rei era alçado a representante da nação, mas renunciava à condição de soberano por direito próprio. Diversos acontecimentos qualificados por inúmeros conflitos entre as facções políticas e a instabilidade política e institucional provocada, inclusive, pelo envolvimento da França em guerra não só levaria à execução do rei, acusado de traição, como daria início a uma nova fase conhecida como a do governo da Convenção (1792-1795). Com a liderança dos jacobinos no Poder, sob a coordenação de Robespierre, dá-se início ao *período do terror*, que culminou na prisão e execução de inúmeras pessoas acusadas de serem adversárias da Revolução. A fase do governo da Convenção é sucedida pelo período conhecido como o do *Diretório* (1795-1799), cuja fase ficaria marcada, sem êxito, pela tentativa de implantação de um republicanismo moderado. O contexto marcado pela instabilidade política e ascensão do exército propiciou o surgimento do habilidoso general Napoleão Bonaparte, quem, em novembro de 1799, daria o golpe de Estado conhecido como 18 Brumário. Era início da era napoleônica. (BARROSO, 2010, p.26-27)

suas regalias. Essa situação levou à convocação da assembleia parlamentar, composta por representantes do primeiro, do segundo e do terceiro estado, esse último formado pela camada marginalizada da sociedade (camponeses, burgueses e trabalhadores urbanos). Em razão da regra que impunha a votação por estado, o que levava sempre a derrota do terceiro estado, em caso de aliança nobreza / clero, aquele, ou seja, o terceiro estado revoltou-se contra a exigência e autoproclamou-se, sucessivamente, Assembleia Nacional e, diante da insurreição popular, Assembleia Constituinte. (BARROSO, 2010, p.26)

Dentre as propostas pretendidas pela Revolução, incluem-se: a) elaboração de uma Constituição formal e rígida; b) promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; c) abolição do sistema feudal.

O fato de a Constituição francesa concebê-la como rígida impôs a adoção de um mecanismo de proteção do texto constitucional, o que foi feito pela via do controle de constitucionalidade das leis. Mesmo porque, como já relatado nesse trabalho, o instituto do controle de constitucionalidade pressupõe a supremacia constitucional, decorrente da existência de uma Constituição rígida.

Porém, na França pós-revolucionária e de um modo geral, com certa minimização, durante o século XXI, resistiu-se com veemência e robustez a perfilhação do controle de constitucionalidade das leis nos moldes norte-americano (doutrina do *judicial review*). A França fez a opção de confiar aos órgãos de feição nitidamente política – e, portanto, integrantes da estrutura do Poder Legislativo – a função de desempenhar o controle de constitucionalidade das leis que eles próprios elaboravam. Veremos a seguir as razões ou justificativas para tal escolha.

4.1.1 O controle de constitucionalidade do tipo político (não-judicial) construído na França oitocentista e desenvolvido nos séculos XX e XXI

Não obstante a realidade francesa impusesse a adoção de um mecanismo protetivo da Constituição pela via do controle de constitucionalidade, a experiência lá vivenciada excluiu do Poder Judiciário o exercício de tal mister. Nos dizeres de Mauro Cappelletti (1999, p.94-95): “Todas as vezes em que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da

conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária.”

Dentre as diversas razões que justificam essa opção, apontam-se, fortemente apoiados na doutrina de Cappelletti, ao menos, dois motivos, um de ordem histórica, e outro de cunho ideológico. (CAPPELLETTI, 1999, p.94-99)

De fato, a desconfiança com os juízes pode ser retraçada aos fatores desencadeados antes mesmo da Revolução francesa, fato esse que veio a refletir na exclusão dos tribunais da incumbência de garantir a Constituição. De fato, peculiaridades históricas concorrem para esse fato, o que pode ser ratificadas da seguinte maneira: como o Poder Judiciário era composto por membros da nobreza, e estando esse segmento muito mais preocupado e interessado em preservar os seus privilégios, não era de se espantar a formação de um grupo de juízes que se arrogara tribunais de injustiça, ao se permitir não só que nenhum direito individual fosse assegurado, como também que certos abusos de poder fossem cometidos.

A propósito, são oportunas os dizeres de Alexis de Tocqueville:

Se repararmos que a nobreza, após ter perdido seus antigos direitos políticos e, mais do que em nenhum outro país da Europa feudal, deixado de administrar e guiar seus habitantes conservou entretanto e até muito estendeu suas imunidades pecuniárias e as vantagens das quais seus membros gozavam individualmente e que, ao tornar-se uma classe subordinada permaneceu um classe privilegiada e fechada, sendo menos e menos uma aristocracia e mais e mais uma casta, não ficaremos mais espantados pelo fato de seus privilégios terem-se afigurado tão inexplicáveis e tão detestáveis aos franceses, e que ao observá-los o desejo democrático tenha acendido em seus corações uma chama tão grande que arde até hoje. (TOCQUEVILLE, 1989, p.185)

Por isso mesmo os revolucionários, ascendendo ao poder, procuraram limitar a atuação dos juízes, já que eram considerados potenciais adversários da Revolução.

Daí o porquê o Judiciário, de um modo geral, receber historicamente pouco realce nas Constituições francesas, sendo mais lembrado como um Poder que se limitava a aplicar a lei ao caso concreto, resolvendo possível litígio do que um órgão encarregado de proteger a Constituição. O juiz era tão-somente, na feliz e irretocável expressão francesa utilizada por Lenio Luiz Streck, “*la bouche de la loi*”, sem qualquer poder de criação, e, portanto, verdadeiros escravos dos diplomas legislativos. (STRECK, 2004, p.347)

A propósito, essa falta de fé nos juízes franceses pode ser exemplificada pela própria Constituição de 1791, de acordo com a qual os tribunais não poderiam intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões inerentes às suas funções. O artigo 3 do capítulo V da referida Carta assim dispunha: “*Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*” (FRANÇA, 1791) Aliás, antes mesmo da Constituição de 1791, já era possível constatar a fragilidade do Poder Judiciário, por meio da leitura do artigo 12 da Lei 16-24, de agosto de 1790, aprovada no contexto da Revolução Francesa, que impunha aos tribunais a necessidade de dirigir-se ao Parlamento toda vez que fossem interpretar uma lei. (STRECK, 2004, p.347; BARROSO, 2010, p.30)

Ao lado das razões de ordem histórica, a elas, fortemente ligadas, acrescem-se as de ordem ideológicas. Afinal, a doutrina da separação dos Poderes de Montesquieu (1689-1755) foi decisivamente marcante para o modelo de controle adotado na França. Esse grande pensador, autor do clássico “*O espírito das leis*”, procurou dar ênfase na necessidade de um mecanismo institucional de preservação das liberdades. E estas liberdades proclamadas só seriam preservadas se um poder freasse os avanços de outro poder. Afinal, “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites” (MONTESQUIEU, 1982, p.186 – Livro XI, Cap. 4). Daí a importância da separação entre os Poderes, para que um contenha o outro.

Fortemente apoiados nessa teoria, os franceses conceberam a ideia de que o controle de constitucionalidade exercido pelos juízes nada mais seria do que uma atividade invasiva à função típica do Legislativo, o que consubstanciaria violação à doutrina da separação dos poderes, que, em sua formulação mais rigorosa, se mostrava desfavorável à interferência dos magistrados na esfera de atuação do poder legislativo.

Contribuiu, igualmente, para os rumos que a França tomou em relação ao modelo adotado de controle a doutrina contratualista de Rousseau (1712-1778). No seu célebre “*O contrato social*”, Rousseau defende que o poder soberano pertence diretamente ao povo. E as leis seriam resultado da vontade geral. (ROUSSEAU, s/d, Livro I, Cap. 7)

Não discrepa desse entendimento o constitucionalista gaúcho Lenio Luiz Streck, para quem

A influência do contratualismo de Rousseau e a doutrina da separação dos Poderes de Montesquieu foram decisivas para os rumos que tomo o constitucionalismo em França e de sua forma de controle. Assim, a vontade popular propalada por Rousseau e a importância de Montesquieu deu ao Legislativo (e a pouca importância que deu ao Judiciário), aliado ao fato de os juizes, por ocasião da Revolução, serem todos oriundos da aristocracia (*ancién régime*), fizeram com que se olhasse com extrema desconfiança a possibilidade de um Poder não-popular modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo. (STRECK, 2004, p.347)

Logo, configurando a manifestação do povo soberano, o Parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, quanto menos pela atuação dos juizes. Afinal, o Parlamento passa a ser o recinto onde os interesses do povo são defendidos por intermédio da lei, sendo certo que esta, enquanto expressão da vontade popular, jamais poderia ser taxada de imoral, injusta ou mesmo inconstitucional.

Com efeito, fincadas em todas essas razões narradas, os rumos tomados pelo constitucionalismo francês caminharam no sentido de alijar o Poder Judiciário da função de exercitar o controle de constitucionalidade, muito embora esse papel tenha sido entregue a um órgão não-judicial, de caráter essencialmente político, já que a natureza rígida da Constituição impunha a necessidade de um órgão que a protegesse. Isso se deu, mais precisamente, com a Constituição do ano VIII (13 de dezembro de 1799)³², que, inspirada na doutrina de Sieyès, estabeleceu o *Sénat Conservateur* (Senado Conservador) com o propósito de declarar a inconstitucionalidade de atos legislativos. O mesmo aconteceu com a Constituição de 1852, que atribuiu a função de controlar os atos legislativos ao *Sénat* (Senado)³³.

Na prática, no entanto, era como se não existisse um controle de constitucionalidade. Afinal, nenhum órgão seria tão ousado em apontar o dedo para si mesmo indicando a falha de seu trabalho. É dizer em outras palavras, conceder o controle da lei ao próprio órgão que a elaborou é o mesmo que não reconhecê-lo.

Logo, era consequência natural, em um quadro institucional como esse, que o mecanismo de proteção constitucional pela via do controle de constitucionalidade realizado por órgão de natureza política atuasse muito mais como mera fachada do que propriamente

³² O artigo 21 da Constituição francesa de 1799 estabelecia: “Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement : les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes.” (FRANÇA, 1799)

³³ Segundo redação do artigo 29 da Constituição francesa de 1852: “Le Sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels par le gouvernement, ou dénoncés, pour la même cause, par les pétitions des citoyens.” (FRANÇA, 1852)

lhe servisse como desafio jurídico às normas jurídica postas em vigência. (GOMES, 2003, p.100)

De qualquer forma, a França fez uma opção clara quanto ao seu modelo de controle de constitucionalidade, atribuindo-o a órgãos de natureza política (controle político).

Atualmente, a Constituição francesa, de 04 de outubro de 1958³⁴, confiou o exercício do controle de constitucionalidade a um órgão eminentemente de perfil político³⁵ – o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional),³⁶ ao qual também incumbe o exame de constitucionalidade preventivo. Logo, sob o pálio da Constituição de 1958, a análise da compatibilidade vertical dos atos legislativos com a Constituição foi entregue a um órgão, que passou a realizá-lo por meio de um procedimento prévio e preventivo.

Diga-se que o Conselho Constitucional, nos termos do artigo 56 da Constituição francesa de 1958, é composto por duas categorias de membros: os membros vitalícios e os membros nomeados para o mandato de nove anos. Como membros vitalícios de pleno direito situam-se os ex-presidentes da República. Os membros nomeados, por sua vez, para um mandato de nove anos, não permitida a recondução, são compostos por um colegiado de nove, sendo três designados pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e três pelo Presidente da Assembleia Nacional. Não perca de vista que o Conselho Constitucional é renovado a cada três anos, sendo a nomeação feita por cada autoridade que lhe tem o direito.

³⁴ Interessante são as colocações de Joaquim Barbosa Gomes sobre o momento político em que a Constituição francesa de 1958 foi promulgada: “A Constituição da Quinta República francesa foi promulgada em um momento de profunda crise política, em meio a uma guerra colonial (Guerra da Argélia). Esse fato, somado às concepções políticas do líder político incontestável que inspirou e comandou todo o processo de sua elaboração (General Charles de Gaulle), fez com que o texto constitucional aprovado em 1958 trouxesse em seu bojo diversas inovações constitucionais de natureza autoritária e potencialmente liberticidas, como é o caso da separação entre os domínios da lei e do regulamento, do aviltamento do papel do Parlamento e a existência do famoso art. 16, que permite ao Chefe de Estado, em tempo de crise institucional grave, a absorção de competências específicas dos três Poderes estatais.” (GOMES, 2003, p.112)

³⁵ Em sentido contrário, Joaquim Barbosa Gomes manifesta-se no sentido de considerar o Conselho Constitucional uma jurisdição. (GOMES, 2003, p.114) Da nossa parte, acreditamos tratar-se de órgão político, em razão do caráter predominantemente preventivo do controle exercido pelo Conselho Constitucional, não se olvidando, ademais, o modo como os seus membros são designados, cuja forma de composição se distancia consideravelmente das outras ordens de jurisdição. O Conselho Constitucional não se confunde com o *Conseil d'Etat* (Conselho de Estado) nem com a *Cour de Cassation* (Corte de Cassação), que são órgãos de cúpula, respectivamente, da jurisdição administrativa e judicial.

³⁶ O título VIII da atual Constituição francesa (04 de outubro de 1958) é dedicado ao Conselho Constitucional. Vale aqui a menção ao artigo 61, que dispõe: “Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.” (FRANÇA, 1958)

A competência do Conselho Constitucional, por sua vez, inclui não somente o controle de constitucionalidade das leis, como também, exercendo uma função não menos importante, o controle da regularidade das eleições presidenciais e das eleições parlamentares.

Em relação ao controle de constitucionalidade, que é o que mais interessa para os fins desse trabalho, segue-se que essa atividade, de natureza preventiva, envolve um controle obrigatório e um controle facultativo. O controle preventivo e obrigatório, nos termos do artigo 61 da Constituição francesa de 1958, recai sobre as leis orgânicas e sobre os regulamentos internos das Assembleias parlamentares, controle esse que sem o qual nenhuma dessas modalidades jurídicas adquire eficácia. (FRANÇA, 1958) Logo, nesse caso, o Conselho Constitucional, independentemente de provocação, deve manifestar-se previamente à promulgação da lei orgânica e à entrada em vigor dos regulamentos internos das Casas do Parlamento sobre a conformidade de tais atos em relação à Constituição. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p.91) Por outro lado, em relação às leis ordinárias e aos compromissos internacionais, o controle preventivo é facultativo, sendo, nos termos do artigo 54 e 61, alínea 1, exercido mediante ação de iniciativa do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados) ou do Presidente do Senado, ou por iniciativa de 60 deputados ou 60 senadores. (FRANÇA, 1958) Com efeito, uma vez declarada a inconstitucionalidade pelo Conselho Constitucional, a lei sequer será promulgada, o que impedirá, por via de consequência, a sua entrada em vigor.

Nos dias atuais, ao lado dessas atividades, o Conselho Constitucional ganhou uma outra função bem específica, em decorrência de uma série de inovações estruturais que o ordenamento jurídico francês ousou estabelecer. É que nos anos 70, após uma decisão paradigmática, o Conselho Constitucional evoluiu para fazer novas construções em matéria de direitos fundamentais. Na oportunidade, a decisão n. 71-44 DC, de 16.7.1971 (FRANÇA, 1971), buscando fazer uma releitura ou reinterpretação do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que remete imediatamente à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e ao Preâmbulo da Constituição de 1946, reconheceu que os direitos fundamentais neles previstos incorporavam-se à Constituição de 1958, funcionando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. A partir de então, o Conselho Constitucional passou a desempenhar um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2010, p.32; GOMES, 2003, p.100)

Finalmente, reforma constitucional introduzida pela Lei Constitucional n. 2008-724, de 23 de julho de 2008³⁷, em um contexto que muito faz lembrar a sistemática dos tribunais constitucionais europeu, inovou o controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional, ampliando a sua competência, para lhe permitir também que seja exercido o controle repressivo de constitucionalidade da lei promulgada e em vigor, violadora dos direitos e liberdades constitucionais, toda vez que for invocada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a denominada questão prioritária de constitucionalidade (QPC).

Logo, a reforma constitucional francesa introduzida permitiu um controle *a posteriori* das leis promulgadas pelo Parlamento, abrindo a possibilidade do cidadão suscitar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei em um processo (judicial ou administrativo) em que figure como parte.

Ora, a questão prioritária de constitucionalidade (QPC) “é um incidente que qualquer pessoa que seja parte em um processo (judicial ou administrativo) pode suscitar, para afirmar que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição” (CUNHA JUNIOR, 2011, p.92).

Assim, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade da questão, “o Conselho Constitucional, a cujo exame se submeterá a referida questão, mediante remessa do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, deverá pronunciar-se e, se necessário, revogar a disposição legislativa” (CUNHA JUNIOR, 2001, p.93).

Com isso, corrige-se uma grave falha que o controle preventivo provocava, ao se permitir eventualmente que uma lei, publicada e em vigor, mesmo tendo sido verificada a sua inconstitucionalidade prévia, permanecesse viva e incólume no sistema jurídico francês, mesmo que no futuro, quando da aplicação concreta da lei, viesse a apresentar sintomas de inconstitucionalidade, porquanto atentatória aos direitos fundamentais.

Verifica-se, com isso, o significativo avanço que a reforma constitucional trouxe para o tema do controle de constitucionalidade no direito constitucional francês, embora continuemos a duvidar quanto à maturação do pensamento francês em se permitir a

³⁷ O artigo 29 da Lei Constitucional n. 2008-724 introduziu, na Constituição francesa, o art. 61.1, com a seguinte redação: “Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.” (FRANÇA, 1958) Em razão da exigência de regulamentação por lei orgânica, a reforma operada nesse dispositivo constitucional (art. 61-1) somente entrou em vigor em 01 de março de 2010, vindo à baila o diploma legal somente em 10 de dezembro de 2009 (Lei Orgânica n. 2009-1523, de 10 de dezembro de 2010).

transformação pura e simples do Conselho Constitucional em uma verdadeira Corte Constitucional.³⁸

4.2 CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO

A história do direito norte-americano, embora caudatária do modelo da *common law* elaborado pelos ingleses, não pode ser entendida como um desdobramento do direito inglês.³⁹ A Inglaterra é uma monarquia com regime parlamentar; os Estados Unidos, uma República Federativa, e, portanto, uma federação descentralizada política e administrativamente. Naquela vigora-se a supremacia do Parlamento; nesta, a supremacia da Constituição. Do lado de lá, uma Constituição real, afeiçoada ao longo do tempo; na República do Norte, uma Constituição formal e rígida.

A propósito, essas diferenças podem ser retraçadas aos fatores desencadeadores da independência norte-americana, cujas relações entre os países se tornaram turbulentas, sobretudo em função da mudança da política tributária introduzida pela Inglaterra para contrabalancear as despesas contraídas em decorrência de sucessivas guerras, bem como das restrições ao comércio colonial.

De fato, o agravamento entre os colonos e as autoridades metropolitanas pode ser corroborado, por exemplo, pelo episódio conhecido como o *Stamp Act*, pelo qual os colonos se insurgiam contra a Coroa britânica, que, após a vitória sobre a França, na Guerra dos Sete Anos (1756-1763), havia instituído um tributo conhecido como imposto do selo, incidente sobre jornais, documentos e outros itens, sob a alegação de que as colônias deveriam contribuir para a sua própria defesa. E a sublevação dos colonos fundava no discurso da falta

³⁸ Essa desconfiança para com a Corte Constitucional fica evidenciada nas considerações lançadas por Joaquim Barbosa Gomes: “O presidente Charles de Gaulle, ‘pai’ da Constituição de 1958, indagado nos anos 60 sobre a possibilidade de se instituir na França uma corte suprema à luz do modelo americano e das cortes constitucionais européias àquela época ainda engatinhando, respondeu com uma frase que traduz à perfeição o sentimento de reserva então existente em relação ao controle de constitucionalidade: ‘*La seule Cour Suprême em France, e’est le peuple*’.” (GOMES, 2003, p.124)

³⁹ Em uma percuciente análise, Lenio Luiz Streck assenta: “O Direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do tipo inglês. Os próprios conceitos tornaram-se diferentes, e os dois Direitos já não se identificam pela estrutura. Não se deve, contudo, exagerar nas diferenças. Apesar delas, existe um fundo comum aos dois direitos que é muito importante: o bastante para que os americanos se considerem membros da família da *common law*.” (STRECK, 2010, p.319)

de representatividade no Parlamento, já que os impostos foram cobrados sem que as colônias tivessem sido ouvidas, originando uma das propagandas da futura revolução norte-americana: “*no taxation without representation*”. Além disso, outro episódio histórico marcaria a tensão entre as nações: o *Tea Party* de 1773. Nesse ano, o governo inglês daria à Companhia das Índias Ocidentais a permissão de vender sua produção de chá no mercado americano, prejudicando consideravelmente os negócios entretidos pelos comerciantes locais. Um grupo de homens, fantasiados de índios, em oposição à política protecionista adotada pela Metrópole em relação à sobredita Companhia, lançaram chá ao mar, ato esse que seria repetido em outras cidades. Mesmo com a restauração da ordem, o *Boston Tea Party* é considerado historicamente como o evento que teria fomentado a independência. Tanto que três anos depois desse ato, as 13 (treze) colônias fundariam os Estados Unidos da América.

Sobre tal aspecto, os ensinamentos de Luis Roberto Barroso são esclarecedores:

As sanções inglesas contra Massachusetts e a transferência para o Canadá das terras ao norte do rio Ohio – medidas que ficaram conhecidas como *atos intoleráveis* – motivaram a convocação do Primeiro Congresso Continental, em 1774, que marcou o início da reação organizada das colônias à Coroa Britânica. No ano seguinte, já em estado de guerra, reuniu-se o Segundo Congresso Continental, que funcionou de 1775 a 1788 e foi palco das principais decisões que selariam o futuro da revolução americana. Ali deliberou-se a constituição de um exército organizado, cujo comando foi entregue a George Washington; as ex-colônias foram estimuladas a adotar constituições escritas; e designou-se uma comissão para elaborar a *Declaração de Independência*, cujo principal redator foi Thomas Jefferson. Assinada em 4 de julho de 1776 pelos membros do Congresso, esse documento é considerado um marco na história das ideias políticas, passando a simbolizar a independência das treze colônias, ainda como Estados distintos. (BARROSO, 2010, p.16)

Com a proclamação de independência em 4 de julho de 1776, as treze antigas colônias britânicas da América do Norte (Delaware, Maryland, Virgínia, North Carolina, South Carolina, Geórgia, New Hampshire, Massachusetts, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania e Rhode Island) transformaram-se em treze Estados soberanos, unidos sob o manto de uma confederação. Sucede que cada Estado, como país independente, se preocupava com os seus próprios interesses, sem cuidar dos negócios dos outros, não se olvidando que os Estados vizinhos taxavam as mercadorias uns dos outros; havia, ainda, dozes moedas diferentes em circulação na Confederação, todas de pouco valor; o governo dos

novos Estados, com apoio de seus Legislativos, recusavam-se a pagar as dívidas contraídas durante a Guerra da Independência; a Grã-Bretanha se recusava, ademais, a reabrir os canais de comércio de que necessitavam as unidades confederadas. Enfim, os novos Estados enfrentavam grandes problemas de sobrevivência interna e de reconhecimento externo. (FIUZA, FERREIRA, COSTA, 2010, p.186) A fragilidade da confederação foi muito bem ilustrada pelo sempre lembrado Luis Roberto Barroso:

[...] Essa união mostrou-se frágil e incapaz de enfrentar os desafios da consolidação das novas nações independentes e de impedir a competição predatória entre elas. Não se previu a criação de um Executivo central nem de um Judiciário federal. Além disso, o Congresso não tinha poderes para instituir tributos nem regular o comércio entre os Estados. A insatisfatoriedade da fórmula adotada era patente e justamente para revê-la foi convocada uma convenção, que se reuniu na Filadélfia a partir de 14 de maio de 1787. (BARROSO, 2010, p.16)

Com isso, os líderes da Revolução chegavam à conclusão de que era necessário repensar esse modelo, a partir de uma organização de um governo nacional forte que pudesse trazer unidade e sujeição interna, além de reconhecimento externo. Foi assim que os representantes de alguns Estados se reuniram em Annapolis (Maryland), em 1786, e solicitaram que os Estados nomeassem delegados para uma reunião em Philadelphia (“Convenção Constitucional”), com o objetivo de reverem os “Artigos da Confederação”. Uma vez aprovada a proposta, em 25 de maio de 1787, os delegados de doze dos Estados⁴⁰ iniciaram os trabalhos, e após um longo período⁴¹, os Constituintes, em vez de reverem os Artigos da Confederação, elaboraram um novo texto. Enfim, mais do que meras lucubrações sobre a Confederação, a consequência imediata do encontro foi o surgimento da Federação norte-americana e o aparecimento da primeira Constituição escrita do mundo moderno⁴², que

⁴⁰ Rhode Island não mandou representantes porque não queria a criação de um governo nacional que viesse atravancar os negócios do Estado, muito embora viesse ratificar a Constituição em 1790.

⁴¹ O texto aprovado pela Convenção sofreria um longo debate político para a sua ratificação. De um lado, situavam-se os federalistas, favoráveis à ratificação da Constituição, cujos textos, que se tornariam notáveis com a denominação de “*O Federalista*”, demonstravam a importância da Constituição e a necessidade de sua ratificação. De outro, encontravam-se os antifederalistas, designação essa dada à corrente contrária à ratificação da Constituição, como, por exemplo, o Estado estratégico de Massachusetts, que só viria a ratificar a Constituição por força do expediente da barganha ao chefe do Executivo, já que no acordo celebrado, os federalistas não se oporiam à reeleição do governador e proporiam o seu nome para vice-presidente. (BARROSO, 2010, p.17)

⁴² A Constituição norte-americana conta, desde a sua entrada em vigor, com apenas sete artigos, muito embora tenham este desdobrados em seções e incisos, tendo sido ao longo dos anos aprovados um número reduzido de vinte e sete emendas. O artigo 1º é dedicado ao Poder Legislativo; o artigo 2º, ao Executivo; o art. 3º, ao Judiciário; o art. 4º, a situações que envolvem relações entre os Estados da Federação; o art. 5º, às emendas à

na lição de Barroso (2010, p.17) passou a significar “o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríptico conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of the Law*)”.

De acordo com as considerações de ordem histórica, deduz-se que a Constituição escrita, e por que não dizer rígida, norte-americana é exigência da sua própria independência, o que, inevitavelmente, envolvia o rompimento dos costumes.

Tal questão justifica a possível e aparente contradição, reproduzida pelo fato de que, muito embora estivessem na mesma linha de desdobramento do modelo da *common law*, os Estados Unidos conceberam um modelo de Constituição rígida, “onde esta aparece como autêntica lei fundante/fundamental, a começar pelo próprio texto que a define como a ‘supreme law of the land’” (STRECK, 2004, p.331).

É por esse motivo que podemos sustentar, com García de Enterría, que a supremacia da Constituição⁴³ é caudatária do constitucionalismo norte-americano, sendo considerada a criação jurídica mais importante daquele país, ao lado do regime federal. (ENTERRÍA, 2001, p.51) Enfim, “[...] la Constitución vincula al juez más fuertemente que las Leyes, las cuales solo puedes ser aplicadas sin son conformes a la Constitución” (ENTERRÍA, 2001, p.54).

Logo, a Constituição norte-americana exhibe claramente uma dupla função, que Jorge Miranda (2002, p.84) nominou de “lei fundamental” e de “pacto constitutivo da união”, tendo em vista que, atuando como norma suprema do ordenamento jurídico, a Constituição se prestou a fundar o novo Estado.

E foi justamente dentro desse ambiente fértil, a partir dos elementos de ordem histórica e ideológica relatados, que se desenvolveu uma rica doutrina do controle judicial de constitucionalidade denominada *judicial review*, habilitando o juiz, em derredor do sistema

Constituição; o art. 6º relata a supremacia da Constituição e das leis; e o art. 7º cuida da ratificação da Constituição pelos Estados. Não se pode perder de vista que a Constituição, em sua versão original, não possuía uma declaração de direitos. O conhecido “*Bill of Rights*” só foi introduzido em 1791, com as primeiras dez emendas.

⁴³ A própria Constituição norte americana, de 17 de setembro de 1787, consagrou a tal supremacia, conforme se depreende do preceptivo do seu artigo VI, cláusula 2ª (a chamada “supremacy clause”): “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787) Com a tradução para o português, temos: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juizes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.” (CUNHA JUNIOR, 2009, p.269)

rígido constitucional, no qual acolhe a supremacia da Constituição, a fulminar por inválida toda lei inferior que seja contrária ao diploma constitucional. É esse o exame que se propõe a fazer no item a seguir.

4.2.1 O sistema norte-americano do *judicial review* (of the constitutionality of legislation)

A partir do relato histórico trazido pela pesquisa realizada nesse trabalho, ficou constatado que a história da independência norte-americana e a revolução por ela deflagrada revelam o porquê dessa especial desconfiança para com o Parlamento. Os norte-americanos, sob a visível influência de Locke, optaram por confiar os direitos e liberdades à Constituição, diferentemente da Revolução francesa, a qual confia “na obra do legislador virtuoso” (STRECK, 2004, p.330).

Ora, o constitucionalismo norte-americano sempre se destacou pela participação ativa dos juízes e, notadamente, da Suprema Corte na demarcação de diversas controvérsias existentes.

A propósito, essa talvez seja uma das mais velhas soluções dadas pelo constitucionalismo: conferir ao juiz, que já dirime a controvérsia concreta, o papel de também dirimir a controvérsia constitucional, numa perspectiva de prejudicialidade ou incidentalidade.

Essa constatação foi bem lançada pelos juristas Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco, conforme se depreende do seguinte excerto:

Nos Estados Unidos, ao contrário do que acontecia na Europa na mesma época, não há preocupação maior com o poder do Executivo. [...]. O perigo que assusta é justamente o da extensão desmesurada do Poder Legislativo. O caminho que os americanos arquitetam para si é o do equilíbrio dos poderes, precavendo-se contra as ambições hegemônicas do Congresso. A desconfiança para com o parlamento pode ser retraçada aos fatores desencadeadores da independência americana. Leis britânicas das vésperas da independência, em especial no que tange à taxação, provocaram a indignação dos colonos, que as viram como resultado de um parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado. O Parlamento britânico se assomou aos colonos como força hostil à liberdade. A nova nação deveria precaver-se contra a

legislatura propensa às medidas tirânicas. Haveria de se construir um governo limitado. [...] Tudo isso colaborou para que se encontrasse um valor jurídico único na Constituição, como instrumento de submissão dos poderes a limites. [...] O reconhecimento de que a Constituição é norma jurídica aplicável à solução de pendências foi decisivo para que se formasse a doutrina do *judicial review*, pela qual o Judiciário se habilita a declarar não aplicáveis normas contraditórias com a Constituição. O constitucionalismo moderno ganhava assim um dos seus elementos mais característicos, com antecipação ao que veio ocorrer, bem mais tarde, na Europa. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.190-192)

Os constitucionalistas, na mais prazível das harmonias, costumam dizer que, no âmbito do controle de constitucionalidade, os norte-americanos tomavam um sentido inverso dos franceses, já que, enquanto estes, fundados no rigorismo da separação dos poderes, externavam maior admiração ao Poder Legislativo, aqueles atribuíam outras funções que não as típicas ao Judiciário em face dos abusos cometidos pelo Executivo e pelo Legislativo dos colonos europeus em geral. De fato, “os norte-americanos não tinham nenhum compromisso com a desconfiança que os franceses, por exemplo, tinham com seus magistrados” (STRECK, 2004, p.332). De mais a mais, fatores de ordem ideológica também contribuíram para o aparecimento de uma engenhosa doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis contrárias à Constituição, uma vez que os norte-americanos já conheciam a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*) e procuraram aperfeiçoá-la, sob os auspícios de Hamilton, Jay e Madison (2009).

Novamente Cappelletti vem em nosso auxílio:

Em nítido contraste com esta concepção francesa está, obviamente, a concepção norte-americana (e não apenas norte-americana) dos *checks and balances*, inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado. Pelo que, à luz desta concepção, se explica perfeitamente, por um lado, como o poder judiciário possa controlar, na América, a legitimidade constitucional das leis – e também dos atos administrativos e, por outro lado, como os poderes legislativo e executivo possam, como foi visto no parágrafo precedente, intervir, por sua vez, no momento da escolha e da nomeação dos juízes da *Supreme Court* (e não apenas desta Corte). [...] Revela-se aqui, então, uma profunda, nítida contraposição entre a concepção francesa e a norte-americana: uma contraposição que, limpidamente, se reflete, exatamente ainda hoje, de um lado, no sistema francês do controle não judicial, mas meramente político (e preventivo), de constitucionalidade das leis e, de outro lado, no oposto sistema americano de controle judicial e difuso, ou seja, no sistema da *judicial review*. (CAPPELLETTI, 1999, p.98-99)

Pois bem, diante da existência de uma Constituição escrita e rígida, na qual traz como regra expressa a supremacia constitucional em seu artigo VI, cláusula 2ª (*supremacy clause*), e, ainda, fortalecidos na teoria simpática à expansão dos poderes do Judiciário, prevaleceu o entendimento de que a origem da *judicial review* já se encontrava nas dobras da Constituição norte-americana⁴⁴, uma vez que lá fora posto pela história. (COÊLHO, 1999, p.77)

E foi justamente dentro desse cenário que o *Justice Marshall*, no afamado caso *Marbury v. Madison* daria um voto que entraria para a história, muito embora se acredite que o raciocínio por ele desenvolvido tivesse a sua semente já plantada muito bem antes pela história universal, representada pela doutrina de Sir Edward Coke, na Inglaterra e pelo pensamento de Hamilton^{45 46}, no próprio Estados Unidos.

Essa conclusão é bem lançada por Cappelletti:

⁴⁴ Em sentido contrário, entendendo que o *judicial review* norte americano, por não ter sido reproduzido de forma expressa na Constituição dos Estados Unidos da América, foi resultado do trabalho da Suprema Corte, temos Lúcio Bittencourt, de cujas lições podemos extrair o seguinte excerto: “A idéia de se atribuir às Côrtes de Justiça a guarda da Constituição encontra, efetivamente, sua primeira manifestação histórica na prática constitucional dos Estados Unidos da América. Foi *construída* pela jurisprudência da Côte Suprema, na ausência de preceito expresso na Constituição, tendo sido enunciada, em caráter definitivo, no famoso caso *Marbury v. Madison*, onde o verdadeiro arquiteto do direito constitucional americano – o juiz Marshall – a expôs limpidamente, imprimindo-lhe a marca do seu gênio.” (BITTENCOURT, 1949, p.10)

⁴⁵ Para Hamilton, qualquer lei contrária à Constituição não pode ser considerada válida. Afirmar o contrário seria o mesmo que dizer que Legislativo é superior ao próprio povo por Ele representado. Sustentava, em síntese, que a guarda da Constituição deveria ser entregue ao Poder Judiciário, considerado por ele como o menos temível entre os poderes, e, por via de consequência, o que dispunha de menor condição para hostilizar os direitos fundamentais do texto constitucional. E dizia mais: “A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo. [...] onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira. (HAMILTON, JAY, MADISON, 2009, p.226)

⁴⁶ Interessante anotar que mesmo antes da decisão de Marshall, houve antecedentes que justificassem o controle de constitucionalidade exercido por juízes. “Decano Treanor identifica trinta e um casos federais nos quais uma lei foi invalidada e outros sete, nos quais, apesar de a lei ter sido preservada, um juiz concluiu que era inconstitucional. Entre as decisões dos tribunais federais reconhecendo o poder judicial de controle da constitucionalidade, estava uma série de casos da Suprema Corte – notadamente, *Hylton v. United States* e *Ware v. Hylton*. A decisão da Suprema Corte em *Hylton v. United States* foi chamada ‘o primeiro desafio bem definido da constitucionalidade de um Ato do Congresso a aparecer perante a Corte. Em *Hylton*, estava em questão se um tributo sobre transportes individuais imposto por um ato do Congresso era constitucional. A Suprema Corte manteve o ato do Congresso, sugerindo o seu poder de rever leis quanto à sua consistência com a Constituição. A Suprema Corte em *Ware v. Hyton* exerceu uma espécie de controle de constitucionalidade de uma lei estadual. A Corte sustentou que uma lei editada pelo Estado de Virgínia era inconsistente com o Tratado de Paris e, portanto, invalidou lei estadual, com base na cláusula de Supremacia da Constituição dos EUA.” (FINE, 2007, p.347-381) No mesmo sentido manifesta-se Ronaldo Poletti (1985, p.32).

Mais de um século de história americana e de imediatos, unívocos precedentes estavam, por conseguinte – e é bom sublinha-lo – por detrás do Chief Justice John Marshall quando ele, em 1803, também sob a égide do bastante confuso art. VI, cláusula 2ª, da Constituição Federal de 1787, proclamou, em clara voz, no caso *Marbury versus Madison*, o ‘principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument’.

Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, como já me parece ter exaustivamente demonstrado, não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal. (CAPPELLETTI, 1999, p.63)

Mas o que veio a ser este caso *Marbury v. Madison*?

O evento fático é relatado por Raul Machado Horta:

O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, favoreceu, finalmente, os desígnios de Marshall. Tratava-se de assuntos de pequena importância, com origem na recusa dos republicanos de Jefferson de empossar modestos juizes de paz nomeados pelos federalistas de Adams. É conhecido o episódio histórico. Adams, nos últimos instantes de seu mandato presidencial, nomeou algumas dezenas de juizes de paz. No aqodamento das providências finais, que antecederam à transmissão do cargo a Jefferson, eleito por partido adverso, o Secretário competente, na época o próprio Marshall, esqueceu-se, ou não teve tempo de providenciar o expediente necessário, deixando na mesa de trabalho os atos de nomeação. Ali os foi encontrar o Secretário Madison, sucessor de Marshall. Inteirado dos fatos, Jefferson ordenou que se expedissem apenas 25 atos, inutilizando os demais. Entre os prejudicados, figuravam *Marbury* e os três companheiros que recorreram à Suprema Corte, em 1801 (William *Marbury*, Denis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper), pleiteando um *writ of mandamus* contra o Secretário Madison, para empossá-los nos cargos.

Marshall admitiu a justiça da pretensão. Preocupava-o, entretanto, a resistência do Executivo à decisão favorável da Suprema Corte. O caso, que não envolvia interesse material de monta, colocou mais à vontade o ‘Chief-Justice’ para firmar decisão de profundas conseqüências políticas. Entrando no exame do caso, Marshall invoca a inconstitucionalidade do artigo 13, da lei de 1789, no qual se basearam os recorrentes, artigo esse que deferia à Suprema Corte a faculdade de expedir, diretamente, *writ of mandamus*, em desacordo com o artigo III, seção II, do texto constitucional, que lhe conferiu, em princípio, jurisdição de apelo, contemplando expressa e excepcionalmente os casos de jurisdição ordinária. Inicialmente, os interessados deveriam postular seu direito perante uma das Cortes de Distrito, para, em grau de recurso, se cabível, submeter o caso à apreciação da Suprema Corte. Lançando o princípio, Marshall realiza

uma retirada estratégica, no bom sentido militar, invocando a incompetência da Corte Suprema para decidir o caso concreto.

Obra de arte política, a sentença reconhecia o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, sem conferir efeitos práticos imediatos à declaração de inconstitucionalidade.

O que interessava fundamentalmente a Marshall era aquele reconhecimento, que servia a dois objetivos de longo alcance: o de neutralizar possível reação desfavorável do Governo federal e firmar valioso precedente jurisprudencial para impedir, se necessário, as transformações esperadas em virtude dos resultados do pleito de 1801. (HORTA, 1953, p.54)

Enfim, o episódio histórico se deu no final de 1800, quando a partir das eleições para Presidente, vencidas pelo candidato da oposição (partido republicano), Thomas Jefferson, o então Presidente John Adams, do partido federalista, articulou um plano para manter sua influência ao menos no Poder Judiciário, uma vez que não só o Executivo, como o Legislativo, seriam dominados pelos republicanos. Ou seja, “vencidos nas eleições, procuraram os federalistas, no seu pouco tempo restante de administração, entrincheirar-se nos tribunais” (RODRIGUES, 1992, p.22). E no apagar das luzes, duas leis foram aprovadas: a *The Circuit Court Act*, de 13 de fevereiro, e a *The Organic Act of the District of Columbia*, de 27 de fevereiro, todos do ano de 1801. A primeira dessas leis reduziu o número de Ministros da Suprema Corte, a fim de restringir a nomeação pelo futuro Presidente Thomas Jefferson, e criou dezesseis cargos de juiz federal, todos eles preenchidos sob a influência de aliados federalistas. E a segunda lei, que mais interessa para o contexto do caso em tela, que, na véspera da posse de Jefferson, nomeou quarenta e dois juízes de paz, contemplação essa que gerou a alcunha pelos republicanos de “juízes da meia-noite”. O Senado conseguiu aprovar os referidos cargos na véspera da posse de Thomas Jefferson, porém não houve tempo para que todos recebessem do secretário de John Adams os atos de investidura. Marbury foi um dos que deixou de recebê-lo, o que o motivou a ingressar com o *writ of mandamus*, já que sob a nova gestão o novo Secretário de Estado James Madison recusou-se a empossá-lo. (BARROSO, 2006a, p.3-5) O pedido de Marbury fundava-se na lei de 1789, a *The Judicial Act*, que atribuía à Suprema Corte norte-americana a competência originária para processar e julgar o *writ* impetrado.

Por um período de dois anos, a Suprema Corte relutou em apreciar o caso em tela, o que lhe arrogara a condição de Corte omissa pela opinião pública e imprensa da época. A repercussão foi tamanha que se cogitou pedir o *impeachment* de seus juízes. O governo, por sua vez, manifestava-se publicamente dizendo que a concessão da ordem provocaria uma

crise institucional. Além dessas razões de ordem técnico-política, some-se a de ordem ético-jurídica, caracterizada pelo fato de Marshall, o responsável pelo julgamento, ter uma relação direta na causa, o que configuraria caso de impedimento e/ou suspeição. Afinal, Marshall tinha sido Secretário de Estado do então Presidente Adams, e não teve a oportunidade de a tempo empossar os recém-nomeados.

Mesmo diante desse cenário um tanto quanto tumultuado, Marshall, realmente, acabou sendo o juiz designado para o caso. Em seu voto, o *Chief Justice*, invertendo a ordem do julgamento⁴⁷ para primeiro julgar o mérito e depois a preliminar de incompetência da Suprema Corte, afirmava que, na parte meritória, Marbury teria direito à investidura no cargo, uma vez que havia sido nomeado juiz de paz nas condições estabelecidas de forma definitiva pela lei, e pensar o contrário consubstanciaria lesão a direito adquirido, posto que assinado pelo Presidente dos Estados Unidos da América e chancelado pelo Secretário de Estado. Porém, partindo para a segunda análise, *Marshall* declarou que não era competente para deliberar sobre a matéria. Em que pese a lei criar um caso de competência originária, o *Justice* concluiu que igual competência não era prevista na Constituição dos Estado Unidos, o que tornava o ato inconstitucional.

Enfim, Marshall deixa, em sua decisão, registrado que:

Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei,

⁴⁷ Interessante são os apontamento de Dirley da Cunha Junior: “[...] lançando olhos para os aspectos fáticos que engendraram a famosa decisão, vamos perceber que tudo não passou de um indecente caso de politicagem. Isso porque, Marshall, além de *Chief Justice*, era Secretário de Estado do então Presidente Federalista John Adms, e nessa condição auxiliou o Presidente dos EUA, em fim de mandato, a realizar inúmeras nomeações em favor de correligionários (os conhecidos ‘testamentos políticos’), que foram feitas no último dia de seu governo. Todavia, Marshall, substituído por Madison na Secretaria de Estado, não teve tempo de fazer chegar às mãos de todos os interessados os atos de nomeação, razão pela qual estes foram sustados por ordem do novo Presidente dos Estados Unidos, o então republicano Thomas Jefferson. Entre os prejudicados pela sustação, figurava William Marbury, nomeado juiz de paz no Condado de Washington, Distrito de Columbia, que moveu uma ação judicial (*wrti of mandamus*) junto à Corte Suprema objetivando obrigar Madison a empossa-lo. Nesse caso – conhecido por *Marbury v. Madison* – o *Justice* Marshall não só tomou parte no julgamento, mas liderou a opinião de seus pares, o que caracterizou uma situação *sui generis*, dado o seu manifesto interesse pessoal e direto no caso em apreço. Acuado pela opinião pública e pela ameaça de *impeachment* dos juízes da Suprema Corte e do não cumprimento da ordem, caso deferida, Marshall valeu-se de uma habilidosa estratégia. Embora reconhecendo o direito de Marbury, denegou a ordem requestada em razão de uma preliminar de incompetência da Corte. Para o reconhecimento dessa preliminar, Marshall desenvolveu a sua doutrina do *judicial reviem of legislation*, reconhecendo a inconstitucionalidade de dispositivos de lei que atribuía competência à Suprema Corte para julgar originariamente ações daquela espécie (a Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 13, da lei de 1789, no qual se basearam os recorrentes). Considerou-se que a competência da *Suprema Court* encontrava-se taxativamente enumerada na Constituição, sem qualquer possibilidade de ampliação legal.” (CUNHA JUNIOR, 2011, p.69-70)

substituirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas o que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial.

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aludiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz. (*apud* BARBOSA, 1933, p.129-130)

Logo, dos ensinamentos deixados pela notável decisão resulta que toda lei que não guarda relação de compatibilidade vertical com a Constituição deve ser declarada nula. Três são as premissas fixadas: a) supremacia da Constituição; b) nulidade de lei contrária à Constituição; c) competência do Judiciário para examinar o controle de constitucionalidade das leis.

Com essa decisão, as premissas do *judicial review* foram definitivamente fixadas, dando origem à doutrina da supremacia judicial ou governo dos juízes, e fazendo irradiar o que se comumente denomina de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, já que todos os juízes estão aptos a examiná-lo.

A propósito, as características do modelo norte-americano do controle de constitucionalidade são comentadas por José Alfredo de Oliveira Baracho. Segundo o autor,

[...] a Justiça Constitucional no sistema político dos Estados Unidos, para Jean Marcou, não tem dimensão orgânica que lhe é dada na Europa, desde que ela não exerce uma função exclusivamente

confiada a um órgão jurisdicional, especialmente criado para estes efeitos. O sistema americano de controle de constitucionalidade das leis reveste-se de certas características como: - é difuso e desconcentrado, desde que todos os Tribunais podem apreciar a constitucionalidade de uma lei; - é concreto, pois opera-se e efetua-se sempre no quadro de um processo, por ocasião da aplicação mesma da lei; - é realizado *a posteriori*, porque intervém após a promulgação da lei. No seio deste sistema, a Suprema Corte Federal apresenta-se com um aspecto peculiar, como jurisdição suprema dos Estados Unidos, ao lado de um conjunto de tribunais, onde todas as Cortes supremas dos Estados federados constituem a última manifestação dos procedimentos jurisdicionais, em nível de Estado-membro. (BARACHO, 2001, p.95)

Ora, o atributo da fiscalização difusa norte-americana é apontado com uma das grandes vantagens desse tipo de modelo de controle, pois se permite que todo cidadão questione no momento que lhe convier a inconstitucionalidade da lei perante qualquer juiz.

O modelo estadunidense parte de uma perspectiva muito simples e até lógica do sistema de proteção judicial. Se é o juiz que é competente para solucionar uma controvérsia qualquer relativa a um bem da vida, ele o também será para resolver as controvérsias constitucionais subjacentes.

Apesar do voto proferido pelo Juiz Marshall constituir um marco para o controle de constitucionalidade⁴⁸, é curioso notar que a Corte pós-Marbury⁴⁹, sobretudo na primeira metade do século XX, emudeceu na sua tarefa de controlar os atos emanados do Congresso. De fato, segundo relato, a Suprema Corte norte-americana tinha invalidez apenas quarenta e

⁴⁸ Em que pese a crítica recebida, consubstanciada na possibilidade de desarmonia dos julgados que levam à insegurança jurídica e ao descrédito do Judiciário, a fiscalização difusa a partir da decisão de Marshall teve boa aceitação da comunidade jurídica. Foi assim que a decisão do *Chief Justice* foi classificada como a peça central do sistema e da sociedade americana (ENTERRÍA, 2001, p.126-127), a contribuição da América para a ciência política (GRANT *apud* CAPPELLETTI, 1999, p.46), marco constitucional da história do mundo (ROTHENBURG, TAVARES, 2003, p.5), reinvenção da Constituição (SAMPAIO, 2002, p.32).

⁴⁹ Até a guerra civil americana, a declaração de inconstitucionalidade foi invocada apenas duas vezes: no já citado caso *Marbury v. Madison* (1803) e no caso *Dred Scott* (também conhecido por *Dred Scott v. Sandford*). *Dred Scott* era um escravo negro que suplicou pela sua liberdade, ao fundamento que a lei aprovada pelo Congresso assegurava aos escravos dos novos territórios do oeste o direito à liberdade. A Suprema Corte, já sob a presidência de Taney, reconheceu a inconstitucionalidade de referida lei, sustentando que ela violava o disposto na 5ª emenda, pois admitia que um cidadão (no caso o proprietário do escravo *Dred Scott*) fosse privado de bens de sua propriedade (escravo negro) sem o devido processo legal. A decisão de Taney negava capacidade jurídica aos escravos, pois não eram considerados cidadãos. Os efeitos da decisão, considerada do ponto de vista dos direitos humanos uma aberração, tiveram curta duração, uma vez que a 14ª emenda constitucional (1868) estendeu a cidadania a todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição. (POLETTI, 1985)

uma lei (JACKSON, 1979)⁵⁰. A propósito, essa postura pró-ativa da Suprema Corte de fiscalizar os atos normativos foi quase que definitivamente abandonada na vigência do plano *New Deal* do presidente Roosevelt. Para Toni Fine (2007, p.372-373), a Corte praticamente demitiu-se de controlar rigorosamente a legislação do *New Deal* e quase nenhuma lei foi declarada inconstitucional no decênio 1920-30. Essa atitude conservadora da Corte pode ser atribuída, em grande parte, a um combinação de dois fatores: tentativa de o presidente Franklin Roosevelt dar um golpe na Justiça (*Pack the Court*) ante a nomeação de novos juizes para a Suprema Corte e conscientização de seus membros sobre a necessidade de validação da legislação do *New Deal* como um recurso imprescindível à salvaguarda da economia do país (FINE, 2007, p.372-373). Essa situação permaneceu até a Corte Warren (1953-1969), ocasião em que a Suprema Corte promoveu uma espécie de revolução judicial dado o seu papel altamente ativista. Em abono a tal ilação, novamente Toni Fine destaca que

Em seus dezesseis anos, a Corte Warren declarou inconstitucionais 19 leis federais e um número maior de leis estaduais. Suas invalidações de leis estaduais receberam a maior atenção, porque lidaram com muitas das questões explosivas da época, e incluíram *leading cases* sobre liberdades civis, inclusive direitos dos penalmente acusados, e devido processo substantivo. Entre as decisões-marco desse período, a Suprema Corte declarou inconstitucional a segregação em escolas públicas e afirmou que a Constituição resguarda um direito geral à privacidade. A Corte também aumentou dramaticamente o âmbito da doutrina da extensão de proteções contidas na declaração de direitos aos estados. Muitas dessas proteções beneficiavam pessoas acusadas pela prática de crimes. A Corte também decidiu que a Constituição impunha que se fornecesse aos réus criminais pobres um advogado custeado pelo governo. Sob a presidência do Juiz Presidente Earl Warren, a Suprema Corte também interpretou a Quinta Emenda à Constituição como incluindo um componente de proteção isonômica, assentou que a cláusula da interpretação isonômica requer que assentos na legislatura estadual sejam distribuídos com base em princípios de ‘uma pessoa, um voto’, e decidiu que tentativas de modificar a forma como os distritos eleitorais são delineados (*reapportionment*) consistem em questões justiciáveis, rejeitando o argumento de que tais questões seriam ‘políticas’ por natureza e que, portanto, excederiam a competência do tribunal federal. A Corte Warren também deu uma série de decisões significantes a respeito da Primeira Emenda, estendendo o direito à liberdade de expressão a crianças de escolas e confirmando que o direito à liberdade de expressão inclui o discurso simbólico. A Corte assentou que as escolas públicas não podem convencionar leituras obrigatórias da Bíblia ou rezas voluntárias. (FINE, 2007, p.374)

⁵⁰ Um desses acontecimentos que se pode citar era a do conhecido caso *Lochner v. New York* (1905), no qual a Corte, em um contexto apoiado pelo liberalismo econômico, invalidou lei do Estado de Nova York que estabelecia limite para carga horária horária de trabalho dos empregados de padaria.

A Corte Burger (1969-1986), por sua vez, embora mais conservadora, se nivelava no perfil ativista da Corte precedente em muito de seus julgados importantes. Foi assim que no caso *Reed v. Reed* a Corte fixou pela primeira vez entendimento segundo o qual a classificação pelo governo de acordo com o gênero violava a cláusula de proteção isonômica da Décima Quarta Emenda. Já a Corte Rehnquist (1986-2005) tratou de reforçar o poder de controle de constitucionalidade, invalidando mais de trinta atos do Congresso, o que a coloca como uma das mais ativista da história estadunidense (FINE, 2007, p.375-380).

Já sob a presidência de John Roberts, a Suprema Corte será instada a se manifestar sobre a constitucionalidade do plano governamental que reforma o sistema público de saúde nos Estados Unidos, o *Patient Protection and Affordable Care* (Lei de Proteção ao Paciente e da Saúde Acessível), conhecido informalmente por “Obamacare”. O mérito da questão girou ao redor da seguinte discussão: o Congresso Federal, ao aprovar o *Affordable Care*, extrapolou seus limites competenciais ao exigir que todos os americanos tenham cobertura médica até 2014?

O único tribunal de apelação que julgou a lei como inconstitucional foi a Corte Federal de Apelação para o 11º Circuito, de Atlanta (estado da Georgia). Com o julgamento desfavorável, o governo ingressou com o recurso na Suprema Corte, que no dia histórico do dia 28 de junho de 2012, preservou a vigência do *Patient Protection and Affordable Care Act*. Coube ao próprio Presidente da Corte John Roberts proferir o “Voto de Minerva”, considerando a lei constitucional. Afinal, para ele o *Affordable Care* tem o mesmo caráter compulsório de impostos. Vale ressaltar que essa decisão funcionará como paradigma a todos os processos, já que uma entidade conservadora cristã já havia ajuizado, na Suprema Corte, o *writ of certiorari* visando à reforma judicial da decisão favorável ao plano (BALIARDO, 2011).

Percebe-se, portanto, pelo breve relato histórico que o “governo dos juizes” foi-se impondo naturalmente, de modo que hoje todos parecem concordar com a assertiva de que os norte-americanos vivem realmente sob o pálio de uma Constituição, mas enfoca-se que a Carta Política é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é. Dito de outra forma: “Vivemos sob uma Constituição mas a Constituição é aquilo que os juizes dizem que é”. (HUGHES *apud* POLETTI, 1985). Ou ainda, “os juizes não detêm a hegemonia, mas são os intérpretes máximos da vontade constitucional” (WILLOUGHBY *apud* POLETTI, 1985).

Devemos, portanto, entender que, no sistema americano de controle de constitucionalidade, qualquer juiz ou tribunal pode conspurcar por inválidas as leis contrastantes com a Constituição. Daí o porquê de falar em controle difuso. Por outro lado, esse exame de (in)compatibilidade entre a lei e a Constituição se faz circunscrito aos casos concretos submetidos a julgamento e, ainda assim, as questões de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público só podem ser suscitadas incidentalmente ao conflito de interesse, o que faz com que a matéria apresente caráter prejudicial, já que necessita ser analisada antes pelo Judiciário, como condição indispensável para a solução do próprio mérito da demanda. Nesse particular, fala-se que o controle norte-americano é do tipo incidental.

Com base nessas informações, deduz-se que o sistema norte-americano ostenta o caráter difuso-incidental, por meio do qual se entrega a fiscalização de constitucionalidade a todos os órgãos do Poder Judiciário, ou seja, cada juiz ou tribunal pode, no bojo de um processo que envolva um caso concreto, declarar inválida uma determina lei contrastante com a Constituição. Essa particularidade do modelo norte-americano ficou registrado em diversas decisões proferidas pela Suprema Corte. A título exemplificado, vale lembrar a posição defendida pelo *Justice Day* no caso *Muskrat v. United States*:

O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos ligantes na controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial da validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controvérsia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição desta Corte, segundo a lei suprema dos Estados Unidos. (*apud* BITTENCOURT, 1949, p.23-24)

Ademais, vale ressaltar que esse modelo, guardadas as críticas existentes, mostrou-se exitoso, tanto que o *judicial review* expandiu-se para o mundo afora. A fiscalização difusa de constitucionalidade norte-americana foi admitida, de forma pura ou não, nos cinco continentes.⁵¹ Diga-se, ainda, que foi na América Latina que ocorreu a primeira zona de

⁵¹ Jorge Miranda pensa da mesma forma e adjudica ao assunto interessantes adinículos: “No seu estado puro de fiscalização difusa, concreta, incidental e, em princípio, por via de exceção, este sistema irradiou dos Estados

expansão do sistema americano, tendo surgido na México em 1847, na Argentina em 1860 e no Brasil em 1891⁵² (BARACHO, 2001, p.115).

É bem verdade, no entanto, que o modelo norte-americano recebeu um aperfeiçoamento, extirpando eventuais inseguranças jurídicas que o sistema provocava, por meio do instrumento de uniformização da jurisprudência denominado “*stare decisis*”, mecanismo esse que permite à Suprema Corte atribuir o efeito vinculante à sua decisão no caso concreto. Em relação ao tema, adverte Cappelletti:

O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possa surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema de impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgão judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da *não aplicação* da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the books’, é tornada ‘a dead law’, uma lei morta, conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de um tal lei por causa de um ‘mudança de rota’ daquela Corte. (CAPPELLETTI, 1999, p.80-82)

Unidos – por osmose ou não – em vários momentos, para diversos países: além da Grécia, da Noruega e de Portugal, para os países latino-americanos, na Dinamarca, e para a Romênia (nas primeiras décadas do século XX), a Alemanha de Weimar, o Japão desde 1946, a Itália entre 1948 e 1956, ou a Suécia. Em alguns casos, a adaptação ou o funcionamento do sistema levou à concentração em supremos tribunais, através de recurso obrigatório ou de outras formas, com reserva ou primado de apreciação da inconstitucionalidade: Suíça (desde 1874, quanto às leis cantonais, únicas susceptíveis de controle jurisdicional), alguns Estados do Commonwealth (como Canadá, Austrália e Índia) e da América Latina, Irlanda, Filipinas, Guiné-Bissau (após 1984).” (MIRANDA, 1990, p.108-109)

⁵² É verdade, no entanto, que em alguns países há convivência simultânea dos regimes difuso e concentrado, e em outros certas peculiaridades do modelo difuso. Baracho aduz que “na América, deferiu-se a órgão do Poder Judiciário, de acordo com o critério formal, as atribuições do controle. Permitem que diversos juízes ou tribunais tenham a faculdade de aplicar a lei, critério difuso, bem como um órgão supremo, o concentrado: Suprema Corte de Justiça (Bolívia, Colômbia, Chile El Salvador, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Uruguai); Corte Federal (Venezuela); Tribunal Supremo (Porto Rico). Cortes de Cassação Reunidas (Haiti). [...] a Colômbia e a Venezuela, apesar de terem adotado o sistema estadunidense, consagram a peculiar instituição da ‘Ação Popular de inconstitucionalidade’, que acarreta uma declaração geral de inconstitucionalidade das leis, que, para o doutrinador Fix Zamudio, revela a influência dos Tribunais Constitucionais, surgidos na Europa” (BARACHO, 1984, p.313-318). Já o “México, inspirado no *habeas corpus* da *common Law*, criou o ‘recurso de amparo’, destinado a proteger direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos contra atos administrativos e jurisdicionais, permitindo a não aplicação de lei reputada inconstitucional” (SAMPAIO, 2002, p.35).

De fato, o fundamento primário da fiscalização difusa de constitucionalidade apóia-se na premissa segundo a qual o juiz deve aplicar a norma constitucional quando esta contrasta com outra lei de índole inferior. Porém, a funcionalidade do modelo escora-se na regra do *stare decisis*, ou seja, na força vinculante das decisões judiciais. Ao decidir a respeito de qualquer questão constitucional, a decisão da Suprema Corte norte-americana vincula todos os demais órgãos judiciais, circunstância essa que faz com que se lhe empreste eficácia geral (*erga omnes*), mesmo envolvendo um caso concreto. Não por outro motivo que uma vez considerada inconstitucional pela Suprema Corte, a lei americana embora permanecendo “*on the books*”, é tornada “*dead law*”, uma lei morta. (CLÉVEN, 1995, p.53)

O sistema do *judicial review*, apesar de ser bastante coerente, sobretudo após a consolidação do *stare decisis*, não é imune a críticas. O modelo é limitado aos casos concretos, e, por tal razão, não é de se duvidar que muitas leis, dada a dificuldade de serem atreladas a um caso concreto, não sejam questionadas, embora flagrantemente inconstitucionais. Esse modelo culmina no surgimento daquilo que Dirley da Cunha Junior denomina de “leis intocáveis”, exatamente pelo fato de algumas delas não serem atingidas ou examinadas por esse sistema. (CUNHA JUNIOR, 2011, p.75)

De qualquer forma, o modelo norte-americano, em razão de sua evolução histórica, foi construído e se consolidou em torno da ideia pela qual se, de um lado, todos os órgãos jurisdicionais exercem a fiscalização constitucional, de outro, é o órgão de cúpula do Judiciário americano (Suprema Corte) que desempenha uma função essencial em assuntos de índole constitucional. Isso porque os precedentes da Suprema Corte, por força do princípio do *stare decisis*⁵³, vinculam a todos os demais juízes e cortes (estaduais e federais) nas questões que envolvam assuntos constitucionais e no exercício de controle de constitucionalidade das leis federais e estaduais, ressalvando, porém, o aspecto de que a Suprema Corte não se acha vinculada a suas próprias decisões.

Essas particularidades foram muito bem sintetizadas por Ivo Dantas e Dirley da Cunha Júnior:

⁵³ A principiologia do “*stare decisis*” segundo a qual o precedente judicial vincula todos os juízes e cortes decorre do fato de que a origem das normas do sistema da *common Law* dele se extrai (e não do direito legislado). Sobre tal aspecto, merece a lição de Djanira Maria de Sá: “[...] nos país de *common law*, a sentença, além de decidir a controvérsia e impedir às partes a renovação do debate sobre as questões *in concreto* já decididas, funciona também como precedente *in abstracto* para casos semelhantes no futuro.” (SÁ, 1996, p.61)

- a) O controle de constitucionalidade pertence a qualquer juiz, desde que lhe pareça haver choque entre a norma a ser aplicada e a Constituição. Não obstante, o ápice do controle pertence à Suprema Corte, cujas decisões têm o caráter vinculante (*stare decisis*);
- b) O poder-faculdade dos juízes manifesta-se, exclusivamente, na solução do litígio que lhe é posto à decisão. Em consequência, não existe um procedimento específico de inconstitucionalidade, visto que esta é decidida dentro de um processo civil determinado. A solução é, pois, *ad causum*. (DANTAS, 2001, p.63)

[...] a Suprema Corte norte-americana não se identifica com o *Bundesverfassungsgericht* alemão, ou com o *Verfassungsgerichtshof* austríaco, ou com os Tribunais Constitucionais espanhol e italiano. A *Supreme Court* é, isto sim, o mais alto entre os *ordinários* órgãos judiciários federais americanos e a ela se chega, não através de ações especiais ou procedimentos específicos, mas por meio de *normais* ações originárias ou de recursos. (CUNHA JUNIOR, 2009, p.277)

Conforme se verá ao longo dessa pesquisa, há uma forte tendência no Brasil de já se atribuir eficácia geral às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso-concreto. Estabelece-se aqui algo similar ao *judicial review of legislation* norte-americano, vinculando a Administração Pública e os demais tribunais. Mesmo porque beira as raias da teratologia imaginar que uma mesma corte, assim considerada a Guardiã da Constituição, produza efeitos diversos, tudo a depender do tipo de controle judicial: se difuso, a decisão do Supremo é dotada de eficácia *inter partes*, enquanto no controle concentrado é revestida de eficácia *erga omnes*. É chegado o momento de se igualar os efeitos produzidos pela decisão da Suprema Corte, atribuindo-a, quando proferida no contexto do controle difuso, a mesma eficácia antes exclusiva de ações diretas (controle concentrado). É o que esse trabalho se prestará a fazer no decorrer da dissertação.

CAPÍTULO 5 – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A NOVA TENDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo moderno, afirmado no final do século XVIII, permaneceu intacto até meados do século XX, ocasião em que se forjou, na Europa, um novo movimento constitucional voltado a reconhecer a normatividade da Constituição. A esse novo pensamento, deu-se o nome de ‘neo’constitucionalismo⁵⁴, ou, simplesmente, constitucionalismo contemporâneo.

O constitucionalismo contemporâneo originou-se a partir da profunda influência da escola filosófica pós-positivista, por meio dos pensamentos pioneiros de Ronald Dworkin (2007), Robert Alexy (2008), John Rawls (2008). Diferentemente do positivismo, que equiparou o Direito à lei, despindo-o de discussões como legitimidade e justiça, o pós-positivismo procurou a reaproximação entre o Direito e a ética (o Direito e a filosofia), naquilo que se convencionou a chamar de “virada kantiana”, ou seja, a volta à influência de filosofia de Kant (TORRES, 2005, p.41).

Dá-se à estampa o testemunho qualificado de Luiz Alberto David Araújo sobre o assunto:

Após a 2ª Grande Guerra Mundial, um movimento vagaroso, detectado sobretudo na jurisprudência das Cortes Internacionais, foi dando um novo caráter às ordens jurídicas nacionais. Por esse movimento, as Constituições, outrora observadas como repositórios de divisão de competências e de definição de programas genéricos a entes públicos, foram sendo alçadas a um novo patamar, qual seja, o de documentos vinculantes dos poderes públicos, dotados de efetividade e de aplicabilidade inclusive em relação a particulares. A Constituição, havida como um sistema de princípios e regras aberto aos influxos da realidade, passa a uma situação de *onipresença* na ordem jurídica, evocando um esforço constante dos tribunais para a sua concretização. Nesse cenário, os princípios assumem um valor extraordinário, granjeando densificação nas mais diversas situações jurídicas. (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2012, p.27)

⁵⁴ Não obstante a crítica externada, o termo “neoconstitucionalismo” afigura-se incorporado no vocabulário jurídico por diversos autores. Nesse sentido, destacamos o artigo de Luis Roberto Barroso (2007), “Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)” e a obra de Lenio Luiz Streck (2004), “Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito”.

Vive-se, assim, um processo de superação da visão positivista, não para desprezar a relevância da lei escrita, mas sim para confirmar a normatividade aos valores e princípios, ainda quando não expressos e escritos.

Por isso mesmo, o surgimento do constitucionalismo contemporâneo coincide com o desmoronamento do fascismo e nazismo, regimes que protagonizaram a desumanidade sob o império da legalidade. Logo, a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, e décadas mais tarde, após o término de ditaduras na Espanha e em Portugal, a Europa assistiu a um conjunto vertiginoso de mudanças que transformou o modo como o Direito é pensado e praticado. O ‘neo’constitucionalismo foi responsável por provocar mudança de paradigma, de um Estado legalista, cujas ações eram pautadas na lei, já que esta era a única fonte de legitimação do Direito (cultura jurídica marcadamente legicêntrica) para um Estado Constitucional e Democrático de Direito, que procura alçar a Constituição ao centro do sistema jurídico, ou seja, o foco está no conteúdo ético da Constituição.

Sobre o assunto, Lênio Luis Streck adjudica ao assunto interessantes adminículos:

O neoconstitucionalismo tem por objetivo superar as barreiras interpretativas impostas pelo positivismo legalista. A superação de tais obstáculos poderá ser visualizada em três fontes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte – a Constituição passa a ser fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração da teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos; e c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo [...]. Percebe-se que o neoconstitucionalismo propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade [...]. Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implantação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados. (STRECK, 2004, p.159-160)

Mas não é só. O ‘neo’constitucionalismo também foi responsável pela superação daquele modelo que permaneceu incólume até meados do século XX, no qual a Constituição era vista como um documento político, e, portanto, um documento que não era dotado de aplicabilidade direta ou imediata, ou seja, seus efeitos só eram irradiados a partir do momento em que havia a intermediação do legislador regulamentado o que estava previsto na Constituição. Com isso, o Judiciário era alijado da atividade de realizar o conteúdo da Constituição. Todavia, esse quadro mudou com o processo de reconstitucionalização: à

Constituição se reconheceu força normativa. Em outras palavras, a Constituição é uma norma jurídica suprema, dotada de força vinculante e obrigatória e revestida de intensa carga valorativa.⁵⁵ Logo, com o reconhecimento da centralidade das Constitucionais no sistema jurídico, as normas constitucionais são aplicáveis direta e imediatamente de acordo com a sua densidade jurídica.

E é justamente dentro desse universo e ambiente que se situam um fenômeno que muito marcadamente assinala o Direito Constitucional Contemporâneo: a Constitucionalização do Direito. Trata-se de um acontecimento que faz irradiar os valores, os princípios e as regras da Constituição por todo o sistema jurídico.

É claro que a vinda para a Constituição de normas do direito infraconstitucional expressa uma face do fenômeno. Mesmo porque, sabe-se que o ‘neo’constitucionalismo provocou o inchaço do texto constitucional, ao inovar com a incorporação de alguns direitos sociais ante às novas reivindicações e o reconhecimento de diversos temas da legislação ordinária. Por isso mesmo, é importante enaltecer que no constitucionalismo contemporâneo, diferentemente do moderno^{56 57}, a estrutural formal da Constituição (Constituição formal) não mais se identifica com a Constituição material. Vale dizer, a Constituição formal passa a

⁵⁵ Esse assunto foi muito bem explorado e desenvolvido por Konrad Hesse, em sua obra “A força normativa da Constituição”. Para o constitucionalista tedesco, a Constituição e a sua normatividade não podem ser tratadas como realidades estanques. A tal força normativa se acha indissociavelmente ligada à possibilidade de realização do conteúdo da Constituição, ou seja, a sua normatividade se intensifica à medida que as normas constitucionais e as circunstâncias sociais se aproximam mutuamente. É por meio de sua força normativa que a Constituição mantém-se viva. Ora, a Constituição, enquanto conformadora da realidade social, não pode estar dissociada da realidade política-social. Pelo contrário, aquela deve interagir com esta, num condicionamento recíproco. Portanto, a Constituição e a realidade social estão em constante processo de coordenação, condicionando-se mutuamente. Vale dizer, a Constituição é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela. Para Hesse, a vigência de uma norma está para a ordem do *dever ser*, assim como a sua eficácia está para a ordem do *ser*. Logo, uma norma que nunca é aplicada, e, portanto, não é eficaz em uma certa medida, não será considerada norma vigente, uma vez que o mínimo de eficácia é condição de sua vigência. Por isso se diz que a norma (ordem do dever ser) está na mesma linha de desdobramento da realidade (ordem do *ser*). Em síntese, para o autor da Escola de Viena, a Constituição deve ser entendida como documento que espelha fielmente a vida orgânica da sociedade. Ressalta Hesse que a Constituição, se por um lado, é uma ordem jurídica fundamental da comunidade, por outro, é incompleta e imperfeita, deixando aberta algumas questões ante ao fato de ser a Constituição um conjunto normativo que destina a regular as relações de vida historicamente cambiantes. Em que pese a abertura e incompletude da Constituição, a sua força normativa é assegurada. Com efeito, uma Constituição, para ser duradoura, deve mostrar-se aberta ao tempo e garantir sua estabilidade jurídica (HESSE, 1991).

⁵⁶ Já foi dito nesse trabalho que a Constituição material, correspondendo ao conceito de Constituição política de Carl Schmitt, é o conjunto de normas, escritas ou não escritas (portanto, costumeiras), que tratam de temas tipicamente fundamentais de Estado, versando sobre a estrutura do Estado, a distribuição da competência, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais.

⁵⁷ É preciso lembrar que nas Constituições formais forjadas no século XVIII (e aqui podemos citar como exemplos a francesa e a norte-americana), uma vez enxutas, eram alocadas, de um modo geral, somente as matérias tipicamente constitutivas do Estado e da Sociedade (Constituição material). Daí o porquê de se ousar a sustentar que a Constituição formal, enquanto resultado do trabalho do Poder Constituinte originário, envolvia tão-somente as matérias fundamentais para a constituição de um Estado. Nesse primeiro momento, a Constituição material acabou sendo abarcada pela Constituição formal.

alocar assuntos não tipicamente constitucionais, o que resultou no aparecimento de normas formalmente constitucionais, que não são materialmente constitucionais. Nesse momento, as Constituições passaram a albergar os direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), cuja concretização condiciona-se a um fazer, ou seja, a uma atuação positiva do Estado.

Sucedem que a expressão em questão não só significa que a Constituição alberga em seu texto temas tipicamente do direito infraconstitucional (direito civil, direito penal, processual civil etc.)⁵⁸. Não se está a falar apenas da vinda para a Constituição de normas do direito infraconstitucional. É importante também mencionar a outra face do fenômeno: a ida da Constituição ao Direito Civil, ao Direito Processual, ao Direito Administrativo e outros ramos correlatos da ciência jurídica, modificando o sentido e o alcance de suas normas, ou seja, mudando o modo como essas normas são interpretadas.

Isso tem levado, dentro do universo jurídico-contemporâneo, ao aparecimento, v.g., da Constitucionalização do direito civil, na dupla vertente, seja na vinda de institutos e categorias do direito civil para a Constituição, seja a ida da Constituição para o direito civil, reinterpretando os seus institutos à luz da realidade constitucional. Opera-se aquilo que a doutrina civilista moderna hoje denomina de “despatrimonialização” ou “repersonalização” do direito civil, “com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica” (BARROSO, 2007, p.25).

Barroso apresenta, em apertada síntese, as mudanças ocorridas em virtude do ‘neo’constitucionalismo:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*,

⁵⁸ Nesse ponto, a Constituição brasileira de 1988 é pródiga de exemplos, ao trazer em seu bojo assuntos como os modos de constituição de família, função social da propriedade, igualdade entre os cônjuges, igualdade entre os filhos e tantos outros. Por isso é feliz advertência feita por Barroso ao dizer que, no Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. A Constituição de 1988 ajudou a fazer uma travessia bem sucedida entre nós de um Estado autoritário para um Estado democrático de Direito. Logo, Esse novo Direito Constitucional a partir de uma perspectiva brasileira tem como marco a Constituição de 1988. (BARROSO, 2007, p.19-20). Portanto, a Constituição de 1988, por tratar de temas antes exclusivo da leis, é exemplo eloquente desse novo fenômeno.

o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2007, p.11-12)

Nesse passo, diga-se, na mesma linha de raciocínio desenvolvido pelo eminente constitucionalista, ao lado das mudanças ocorridas pelo movimento constitucional contemporâneo, que incluem a força normativa da Constituição, cuja consolidação veio a acarretar um processo significativo de constitucionalização do Direito, a ela, não menos importante, sobretudo, diante do tema aqui desenvolvido, acresce-se o relevante impacto que o fenômeno fez causar na jurisdição constitucional.

Ora, conforme já mencionado nessa pesquisa, até a 2ª Grande Guerra, a Europa desconhecia um mecanismo efetivo de controle dos atos normativos contrastáveis com a Constituição. Não se pode esquecer que lá vigorou por muito tempo o princípio da supremacia do Parlamento, segundo o qual a vontade do povo se expressava por meio das leis, e, portanto, por intermédio do Parlamento. Com efeito, a ideia de uma Constituição que viesse a impedir que determinadas leis fossem elaboradas não era sustentável.

Verificou-se que, mesmo as Constituições que albergavam os direitos fundamentais dos mais avançados, não conseguiam frear o avanço do regime totalitário (e aqui se tem como exemplo a Constituição de Weimar). Era preciso, em reforço a descoberta de novas fórmulas de controle do poder do Estado. Mesmo porque, a proteção da Constituição não é senão meio de evitar leis inconstitucionais.

Mas com a mudança de mentalidade advinda com o ‘neo’constitucionalismo, prevaleceu o modelo norte-americano, fundado no controle judicial de constitucionalidade. Mesmo porque, conforme bem ilustra Sampaio, não se afigurava simpática a adoção de um modelo que não passasse pelo americano. Assim, “abria-se espaço para uma segunda geração das jurisdições constitucionais, que incorporava a idéia de Marbury, tentando aperfeiçoá-la” (SAMPAIO, 2002, p.36).

É claro que, como se verá, o modelo de controle estadunidense é processualmente diferente do que se instituiu na Europa. Mas o regime que atribuía ao Poder Judiciário a última palavra na interpretação da Constituição prevaleceu. Na verdade, como bem acentuado por Luis Roberto Barroso (2011, p.5-10), é que a segunda metade do século XX assiste à

vitória do modelo americano de Direito Constitucional, que sempre foi fundado, desde *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, na ideia de centralidade da Constituição e supremacia judicial na determinação do sentido da Constituição. Essa é uma ideia que prevaleceu sobre a ideia europeia, um modelo fundado na centralidade da lei e supremacia do Parlamento. Com o processo de reconstitucionalização, os países europeus passaram a institucionalizar o seu controle de constitucionalidade, com a criação de seus Tribunais Constitucionais. Não importa dizer, por ora, que processualmente o modo de controle na Europa é diferente dos Estados Unidos. O que venceu foi a ideia de que a supremacia é da Constituição e quem dá a palavra final sobre o seu sentido é o Poder Judiciário.

Com isso, buscou-se, assim, na Europa continental uma alternativa aos dois modelos até então existentes. A ideia era manter o controle dos atos normativos nas mãos do Poder Judiciário, no moldes do sistema americano, mas não pelo mecanismo difuso, e sim concentrando o exercício desse mister a um órgão judicial especificamente criado para esse fim. As razões e as consequências dessa escolha serão vistas no próximo item.

5.1 O SISTEMA AUSTRIACO⁵⁹ DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O SURGIMENTO DOS “TRIBUNAIS AD HOC”

O surgimento dos Tribunais Constitucionais se deu em meio a um sentimento de decepção e descrença com a soberania do Parlamento, sobretudo como resultado da infeliz e fatídica experiência nazista e fascista na Alemanha e na Itália, respectivamente. Foi exatamente a partir desse período que se começou a verificar que mesmo as Constituições que albergavam os direitos fundamentais dos mais avançados não conseguiam frear o avanço do regime totalitário. Era preciso, com essa constatação, a descoberta de novas fórmulas de controle do poder do Estado. Os direitos postos na Constituição deveriam ter uma eficácia mais acentuada, uma eficácia jurídica que os tornassem aplicáveis de pronto, que não os deixassem na dependência do Parlamento.

⁵⁹ Preferimos adotar nessa pesquisa, como modelo paradigmático ou referencial da Europa, o protótipo austríaco. Abandonamos o uso terminológico de sistema europeu, pois há os casos francês e inglês, que pelas razões já invocadas, não seguem rigorosamente o modelo concentrado de constitucionalidade.

De fato, não havia mais razão para sustentar a soberania do legislador, pois este frustrou as justas expectativas que nele se depositava. A partir de sua falha institucional, o Parlamento mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também (FAVOREAU, 2004, p.23).

Logo, a supremacia da Constituição (axiológica e material) e, igualmente, a desconfiança do trabalho desenvolvido pelo Parlamento colocaram a Corte Constitucional, ou seja, o órgão incumbido da jurisdição constitucional em um papel proeminente e diferenciado.

Tratava-se, portanto, de um cenário adequado ao desenvolvimento dos Tribunais Constitucionais ou, ainda, Tribunais *ad hoc*.

Há, porém, polêmicas em torno da natureza jurídica dos Tribunais Constitucionais como órgão responsável ao exercício do controle de constitucionalidade. Seria um órgão político ou jurídico?

Favoreau chega, inclusive, a fazer uma indagação que ele próprio dispôs a respondê-la acerca do Tribunal Constitucional: Quarto Poder ou controlador dos demais poderes? Para o eminente constitucionalista, o Tribunal Constitucional permanece fora dos poderes estatais tradicionalmente conhecidos (Legislativo, Executivo e Judiciário). O Tribunal *ad hoc* forma, na realidade, um poder independente cujo papel consiste em assegurar o respeito aos preceitos estabelecidos no texto constitucional. Em reforço ao seu entendimento, assevera que as Constituições que criaram os Tribunais Constitucionais dedicaram um título distinto daquele reservado ao poder judicial. É o caso das Constituições francesa, espanhola, italiana, búlgara, croata, polaca etc (FAVOREAU, 2004, p.106).

Entre nós, dentre aqueles que defendem não ser o Tribunal Constitucional parte do Poder Judiciário, destacamos Lênio Luiz Streck (2004, p.375 et seq.) e Marcelo Figueiredo (1994, p.158).

Em posição diametralmente oposta, incluindo os Tribunais Constitucionais no controle judicial, sublinhamos Luis Roberto Barroso (2004, p.43).

De nossa parte, sustentamos nesse trabalho que os Tribunais Constitucionais são uma jurisdição. Por isso mesmo, dada a natureza jurisdicional de sua função, combinada com o caráter predominantemente repressivo do controle por ele exercido, aduzimos que os Tribunais Constitucionais inserem-se na categoria classificatória do **controle judicial**. Nesse trabalho, citamos como exemplo de controle político apenas o Conselho Costitucional francês.

Pois bem, coube a Hans Kelsen a elaboração do modelo concentrado de constitucionalidade⁶⁰, originariamente implantado na Áustria por meio da Constituição de 1920⁶¹, e posteriormente adotado por outros países, dentre eles se destacando a Alemanha. Aqui, diferentemente da Inglaterra, e de certo modo, nos Estados Unidos, o empirismo cede lugar à racionalização. É bem verdade, no entanto, que a origem do modelo dos Tribunais Constitucionais não pode ser atribuída exatamente a Kelsen. Conforme mencionado por André Ramos Tavares, a própria Áustria já possuía em 1867 um Tribunal Imperial com funções genuinamente típicas de um Tribunal Constitucional. Logo, o conceito era imanente a algumas construções teóricas e práticas existente anteriormente na Europa (TAVARES, 2005, p.130).

Mas o fato é que Kelsen defendia a instituição de uma Corte Constitucional especial, de caráter constitucional e de natureza jurídico-política, com a entrega do direito de ação, nesse controle concentrado de normas, a uma minoria qualificada. Ou seja, uma Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) idealizado e criado para a função de controle normativo.

Para o jurista: “A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim chamada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional.” (KELSEN, 2003, p.304)

E para tanto, era preciso fazer uma adaptação do sistema norte-americano. Isso porque, em primeiro lugar, o jurista austríaco queria evitar o “governo dos juízes”, na medida em que não transige com a ideia de dar a todo juiz ou Tribunal a competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. Ademais, o autor mostra as inconveniências de um órgão típico do Poder Judiciário adotar a vinculação dos julgados (*stare decisis*) nos países de tradição romano-germânica. Por isso mesmo, tornava-se necessário encontrar um substituto à altura da Suprema Corte norte-americana para que se realizasse tão-somente o controle de constitucionalidade das leis e suas decisões tivessem eficácia geral (efeito *erga omnes*). E, por

⁶⁰ Segundo ensinamentos de Mauro Cappelletti (1999, p.68), Kelsen teria sido convidado pelo Governo Austríaco para construir o sistema daquele país.

⁶¹ Referida Constituição previa “*la vérification de la constitutionnalité des lois des provinces à la requête du gouvernement fédéral, des lois fédérales à la requête d’un des gouvernement provinciaux, et lorsque une loi sert de base à un des gouvernement provinciaux, et lorsque une loi sert de base à un de ses propres arrêts, d’office. La reconnaissance du caractère non constitutionnel d’une loi entraîne la publication de l’annulation*”. (CLÈVE, 1995, p.55)

fim, era preciso combater as possíveis contrariedades das decisões entre os juízes e os tribunais – como sói ocorrer no controle difuso -, culminando na insegurança jurídica⁶². A isso tudo, some-se o efeito *inter partes* das decisões do controle difuso, que obrigam os demais interessados a proporem uma nova ação.⁶³ Assim, levando-se em consideração que uma determinada lei poderia receber respostas contraditórias quanto à sua (in)constitucionalidade, Hans Kelsen (2003, p.310-311) dizia que um dos principais motivos que levaram a Áustria a criar uma Corte Constitucional, autorizada a fulminar por inválida a lei inconstitucional, foi evitar o perigo de caótica incerteza e insegurança jurídica.

O jurista austríaco entendia que o controle de constitucionalidade não é função própria do Judiciário. Seria preciso criar um Tribunal Constitucional próprio e autônomo para exercitar essa relevante função (KELSEN, 1998, p.367; CLÈVE, 1995, p.54).

Dá-se à estampa o testemunho de Favoreau sobre o assunto:

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza são julgados pelos mesmo tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.

O modelo europeu é muito diferente, o contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especial constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto da coisa julgada. (FAVOREAU, 2004, p.17-18)

⁶² Não se pode perder de vista, no entanto, que o sistema norte-americano, conforme já desenvolvido nesse trabalho (item 4.2.1) conseguiu corrigir essa falha do sistema difuso por meio do princípio próprio do *common Law*, qual seja, o *stare decisis*. Ora, em se tratando de vinculação vertical, a adesão é irrestrita e obrigatória. Já em relação à vinculação horizontal, os juízes estão vinculados aos precedentes de seus antecessores e somente podem deixar de aplicar esse precedente caso optem por revogá-los de forma expressa (*overruling*). Enfim, um juiz pode até não concordar com a decisão anteriormente proferida, firmada no precedente e, ainda assim, terá de aderir ao que já foi decidido no passado (APPIO, 2008, p.57).

⁶³ Com relação a essa particular efeito, Mauro Cappelletti (1999, p.79-80) faz uma ressalva à crítica imposta, citando o mecanismo difuso adotado pela Suíça, onde é possível conspurcar por inválida uma lei e, ainda assim, atribuir à decisão eficácia *erga omnes*.

A solução, portanto, foi a criação de um **órgão especial**, cuja decisão relativa à inconstitucionalidade das leis teria eficácia *erga omnes*. Aqui reside, portanto, a **primeira** grande diferença do sistema austríaco do controle “concentrado” com o sistema norte-americano do controle “difuso”.

A propósito, a função do Tribunal Constitucional, sobretudo, o austríaco, é lembrada por Horta, ao afirmar que

O constituinte austríaco de 1920, [...] confiou ao Tribunal Constitucional a missão de defender a inviolabilidade do texto constitucional, ao qual se subordinavam tanto a legislação do governo provincial (*landesregierung*) como a do governo federal, para manter a efetiva supremacia jurídica e política da Constituição Federal. (HORTA, 2003)

De fato, o Tribunal Constitucional não seria criado para julgar pretensões concretas, mas sim o objetivo maior era fazer com que o órgão fosse encarregado de realizar o exame de compatibilidade abstrata entre uma lei e a Constituição. Logo, para Kelsen, o Tribunal Constitucional atua como se legislador fosse, na condição de “legislador negativo” (CANOTILHO, 2002, p.833-834).

Ora, enquanto a lei não for declarada inconstitucional pelo órgão especial, ela presume-se válida, e essa situação impediria que os juízes e tribunais ordinários deixassem de aplicá-la. Em reforço a esses argumentos, Hans Kelsen (1998, p.367) afirmava, ainda, que a inconstitucionalidade consiste em mero pressuposto de anulabilidade. Assim, a lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, e a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é constitutiva, produzindo eficácia *ex nunc*. Nesse particular, em relação aos efeitos da decisão, não se mostra despidendo alertar quanto à **outra significativa diferença** que existe entre o sistema austríaco de controle concentrado e o sistema norte-americano de controle difuso. Ora, no modelo austríaco, em contraste com que ocorre no protótipo norte-americano, os efeitos da decisão perfazem-se prospectivamente (*ex nunc*) e, reitere-se, provocam a anulabilidade da lei⁶⁴. Além disso, o art. 140, seção 3º, da Constituição Austríaca permitiu que a Corte Constitucional fixasse uma data de eficácia posterior à publicação de sua decisão, desde que essa prolongação da eficácia constitutiva da decisão não

⁶⁴ A Itália e a Alemanha adotaram, nesse particular, solução diversa, ao versar que a decisão de inconstitucionalidade opera-se com retroação à data da vigência da lei (eficácia *ex tunc*), o que nos leva à conclusão que, nesse ponto, os modelos italiano e alemão se aproximam do norte-americano.

fosse superior a um ano, em um contexto cuja decisão operar-se-ia *pro futuro*. Portanto, era incogitável a retroatividade da anulação⁶⁵. Nessa linha de raciocínio, segue-se que a decisão de inconstitucionalidade produziria um outro efeito característico do modelo concentrado: efeito *erga omnes*, ou seja, seus efeitos se estendem a todos, ocasionando-se, ademais, a repristinação das leis anteriores (art. 140, seção 4º da Constituição austríaca), salvo se a Corte pronunciasse em sentido contrário.

Sobre o assunto, vale a pena recorrer ao magistério de Sacha Calmon:

Decorre tão ampla gama de assuntos que a Corte Constitucional alemã e também outras [...] reservam-se o pode, em certas circunstâncias, de fixar is efeitos de dos seus próprios julgados (*ex tunc, ex nunc e ad futuram*). Remontando ao passado, acrescenta-se que na Alemanha e na Itália não foi admitido, como primeiramente na Áustria, que as declarações de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* tivessem efeitos exclusivamente *ex nunc*. De fato, nesses países (embora nem sempre) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade podem ser *ex tunc*, pois a inconstitucionalidade da lei equivale a uma **absoluta nulidade desta**, daí que a sai ineficácia é patente e inarredável. É preciso esclarecer também que na Áustria, após emenda de 1929, o efeito *ex tunc* foi em parte alterado, até porque ao permitir à Suprema Corte e à Corte Administrativa sustar processo em curso para suscitar exceções de inconstitucionalidade, as posteriores declarações de inconstitucionalidade provocadas, precisamente pelas questões excepcionadas, teriam que ser aplicadas aos processos paralisados pela questão prejudicial. A negativa de efeito *ex tunc* a esses casos caracteriza um contrasenso jurídico. Para o processo para quê, se a superveniente decisão de inconstitucionalidade a eles não se aplicasse? Exatamente por isso a Áustria alterou em 1929 o sistema para dar efeito *ex tunc* às decisões de inconstitucionalidade da Corte Constitucional, limitadamente, em relação aos casos concretos, em que houvessem sido suscitadas arguições de inconstitucionalidade, por via de exceção processual. A situação atual na Europa está expressa no Relatório antes referido. (COELHO, 1999, p.120-121)

Percebe-se, ademais, que o protótipo austríaco de 1920 proibia qualquer interferência dos juízes no processo de controle, o que os obrigava a presumir como válidas quaisquer leis,

⁶⁵ Esse quadro foi, no entanto, parcialmente modificado com a reforma constitucional de 1929, que, conforme se verá ao longo do item desse trabalho, acrescentou dois órgãos judiciários encarregados de provocar a jurisdição da Corte Constitucional, levando-lhe à sua apreciação a questão de constitucionalidade. Pretendendo harmonizar a eficácia da decisão do Tribunal Constitucional com as situações concretas deduzidas nas ações comuns ajuizadas perante aqueles órgãos judiciários ordinários, em razão dos quais o incidente foi instaurado no Tribunal Constitucional, a reforma de 1929 permitiu que as relações jurídicas fundadas na lei declarada inconstitucional fossem desconstituídas desde o nascedouro, pelo que a decisão que assim a confirmasse invalidade seria dotada de eficácia *ex tunc*.

ainda que não o fossem. A função de controlar os atos normativos, como já dito, foi entregue a uma Corte Constitucional (o *Verfassungsgerichtshof*), na qual se “concentrou” a atividade exclusiva para julgar as questões de constitucionalidade. Assim, a Constituição austríaca de 1920 entregou o poder de controle dos atos normativos à Corte que, para ser exercido, necessitava do ajuizamento de uma ação especial (“Antag”) por certos entes políticos: o Governo Federal em relação às leis estaduais e os Governos Estaduais quanto às leis federais. Fala-se, por isso, que o pedido especial era deduzido por meio de uma ação especial, a qual só poderia ser ajuizada por alguns órgãos políticos. Nesse quesito, pode-se apontar a **terceira e última** grande diferença entre o sistema austríaco de controle concentrado e o sistema norte-americano de controle difuso, na medida em que enquanto este se exerce em “via accidental”, aquele se materializa pela “via principal”.

Esse quadro, no entanto, foi relativamente modificado. A Constituição austríaca foi alvo de mudanças, sendo a fiscalização de constitucionalidade, introduzida pela Constituição de 1920, aperfeiçoada em 1929⁶⁶. Sobre tal aspecto, Cappelletti anuncia que

[...] o sistema hoje vigente na Áustria e, exatamente, o que resulta da *Nouvelle* de 1929, um sistema que, depois de ter suprimido no regime da ditadura, foi de novo posto em vigor no último pós-guerra, com ligeiras variantes, de pouco interesse nessa sede.

Esta importante lei de reforma constitucional de 1929 mudou o art. 140 da Constituição austríaca para acrescentar, à legitimação dos órgãos políticos, também a legitimação de dois órgãos judiciários ordinários, isto é, para conferir legitimação para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das leis, além de ao Governo Federal e de aos Governos dos *Länder*, também ao *Oberster Gerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causas civis e penais) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causas administrativas). (CAPPELLETTI, 1999, p.105-106)

Logo, a reforma de 1929 ampliou o rol de legitimados para instaurar processo de controle perante a Corte Constitucional, reconhecendo, inclusive, legitimação a dois órgãos judiciários superiores: à Corte Suprema e à Corte Administrativa. Embora desautorizadas a desempenhar o controle propriamente dito, as duas Cortes Superiores acima mencionadas poderiam, em deixando provisoriamente de aplicar a lei, sobre cuja constitucionalidade se tem

⁶⁶ “A Corte Constitucional austríaca foi suprimida em 1938, tendo sido restabelecida em 1945 (12 de outubro). Em 1975 foi instituído o recurso Constitucional, conferindo aos particulares o direito de atacar, perante a Corte, diretamente, uma lei tida por inconstitucional.” (CLÈMERSON, 1995, p.54)

dúvida, suspender o processo subjetivo (concreto) e remeter a questão constitucional ao Tribunal especificamente competente para, de forma abstrata, apreciá-la.

Com isso, os órgãos políticos continuavam sendo os únicos habilitados a provocar a jurisdição do Tribunal Constitucional por meio de ação especial. Já a Corte Suprema e a Corte Administrativa (órgãos judiciários) poderiam fazê-la no contexto de uma controvérsia existente no curso de um processo, cuja solução dependesse do exame de constitucionalidade de lei. Portanto, enquanto os órgãos políticos exercem o controle pela “via principal”, os órgãos judiciários ordinários podem fazê-lo mediante a “via incidental”.

Pois bem, a reforma de 1929 corrigiu o grave defeito do originário sistema austríaco de controle das leis. Todavia, o defeito, embora atenuado, não foi inteiramente abolido, já que não foi reconhecida a legitimação a todos os membros do Judiciário para provocar a Corte Constitucional. Isso fazia com que os juízes fossem obrigados a aplicar as leis supostamente inconstitucionais aos casos concretos. Somente na fase final com a tramitação perante a Corte Suprema ou a Corte Administrativa é que uma lei supostamente inconstitucional deixaria de ser provisoriamente aplicada, ficando à espera de uma definição por parte da Corte Constitucional. (CAPPELETTI, 1999, p.108)

Essa falha foi, por sua vez, definitivamente abolida pelas Constituições da Itália (1948) e da Alemanha (1949), que não só trataram de adotar o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, como também aperfeiçoá-lo. Esses países confiaram a todos os juízes e tribunais ordinários, em sede de uma ação comum, onde a controvérsia é instaurada, o papel de submeter a questão de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional a fim de que este faça o exame a respeito. Destarte, os juízes e os tribunais ordinários, diante de uma lei que supostamente eles julguem inconstitucionais, e, evitando o constrangimento de serem obrigados a aplicá-la ao caso concreto, devem provocar a jurisdição do Tribunal Constitucional. É interessante notar que o julgamento do processo do caso concreto fica suspenso à espera de um pronunciamento do Tribunal Constitucional, tendo em vista que sua decisão tem caráter prejudicial.

Nesse particular, essa constatação foi feita adrede, ao lado de outras razões aventadas no decorrer do item em questão, para também mostrar uma relativa influência que o procedimento suspensivo do sistema austríaco (europeu), operado por juízes e tribunais ordinários aos processos, onde a *vexata quaestio* é instaurada, exerce no controle difuso-incidental do direito brasileiro, quando a questão de constitucionalidade for arguida perante **tribunal**. De fato, a adoção de um procedimento especial para examinar a discussão em torno

da questão constitucional por um tribunal próprio (plenário), constituído finalisticamente para o exercício do controle, confere ao processo caráter fortemente objetivo. Como se verá ao longo dessa dissertação, a disciplina desse procedimento se encontra nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil e no regimento interno dos tribunais. Com efeito, arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que toca o conhecimento do processo. Se a alegação for acolhida, será lavrado acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Registre-se, ainda, que o Ministério Público, as entidades públicas responsáveis pela edição do ato questionado e os titulares de direito de propositura referidos no artigo 103 da Constituição poderão se manifestar sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado no Regimento Interno. Percebe-se, pois, a existência de uma repartição competencial de funções entre o plenário e o órgão fracionário (turma ou câmara), cabendo àquele a competência para apreciar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo questionado e a este resolver, à vista do que ficar deliberado pelo plenário, o mérito da causa. Portanto, não há como contestar ou deixar de reconhecer a tentativa do nosso legislador, influenciado por essa matriz austríaca (europeia), em querer emprestar um caráter de *objetivação (concentração)* ao controle difuso-incidental exercido no âmbito dos tribunais.

Seguindo o roteiro do sistema austríaco de controle de constitucionalidade, que se pretende continuar a trilhar, não se pode, ademais, perder de vista que a Constituição italiana e a Constituição alemã entregaram a outros órgãos não judiciários a legitimidade para ajuizar diretamente ação especial perante o Tribunal Constitucional (“via principal”). Na Itália, conforme testemunho qualificado de Mauro Cappelletti (1999, p.110), a legitimidade exercida pela “via principal” ou “via de ação” pertence aos órgãos dos Governos das Regiões (“Juntas Regionais”), tratando-se de leis nacionais ou regionais, e ao Governo Central, no caso de inconstitucionalidade de leis regionais. Na Alemanha, a tal legitimidade para dirigir-se em “via de ação principal” à Corte Constitucional Federal ou às Cortes Constitucionais dos *Länder* pertence a inúmeros órgãos e pessoas: ao Governo Federal, aos Governos dos *Länder*, a um terço dos membros do *Bundestag* e até às pessoas individualmente consideradas, se a lei implicar em uma lesão imediata e atual de um seu “direito fundamental”.

Observe-se, por meio dessa digressão realizada, que o sistema austríaco de controle de constitucionalidade mostrou-se paradigmático para diversos países europeus. Como já dito, a Alemanha adotou-o na vigente Constituição de Bonn de 23 de maio de 1949, onde se encontra em funcionamento desde 1951. A Itália, igualmente, admitiu-o na Constituição de 1º

de Janeiro de 1948. Foi adotado também na Espanha pela Constituição de 1978; na Turquia pela Constituição republicana de 09 de julho de 1961; na Grécia em 1975; em Portugal em 1982 e na Bélgica em 1984.

É o que se lê, a propósito, em Cappelletti, em uma síntese feliz:

[...] os “pais” da Constituição austríaca julgaram dever criar um órgão judiciário adequado, um *Verfassungsgerichtshof*, isto é, uma especial Corte Constitucional; e a mesma solução foi escolhida, contemporaneamente, na Tchecoslováquia e, posteriormente, na Espanha, na Itália, na Alemanha, [...], que, nos últimos tempos, também adotaram o sistema “concentrado” de controle de constitucionalidade.

Esta solução deu lugar, portanto, ao que foi chamado controle “concentrado” de constitucionalidade das leis: concentrado, precisamente, em um único órgão judiciário, idealizado e criado, propositadamente, para esta função de controle normativo (“Normenkontrolle”), [...] além de para algumas outras funções de garantia constitucional, que a nós não interessam nesta sede [...]. (CAPPELLETTI, 1999, p.85)

Destarte, o modelo austríaco serviu, de um modo geral, de arquétipo às Cortes Constitucionais europeias. Vale dizer, a Europa Continental, via de regra, nas pegadas do modelo austríaco, adota o modelo de controle concentrado de jurisdição constitucional. Dessa forma, alguns outros países europeus merecem ser sobrelevados.

A jurisdição constitucional na República Federal da **Alemanha** está a cargo, como já dito, ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), ou seja, órgão incumbido de examinar a constitucionalidade dos atos normativos tendo como parâmetro a Lei Fundamental, bem como aos Tribunais Constitucionais dos *Länder*, isto é, órgão competente para fazer o exame de constitucionalidade das leis em face da Constituição de um Estado. A questão constitucional, por sua vez, pode ser posta por via de ação direta (portanto, diretamente) ao Tribunal Constitucional, conferindo-se, para tanto, legitimidade apenas a determinados órgãos ou pessoas. Ou, ainda, a questão constitucional pode ser levada ao Tribunal através da via incidental. Nesse caso, os juízes e os tribunais ordinários, em considerando inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, deverão, nos termos do artigo 100 da Lei Fundamental, suspender o processo e remeter a questão constitucional à apreciação do Tribunal Constitucional especial competente. Ademais, não se pode perder de vista que ao Tribunal Constitucional compete, igualmente, analisar o recurso

constitucional (*Verfassungsbechwerde*), ou seja, medida colocada à disposição do cidadão a fim de que se busque na jurisdição constitucional a preservação dos direitos fundamentais elencados na Lei Fundamental. Por fim, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal são dotadas de efeito vinculante para todos os órgãos da Federal, inclusive para os tribunais e autoridades⁶⁷.

Em relação à jurisdição constitucional da **Itália**, esta foi entregue ao Tribunal Constitucional italiano. Existem duas formas de provocar a apreciação da questão constitucional por parte desse órgão. Uma pela via principal e outra pela via incidental. São legitimados para o controle abstrato (principal) o Conselho de Ministros e as Juntas das Regiões. É interessante notar um dado peculiar do modelo italiano: a existência do controle prévio. Com a solicitação de reenvio da lei regional à assembleia para nova apreciação, abre-se a possibilidade de impugnação da lei se a assembleia ratificá-la. Já em relação ao controle incidental, segue-se que os juízes e tribunais ordinários, ao se posicionarem pela inconstitucionalidade, devem levar a questão constitucional à apreciação do Tribunal Constitucional italiano. Quando este declara a inconstitucionalidade de uma lei, a norma perde sua eficácia vinte e quatro horas depois da publicação da decisão. Por fim, não existe no direito italiano a possibilidade dos cidadãos acessarem à jurisdição constitucional, por meio dos institutos como o recurso constitucional alemão ou o recurso de amparo espanhol.

A jurisdição constitucional na **Espanha** é exercida por um Tribunal Constitucional, cujo exercício do controle de constitucionalidade pode se dar pela via principal (abstrata), também conhecido por “recurso de inconstitucionalidade”, bem como pela via incidental (concreta), denominado “questão de inconstitucionalidade”. O recurso de inconstitucionalidade pode ser manejado pelo Presidente do Governo, pelo defensor do Povo, por cinquenta deputados, cinquenta senadores, os órgãos colegiais executivos das Comunidades Autônomas. Não se mostra despiciendo registrar que os cidadãos têm acesso à jurisdição constitucional para a defesa de suas liberdades públicas através do recurso de amparo. Ademais, se os juízes ou tribunais comuns considerarem inconstitucionais uma determinada lei, de cuja validade dependa a decisão, deverão eles propor a “questão de inconstitucionalidade” ao Tribunal Constitucional.

⁶⁷ Ao contrário da Suprema Corte americana, que vem se mostrando muito conservadora, o Tribunal Constitucional Federal ganhou notoriedade ao influenciar o pensamento e a prática jurisprudencial de diferentes países do mundo. Há diversas técnicas de decisão, tais como interpretação conforme, declaração de nulidade sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia e o apelo ao legislador, que passaram a ser utilizadas por outros tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. (BARROSO, 2010, p.40)

O sistema de defesa da Constituição adotado em **Portugal**⁶⁸ se difere um pouco da fórmula geral adotada pelos países europeus que constituíram Tribunais Constitucionais (Tribunais *ad hoc*). Em primeiro lugar, o controle de constitucionalidade português pode ser *preventivo*. O artigo 278 da Constituição portuguesa refere-se à fiscalização preventiva da constitucionalidade, por meio da qual o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviada para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. Os Ministros da República podem igualmente requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhes tenham sido enviadas para assinatura. Também podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além do Presidente, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República. O Tribunal Constitucional tem o prazo máximo de vinte e cinco dias para apreciar a matéria. A *fiscalização sucessiva*, por sua vez, pode ser *concentrada ou difusa*. Percebe-se, portanto, que o sistema português é misto ou híbrido, estrutura essa que faz aproximar do sistema admitido no Brasil, apenas com a diferença fundamental de que, no Brasil, não há Tribunal Constitucional. Pois bem, é de observar, portanto, que o modelo português admite o controle difuso de constitucionalidade, conforme se infere do artigo 280 da Constituição portuguesa. E aqui reside a grande diferença com os países que adotaram a fórmula de Tribunais *ad hoc*. Dessa forma, cabe recurso para O Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; c) que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua legalidade por violação da lei com valor reforçado; d) que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região

⁶⁸ O Tribunal Constitucional foi criado pela Revisão Constitucional de 1982, substituindo a Comissão Constitucional instituída pela Constitucional portuguesa de 1976 como órgão de controle.

autônoma ou de lei geral da República; e) que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua legalidade por violação do estatuto de uma região autônoma; f) que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas “c”, “d” e “e” anteriormente citadas. O controle concentrado é provocado, nos termos do art. 281 da Constituição portuguesa, pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Provedor de Justiça, pelo Procurador-Geral da República e por um décimo dos Deputados à Assembleia da República. Poderão também provocar o exercício do controle concentrado os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais, os presidentes das assembleias legislativas regionais, os presidentes dos governos regionais ou um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa regional, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autônomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República. Não perca de vista que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República, e, ainda, a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diplomas emanados dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto. É de notar, ainda, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade estão anotados no artigo 282. Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprecinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. Mencione-se, por fim, que o sistema português, diferentemente do alemão e espanhol, e mesmo brasileiro, não permite que o cidadão vá reclamar na jurisdição constitucional quanto ao descumprimento de direitos fundamentais. Isso, no entanto, não

impede que o exame de violação seja feita no âmbito do controle difuso, quando então se terá oportunidade de levar à apreciação do Tribunal Constitucional a questão pela via recursal. (PORTUGAL, 1976)

É certo, portanto, que, em diferentes configurações e formatações, os modelos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) ganharam o mundo, estando presente hoje em quase todos os países. A Constituição passa a ser definitivamente o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o que faz com que os poderes, inclusive, o Legislativo, a ela se subordinem.

Até mesmo a Bélgica instituiu um Tribunal arbitral que se encarrega da solução de controvérsias federativas. Na Bélgica, o controle de validade das leis se faz em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos (MENDES, 2008, p.1.008).

A seguir, encontra-se, a título ilustrativo, o quadro sinótico da jurisdição constitucional de alguns países a fim de que tenha uma breve noção dos modelos de controle de constitucionalidade adotados em cada um deles.

Diante desse panorama histórico, contextual e evolutivo dos três contrapostos sistemas (político, difuso e concentrado), fica manifestamente clara a importância que o mecanismo do controle de constitucionalidade desempenha para a defesa da Constituição. Resta, agora, perscrutar o resultado da experiência brasileira, e identificar como o controle de constitucionalidade do direito brasileiro reagiu a essas vertiginosas mudanças ocorridas na Europa e Estados Unidos.

QUADRO SINÓTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL⁶⁹

PAÍS	INSTITUIÇÃO	PROVOCAÇÃO POR PARTICULARES	CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS	TEMPOR DE PERMANÊNCIA	EFICÁCIA DAS DECISÕES
ALEMANHA	Bunderversfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), Karlsruhe	Sim	Sim	12 anos / 68 anos	Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de <i>pro futuro</i> – Lei Orgânica, §31,2 e 79, 1
ARMÊNIA	Corte Constitucional	-	-	Vitalício / 70 anos	
ÁUSTRIA	Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional), Viena	Sim	Sim	Vitalício / 70 anos	Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de <i>pro futuro</i> CF, art. 140
BÉLGICA	Cour d'arbitrage (Corte de Arbitragem), Bruxelas	Sim	Sim	Vitalício/70 anos	Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de <i>pro futuro</i> – Lei Orgânica, §31,2 e 79, 1
BÓSNIA-HERZEGÓVINA	Corte Constitucional	-	-	Vitalício/70 anos	-
BULGÁRIA	Konstitucionni jats'd (Tribunal Constitucional)	Não	Sim	9 anos / sem limite de idade	-
CROÁCIA	Corte Constitucional	-	-	8 anos / sem limite de idade	Adotaram, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade de sem a pronúncia da nulidade (não expressa na CF)
ESLOVÊNIA	Corte Constitucional	Sim	Sim	9 anos / sem limite de idade	<i>Erga omnes</i> (Const., art. 155)
ESLOVÁQUIA	Corte Constitucional	-	-	-	-
ESPANHA	Tribunal Constitucional	Sim	Sim	9 anos / sem limite de idade	Adotaram, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade de sem a pronúncia da nulidade (não expressa na CF)

CONTINUA

⁶⁹ Os dados contidos nesse quadro sinótico foram distribuídos no curso de extensão em direito constitucional promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), do qual o Ministro Gilmar Mendes é co-fundador. Na tabela fornecida pela instituição havia a seguinte informação: “Situação em fevereiro de 2005. Os dados da tabela foram inicialmente extraídos de Zierlein, K. G. Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung. Ein Überblick über die Rechtslage in und außerhalb Europas, in *Europäische Grundrechtszeitschrift (EuGRZ)*, (1991), S. 301, 341. As atualizações estão sendo feitas com base em dados existentes nos endereços eletrônicos das cortes constitucionais dos países e do Conselho de Europa (Valéria Porto).”

CONTINUAÇÃO

PAÍS	INSTITUIÇÃO	PROVOCAÇÃO POR PARTICULARES	CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS	TEMPOR DE PERMANÊNCIA	EFICÁCIA DAS DECISÕES
FRANÇA	Conselho Constitucional	-	-	9 anos / sem limite de idade	-
GEÓRGIA	Corte Constitucional	-	-	10 anos / sem limite de idade	-
HUNGRIA	Magyar Köztársaság Alkotmánybíróság (Tribunal Constitucional), Budapeste	Sim	Sim	9 anos / 70 anos	-
ITÁLIA	Corte Constitucional, Roma	Não	n	9 anos / sem limite de idade	Adotaram, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade de sem a pronúncia da nulidade (não expressa na CF)
LITUÂNIA	Corte Constitucional	-	-	9 anos / sem limite de idade	-
MALTA	Corte Constitucional	-	-	Vitalício / 65 anos	-
POLÔNIA	Tribunal Constitucional	-	-	-	-
PORTUGUAL	Tribunal Constitucional, Lisboa	Sim (<i>inter partes</i>)	sim	9 anos / sem limite de idade	Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de <i>pro futuro</i> (Const., art. 282, n. 4)
REPUBLICA TCHECA	Ustavni sou CSFR (Tribunal Constitucional), Brunn	sim	Sim	10 anos / sem limite de idade	Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de <i>pro futuro</i> (Const.. art. 89)
ROMÊNIA	Corte Constitucional	-	-	9 anos / sem limite de idade	-
RUSSIA	Corte Constitucional	sim	Sim	10 anos / sem limite de idade	-
TURQUIA	Anayasa Mahkemesi (Tribunal Constitucion), Ankara	não	Sim	Vitalício / 65 anos	-
EUA	US Supreme Court (Suprema Corte), Washington	Sim (<i>processo inter partes</i>)	não	Vitalício / vitalício	Possibilidade de declaração <i>pro futuro</i> (caso Linkletter v; Walker)

CAPÍTULO 6 – A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA RUMO À MAXIMIZAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO

Conforme visto no capítulo anterior, o controle de constitucionalidade se faz presente por meio de três modelos distintos: (a) o modelo político, de inspiração francesa e exercido por órgão eminentemente político; (b) o modelo judicial, que se separa em dois ramos distintos: (b1) modelo difuso (*judicial review*), edificado nos Estados Unidos a partir da célebre decisão proferida pelo *Chief Justice Marshall* no afamado caso *Marbury v. Madison*; (b2) modelo concentrado, construído por Kelsen para a Constituição da Áustria de 1920.

A história constitucional brasileira é, sem sombra de dúvida, produto das influências do sistema constitucional francês do século XIX, com a irradiação de seus efeitos por toda a Constituição brasileira de 1824, bem como do sistema constitucional norte-americano, aqui representado pela aproximação da Constituição brasileira de 1891 com esse modelo, não se olvidando, por fim, das características inerentes do perfil alemão do século XX presentes na Constituição de 1934.

Ora, a evolução histórica do nosso controle de constitucionalidade nos revelará que as fortes inspirações e aproximações do modelo difuso de origem norte-americana, bem como do modelo concentrado de origem austríaca e os resquícios existentes do modelo político francês foram determinantes para a adoção de um sistema de fiscalização híbrido de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral, o que faz dele uma estrutura complexa e rica. A ponto de se dizer hoje que o Brasil constitui um verdadeiro “laboratório constitucional” (FERNÁNDEZ SEGADO, 2006, p.353) no que diz respeito ao instituto do controle de constitucionalidade.

Esse exame ora apresentado é a síntese do que se pretende expor ao longo desse capítulo, o qual procurará demonstrar, ainda, a evolução da jurisdição constitucional difusa para a fiscalização concentrada (abstrata) de constitucionalidade, e o fortalecimento deste último modelo a partir do advento da Constituição brasileira de 1988.

Para tanto, visando a uma melhor compreensão sistemática e imediata da jurisdição constitucional no Brasil, e valendo-se dos traços e peculiaridades dos sobreditos modelos de controle de constitucionalidade, podemos traçar cinco categorias distintas quanto as fases

experimentadas pelo nosso sistema constitucional: (1) *predominância do controle político e inexistência de um controle judicial*; (2) *origem do controle difuso no direito constitucional brasileiro*; (3) *adesão ao modelo difuso de controle jurisdicional, com a correção de suas falhas do regime constitucional anterior e o esboço de concentração de jurisdição constitucional, além da manutenção do controle político de constitucionalidade*; (4) *a consolidação da forma mista de controle jurisdicional de constitucionalidade sob o caráter sobreparante do modelo difuso e a permanência dos aspectos políticos do controle*; (5) *a ratificação da forma mista de controle jurisdicional de constitucionalidade com a significativa tendência para o fortalecimento e predomínio da fiscalização concentrada de constitucionalidade e a manutenção do controle de constitucionalidade político*.

6.1 1ª. FASE: PREDOMINÂNCIA DO CONTROLE POLÍTICO E INEXISTÊNCIA DE UM CONTROLE JUDICIAL

A primeira fase do controle de constitucionalidade brasileiro⁷⁰ se inicia com o advento da Constituição imperial de 25 de março de 1824⁷¹. E durante a sua vigência, em razão da forte influência francesa, o direito brasileiro ignorou o controle judicial de constitucionalidade.

⁷⁰ Luiz Roberto Barroso (2006a, p.62) se posiciona em sentido contrário à existência de controle de constitucionalidade na Constituição de 1824.

⁷¹ Em relação à classificação das constituições quanto à sua reforma, a Carta Política Imperial de 1824 era conhecida pela sua natureza semiflexível, a qual mescla rigidez e flexibilidade, em um mesmo documento constitucional. Nos termos do artigo 178 da Constituição Imperial de 1824, *in verbis*: “Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.” (BRASIL, 1824) Pela leitura desse dispositivo, infere-se que os artigos da Constituição que versassem sobre assuntos tipicamente constitucionais, ou seja, que dissessem respeito aos limites e atribuições dos poderes ou aos direitos políticos e individuais dos cidadãos, somente poderiam ser alterados por procedimento mais dificultoso (caráter rígido). Por outro lado, os demais artigos da Constituição, que não tratassem de matéria tipicamente constitucional, poderiam ser modificados por procedimento legislativo simples (caráter flexível). Dessa forma, o fato da Constituição Imperial ser semiflexível não constituía, por si só, obstáculo à instituição do controle de constitucionalidade, que como visto pressupõe a existência de Constituição Rígida, sendo certo que as normas fundamentais do Estado preconizadas pela Constituição estavam protegidas em virtude do seu caráter supremo.

Nas palavras de Clève (1995, p.63), “[...] durante o Império o direito brasileiro sofria a influência das concepções então em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e na França. Pois ambos os países desconheciam qualquer modelo de fiscalização da constitucionalidade”. E concluía: “O princípio da ‘supremacia’ do Parlamento (Inglaterra) e a concepção da lei enquanto ‘expressão da vontade geral’ catalisada pelo Legislativo (França) constituíam obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade tal como experimentada nos Estados Unidos.” (p.62-63)

Não discrepa desse entendimento Streck (2004, p.411), para quem “A Constituição de 1824 não estabeleceu um *controle stricto sensu* de constitucionalidade. Por inspiração francesa, não foi concedida ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos legislativos”.

Mas não foi só o dogma da supremacia do Parlamento, e como corolário, da lei como expressão da vontade popular e a influência do direito francês que impossibilitaram, no período imperial, a adoção de um sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis. A existência do Poder Moderador, assim considerado pelo artigo 98 da Carta Política, como a chave de toda a organização Política, encarregado de manter a independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes, frustrou qualquer tentativa de se entregar a tarefa do exercício do controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, já que ao Imperador incumbia a solução dos conflitos entre os Poderes. (ROCHA, 2004, p.579; CLÈVE, 1995, p.63) Ou seja, numa só pessoa - o Imperador -, inviolável, sagrado e irresponsável (art. 99), se enfeixava o desempenho de dois Poderes, não só exercendo o próprio Poder Moderador (arts. 98/101), como também personificando o Poder Executivo (arts. 102/103), além de, ainda, lhe caber o controle dos atos praticados pelos Poderes Legislativo (arts. 13/15) e Judiciário (arts. 151/164).

Vale ressaltar, porém, que a Carta Imperial de 1824 entregava ao Poder Legislativo a função de guarda da Constituição, conforme bem ilustra o preceptivo constitucional:

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral
VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.
IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação. (BRASIL, 1824)

Percebe aqui uma forte influência do sistema constitucional francês, ao atribuir ao Poder Legislativo não somente a competência de interpretar as leis por ele elaboradas, mas, outrossim, a função de velar na guarda da Constituição.

Com fulcro em tais considerações, pode-se, com toda a segurança, afirmar que, na Constituição de 1824, não havia espaço para o controle judicial de constitucionalidade. Temos, na verdade, aqui um viés de controle político de constitucionalidade, a ser exercido pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Moderador, que, repise-se, controlava tanto os atos do Legislativo quanto do Judiciário.

6.2 2ª. FASE: ORIGEM DO CONTROLE JUDICIAL DIFUSO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A primeira Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891 e é por meio dela que se inaugura a 2ª fase da fiscalização de constitucionalidade brasileira, com a introdução do controle judicial difuso.

Em apertada síntese, a Constituição Republicana do Brasil de 1891 adotou a forma federativa de Estado, formada pela união perpétua e indissolúvel de suas antigas Províncias, que passa a constituir-se em Estados Unidos do Brasil. Opta, ademais, pelo regime presidencialista. Suprime, de mais a mais, o Poder Moderador defendido por Benjamin Constant e passa a adotar a tradicional tripartição dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Cumpre ressaltar, por fim, a existência de duas ordens constitucionais no Estado brasileiro de 1891, uma, a central, representada pela União e regida pela Constituição Federal, sendo o Supremo Tribunal Federal o seu guardião maior, e outra, as estaduais^{72 73}, plasmadas nas Constituições dos respectivos Estados.

⁷² Nos termos do artigo 63 da Constituição de 1891, tem-se: “Art. 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União.” (BRASIL, 1891)

⁷³ Sobre o controle de constitucionalidade no plano dos Estados federados da Constituição de 1891, averba Anna Cândida da Cunha Ferraz: “A Constituição de 1891 não se referia ao sistema de defesa das constituições estaduais, matéria que, pela interpretação dada ao artigo 63, base da autonomia dos Estados, deveria ser solucionada no âmbito interno de cada ente federativo. Estes usaram amplamente tal competência. Assim, as constituições estaduais, de modo geral, criaram sistemas de defesa próprios, de natureza política, de controle direto incidindo sobre as leis estaduais e sobre as resoluções e atos das municipalidades, e estruturaram-no

Não é difícil perceber, à vista das opções do Constituinte acima narradas, que a Constituição de 1891 recebeu o influxo das ideologias presentes na Constituição norte-americana. Não por outra razão que a inspiração do modelo de controle de constitucionalidade veio do modelo do *judicial review norte-americano* (“difuso-incidental”)⁷⁴. É verdade que alguns fatores dificultavam a implementação do protótipo norte-americano de controle no Brasil. Em primeiro lugar, os Estados Unidos optaram pelo sistema inglês da “*common law*”, já o Brasil mantinha fiel ao modelo romano-germânico. Além disso, enquanto a República Federativa do Brasil surgiu a partir da desagregação do Estado Unitário (federalismo por desagregação ou federalismo, os Estados Unidos da América percorreram caminho inverso para a sua formação, já que se originaram, como federação, da agregação de Estados preexistentes (federalismo centrípeto). Some-se a isso o fato da República conservar alguns resquícios da prática do regime monárquico, mantendo juízes do Supremo. Por tais aspectos é possível identificar a indignação e a resistência de alguns em aceitar o controle judicial de constitucionalidade, já que a Constituição de 1824, como vimos, não entregava tal mister ao Judiciário. Mesmo após a Constituição de 1891, dúvidas e desconfianças existiam quanto ao aparecimento e utilização do instituto. Porém, o esforço de Ruy Barbosa parece ter sido decisivo para a execução e consagração do modelo difuso. Tanto que, citando Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Clèmerson Merlin Clève (1995, p.66) destaca que “princípio, não obstante os claros preceitos referidos, houve por parte do Poder Judiciário, dúvida quanto ao exercício de relevante atribuição, e timidez na sua utilização, em aceitando-a. Isso só se

livremente, sem obediência a qualquer modelo prefixado, ainda que se assemelham-se entre si. Não raro este controle político coexistia com o sistema de controle jurisdicional pelo método difuso, quando em jogo direitos subjetivos individuais (isto por decorrência lógica do princípio da supremacia da Constituição Federal). Algumas Constituições previam uma espécie de jurisdição concentrada, como ocorria com a Constituição do Rio Grande do Sul, de 14.07.1891, art. 52, §5º, que atribuía competência ao Superior Tribunal de Justiça para julgar causas propostas pelo Governo do Estado, fundadas em disposição da Constituição do Estado. [...] A Constituição de Santa Catarina atribuía à Assembléia Legislativa competência para fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como anular as resoluções dos Conselhos e os actos dos prefeitos municipaes, quando contrários à Constituição Estadual (cf. artigos 21, IX e XXIII e 70, I); [...]. A Constituição do Estado de São Paulo, de 14 de julho de 1891, estabelecia em seus artigos 20, item 12, 54 e 55, respectivamente, que competia ao Congresso Estadual ‘fazer leis, suspendê-las, interpretá-las e revogá-las e anular as resoluções e atos da municipalidade, quando contrários à Constituição Estadual e à Constituição Federal e que o Presidente do Estado poderia, na ocorrência dos casos precedentes, no intervalo das sessões legislativas, ‘suspender a execução de tais atos’.” (FERRAZ, 2009, p.139-140)

⁷⁴ O controle judicial de constitucionalidade já se revelava desde a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto n. 510, art. 58, §1º, alínea “b”) e no Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, alíneas “a” a “c”). Sobre tal aspecto, no entanto, Lenio Streck (2004, p.425) discorre que: “Embora a idéia de controle de constitucionalidade já estivesse estampada na exposição de motivos do Decreto n. 848, sob nítida inspiração no *judicial review* norte-americano, somente com a Constituição de 1891 a tese republicana ganha forma e estrutura, a partir da designação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário que seria encarregado de realizar esse controle. Por isso é possível afirmar que a teoria constitucional brasileira nasce com a República e a Constituição de 1891. Sua interpretação clássica fundamenta-se na obra de Rui: pensamento que analisa a problemática política a partir do Direito, considerando que a existência de uma Constituição liberal democrática dependeria a legitimidade e a estabilidade das instituições.”

tornou pacífico, após os trabalhos de Ruy, ao mostrar, à conclusão, o alcance dos seus dispositivos, em reconhecendo essa prerrogativa do Poder Judiciário”.

A propósito, Ruy Barbosa, em sua obra “*Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*”, sustentava que

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: ‘O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos.

Não se diz que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. (*apud* MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.1.035)

De fato, Ruy tinha razão. Dois são os dispositivos paradigmáticos⁷⁵. Nos termos da redação do art. 60, “a” da Constituição competia aos Juízes ou Tribunais Federais processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal. Já o artigo 59, §1º, “a” dispunha que das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal quando se questionar a validade, ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela.

E assim se consolidava o sistema de controle difuso-incidental de constitucionalidade em detrimento do modelo concentrado.

Logo, as justiças da União e as justiças dos Estados desfrutavam de igual competência para examinar a validade das leis perante a Constituição. O que a Carta Política apenas estabelecia era a possibilidade de se insurgir, pela via recursal, contra a decisão do tribunal do Estado que declarava a inconstitucionalidade das leis federais, levando o caso ao Supremo Tribunal Federal. Mas o certo é que a todos os juízes e tribunais se concedia o direito de apreciar a constitucionalidade das leis da União, bastando apenas observar a competência da justiça federal e da estadual.

⁷⁵ A reforma constitucional de 1926 deu nova redação à alínea “a” do §1º do art. 59, tornando indubitoso o controle judicial de constitucionalidade.

De mais a mais, tanto o autor quanto o réu poderiam suscitar a inconstitucionalidade como incidente no processo.⁷⁶

A decisão, por sua vez, proferida operava-se “*inter partes*” e “*ex tunc*”. Vale dizer, a sentença que declarava a inconstitucionalidade do ato atacava-o na sua origem para pronunciar a sua nulidade e torná-lo sem efeito. Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade restringia-se às partes litigantes, e, por isso, o juiz e o tribunal só deixavam de aplicar a lei ao caso concreto envolvendo as partes. Não havia a possibilidade de terceiros estranhos ao processo serem contemplados com a decisão de inconstitucionalidade. Mesmo o “*decisum*” prolatado pelo Supremo Tribunal Federal (órgão de cúpula do Poder Judiciário) era dotado dos mesmos efeitos. Nesse particular, o modelo adotado à época pelo Brasil apresentava graves deficiências, porque não se previa um eficiente mecanismo de uniformização das decisões, como estatuído pelo princípio do “*stare decisis*” do sistema norte-americano, tradicionalmente atrelado ao *common law*.⁷⁷ Com isso, corria-se o sério risco de existirem decisões conflitantes entre os diversos órgãos pertencentes aos quadros do Poder Judiciário. Isso porque, como os efeitos só se operam “*inter partes*”, é bem possível que um determinado juiz entenda ser inconstitucional a lei impugnada e outro juiz a conceba como constitucional. Ou seja, o sistema judicial difuso de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1891 possibilita a existência de leis inconstitucionais para uns e constitucionais para outros, em um contexto de verdadeira insegurança jurídica.

Cumprido, por fim, registrar que o controle político não deixou de existir na Constituição de 1891.

⁷⁶ Cumprido ressaltar que a Constituição de 1891 trouxe em seu artigo 72, §22 (“Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”) o *habeas corpus* como genuíno instrumento ao exercício do controle de constitucionalidade de atos do Poder Público, contrários aos direitos individuais.

⁷⁷ “A força do *stare decisis* advém do fato de que o sistema do *common law* tem origem de suas normas radicadas no precedente judicial e não no direito legislativo, vinculando a decisão dos juízes na direção do que fora decidido anteriormente. Djanira Maria de Sá explica melhor o tema: ‘Assim, nos países de *common Law*, a sentença, além de decidir a controvérsia e impedir às partes a renovação do debate sobre as questões in concreto já decididas, funciona também como precedente in abstracto para casos semelhantes no futuro’.” (AGRA, 2002, p.495)

6.3 3ª. FASE: ADESÃO AO MODELO DIFUSO DE CONTROLE JURISDICIONAL, COM A CORREÇÃO DE SUAS FALHAS DO REGIME CONSTITUCIONAL ANTERIOR E O ESBOÇO DE CONCENTRAÇÃO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, ALÉM DA MANUTENÇÃO DO CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE

Essa fase desponta com a Constituição de 1934, recua na Constituição de 1937, mas suas propostas são resgatadas pela Constituições de 1946. Para a melhor compreensão, a análise será feita subdividindo-se os períodos históricos que marcaram essa fase para o instituto de controle de constitucionalidade.

6.3.1 A Constituição de 1934 e os aspectos históricos que a cercam: o notável progresso do controle judicial de constitucionalidade

A Revolução de 1930, movimento político e militar ocorrido no Brasil, pôs abaixo a “República Velha”, período em que as oligarquias dominavam o cenário brasileiro, com a predominância das duas maiores unidades federadas, Minas Gerais e São Paulo, na tão conhecida “Política do café-com-leite”.⁷⁸ Na realidade, a Revolução de 1930 é epílogo de

⁷⁸ Não é propósito desse trabalho reconstituir esse amplo e adornado período histórico da “República Velha” (período político brasileiro que terminou com a deposição do governo de Washington Luis em virtude da Revolução de 1930 e pela ascensão de Getúlio Vargas ao poder). Todavia, não é possível passar ao largo de dois grandes temas que dominaram o constitucionalismo brasileiro: o fortalecimento das oligarquias regionais e o nascimento da política dos coronéis (coronelismo). A transição do governo de Floriano Peixoto para a de Prudente de Moraes marca o início da República Oligárquica. A partir de então, a política federal ficaria concentrada nas mãos das oligarquias paulistas (centro produtor de café) e mineiros (tradicional produtor de leite). Interessante assinalar que uma das características desse modelo político foi a autonomia concedida às esferas regionais, por meio da qual o poder federal não intrometia na vida política interna dos Estados e nem estes na dos Municípios. Nascia, como contraprestação a esse sistema criado para a satisfação de propósitos políticos, o coronelismo, resultado da manipulação dos Municípios por governos locais. Com isso, os coronéis impunham que os eleitores votassem nos candidatos por eles indicados (o denominado voto de cabresto), impedindo que o candidatos da oposição lograssem êxito nas eleições.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso (2006b, p.14) “A concentração do poder político na órbita estadual acentuou a força dos governadores, que eram mera expressão das oligarquias regionais. A autonomia federativa, idealizada na superestrutura jurídica, pervertia-se na infra-estrutura oligárquica, que gerava, ainda, um subproduto: o coronelismo, surgido da manipulação dos municípios por chefes locais. Eventuais insubmissões ao esquema delineado eram punidas com a intervenção federal [...]”

diversos acontecimentos ocorridos na década de 20, que enfraqueceram as grandes oligarquias, dentre eles o levante do forte de Copacabana, em 1922 e a Coluna Prestes, que percorria o interior do país denunciando as mazelas existentes e propondo reformas políticas e sociais. Em apertada síntese, o movimento liderado pelos Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul impediu a posse do então presidente eleito Júlio Prestes. Assim, embora eleito, foi impedido de tomar posse, em virtude do golpe desencadeado em 3 de outubro de 1930. É constituída em seguida uma Junta Governativa provisória, da qual se tornaria chefe Getúlio Vargas. Este edita o Decreto n. 19.398⁷⁹ desmantelando as estruturas da República Velha e

⁷⁹ “**Art. 1º** O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléa Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país; **Parágrafo único.** Todas as nomeações e demissões de funcionários ou de quaisquer cargos públicos, quer sejam efetivos, interinos ou em comissão, competem exclusivamente ao Chefe do Governo Provisório. **Art. 2º** É confirmada, para todos os efeitos, a dissolução do Congresso Nacional das atuais Assembléas Legislativas dos Estados (quaisquer que sejam as suas denominações), Câmaras ou assembléas municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos, existentes nos Estados, nos municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tenham sido de fato. **Art. 3º** O Poder Judiciário Federal, dos Estados, do Território do Acre e do Distrito Federal continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente lei e as restrições que desta mesma lei decorrerem desde já. **Art. 4º** Continuam em vigor as Constituições Federal e Estaduais, as demais leis e decretos federais, assim como as posturas e deliberações e outros atos municipais, todos; porém, inclusive os próprios constituições, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou por decreto dos atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados, na esfera de atribuições de cada um. **Art. 5º** Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores **Parágrafo único.** É mantido o habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais. **Art. 6º** Continuem em inteiro vigor e plenamente obrigatórias todas as relações jurídicas entre pessoas de Direito Privado, constituídas na forma da legislação respectiva e garantidos os respectivos direitos adquiridos. **Art. 7º** Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os municípios, o Distrito Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos a revisão, contravenham ao interesse público e à moralidade administrativa. **Art. 8º** Não se compreendem nos arts. 6º e 7º e poderão ser anulados ou restringidos, coletiva ou individualmente, por atos ulteriores, os direitos até aqui resultantes de nomeações, aposentadorias, jubilações, disponibilidade, reformas, pensões ou subvenções e, em geral, de todos os atos relativos a emprego, cargos ou o ofícios públicos, assim como do exercício ou o desempenho dos mesmos, inclusive, e, para todos os efeitos, os da magistratura, do Ministério Público, ofícios de Justiça e quaisquer outros, da União Federal, dos Estados, dos municípios, do Território do Acre e do Distrito Federal. **Art. 9º** É mantida a autonomia financeira dos Estados e do Distrito Federal. **Art. 10.** São mantidas em pleno vigor todas as obrigações assumidas pela União Federal, pelos Estados e pelos municípios, em virtude de empréstimos ou de quaisquer operações de crédito público; **Art. 11.** O Governo Provisório nomeará um interventor federal para cada Estado, salvo para aqueles já organizados; em os quais ficarão os respectivos presidentes investidos dos Poderes aqui mencionados. § 1º O interventor terá, em cada Estado, os proventos, vantagens e prerrogativas, que a legislação anterior do mesmo Estado confira ao seu presidente ou governador, cabendo-lhe exercer, em toda plenitude, não só o Poder Executivo como também o Poder Legislativo. § 2º O interventor terá, em relação à Constituição e leis estaduais, deliberações, posturas e atas municipais, os mesmos poderes que por esta lei cabem ao Governo Provisório, relativamente à Constituição e demais leis federais, cumprindo-lhe executar os decretos e deliberações daquele no território do Estado respectivo. § 3º O interventor federal será exonerado a critério do Governo Provisório. § 4º O interventor nomeará um prefeito para cada município, que exercerá aí todas as funções executivas e legislativas, podendo o interventor exonerá-lo quando entenda conveniente, revogar ou modificar qualquer dos seus atos ou resoluções e dar-lhe instruções para o bom desempenho dos cargos respectivos e regularização e eficiência dos serviços municipais. § 5º Nenhum interventor ou prefeito nomeará parente seu, consanguíneo ou afim, até o sexto grau, para cargo público no Estado ou § 6º O interventor e o prefeito, depois de regularmente empossados, ratificarão expressamente ou revogarão os atos ou deliberações, que eles mesmos, antes de sua

propõe a organização de uma nova República. Iniciava-se o processo de reorganização do Estado brasileiro. Pela leitura do Decreto, é fácil perceber que o Governo Provisório já fazia o esboço de uma nova Constituição. É justamente nesse período que Getúlio Vargas, fortemente apegado a questões sociais, funda dois Ministérios: o do Trabalho e da Educação, com vistas a atender às necessidades e reivindicações do povo brasileiro.

Acontece que em meio a um clima de revanche e uma forte tendência ditatorial de poder, o Estado de São Paulo, em 09 de julho de 1932, forjou, sob a liderança do interventor federal no Estado, Pedro de Toledo, um movimento revolucionário, conhecido por *Revolução Constitucionalista*, que buscava a restauração do regime democrático. Esse movimento, embora massacrado pelas forças federais, serviu, ao menos, para que fosse determinada a convocação de uma Assembleia que seria responsável pela elaboração da nova Constituição. Após os trabalhos do Constituinte, foi promulgada a nova Constituição brasileira de 16 de julho de 1934.

Em relação às principais modificações ocorridas na Constituição de 1934 tendo como referência a Constituição de 1891, destacamos a forte tendência pela constitucionalização dos direitos sociais, já que se inspirava na Constituição Alemã de Weimar (1919) e na Constituição republicana espanhola de 1931, o que faz com que ela se insira na modelagem do Estado Social, e, portanto, dentro de um contexto, cujo Estado teve como foco o bem-estar social. De mais a mais, rompeu com o bicameralismo típico ao estatuir em seu artigo 22 que o Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal. A este, numa função assemelhada ao Poder Moderador do período imperial, incumbia, nos termos do artigo 88, promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição colaborar na feitura das leis e praticar os demais atos da sua competência. Criou, ademais, a Justiça Eleitoral com órgão do

investidura, de acordo com a presente lei, ou quaisquer outras autoridades; que anteriormente tenham administrado de fato o Estado ou o município, hajam praticado. § 7º Os interventores e prefeitos manterão, com a amplitude que as condições locais permitirem, regime de publicidade dos seus atos e dos motivos que os determinarem, especialmente no que se refira à arrecadação e aplicação dos dinheiros públicos, sendo obrigatória a publicação mensal do balancete da Receita e da Despesa. § 8º Dos atos dos interventores haverá recurso para o Chefe do Governo Provisório. **Art. 12.** A nova Constituição Federal manterá a forma republicana federativa e não poderá restringir os direitos dos municípios e dos cidadãos brasileiros e as garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. **Art. 13.** O Governo Provisório, por seus auxiliares do Governo Federal e pelos interventores nos Estados, garantirá a ordem e segurança pública, promovendo a reorganização geral da República. **Art. 14.** Ficam expressamente ratificados todos os atos da Junta Governativa Provisória, constituída nesta Capital aos 24 de outubro último, e os do Governo atual. **Art. 15.** Fica criado o Conselho Nacional Consultivo, com poderes e atribuições que serão regulados em lei especial. **Art. 16.** Fica criado o Tribunal Especial para processo e julgamento de crimes políticos, funcionais e outros que serão discriminados na lei da sua organização. **Art. 17.** Os atos do Governo Provisório constarão de decretos expedidas pelo Chefe do mesmo Governo e subscritos pelo ministro respectivo. **Art.18.** Revogam-se todas as disposições em contrário.” (BRASIL, 1930)

Poder Judiciário (art. 63, “d”; art. 82; art. 83), e fazendo dela a responsável pela regularidade das eleições, numa tentativa de impedir a fraude do processo eleitoral. Ainda, instituiu o voto obrigatório para os homens, e, inclusive, para as mulheres exercentes de função pública remunerada (art. 108). Por outro lado, mantém as bases da primeira Constituição Republicana: República, Federação, separação dos poderes, presidencialismo e sistema representativo.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, cujo assunto se insere nos limites dessa abordagem, as inovações promovidas pela Constituição de 1934 trouxeram notável progresso ao instituto e estão relacionadas, sobretudo, com a instituição da chamada representação interventiva e o papel que o Senado Federal passou a desempenhar no controle difuso.

De fato, em 1934 ocorreram significativas mudanças para o controle de constitucionalidade brasileiro. Embora de duração curta, o Texto Constitucional terá uma vida que se projeta para além de seu ciclo normativo. Até hoje se discutem institutos que foram introduzidos nesse período.

Pois bem, a impropriedade de adoção do *judicial review* em países do sistema do *civil law* – como o Brasil -, conjugado com a forte influência que o nosso constitucionalismo, a partir da Constituição de 1934, sofreu do modelo austríaco parecem encontrar eco no fato de o Brasil ter instituída a representação interventiva, assim considerada o embrião do controle concentrado. À evidência, o Brasil combinou timidamente o modelo norte-americano com a jurisdição concentrada⁸⁰, deixando de lado aquela visão pura e tradicional do *judicial review*.

Por isso mesmo, de ressaltar, no tímido e incipiente modelo concentrado, o realce dado pela Constituição de 1934, em seu artigo 12, §2º, à representação interventiva (correspondente à atual ação direta interventiva). Essa medida, envolvendo a possibilidade de intervenção da União nos Estados, foi confiada ao Procurador-Geral da República nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais elencados no artigo 7º, I, “a” a “h” (os chamados princípios constitucionais sensíveis).

⁸⁰ Corroborando o clarividente influxo do modelo austríaco, destacamos, apenas por amor à completude, a proposta de autoria do então Deputado Nilo Alvarenga criando uma Corte Constitucional, nos moldes kelsenianos, dotada de competência para, originária e privativamente, apreciar questões constitucionais suscitadas no curso dos processos ordinários, ocasião em que os juízes e os tribunais ordinários deveriam sobrestar o andamento da causa, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie. A proposta, ainda, permitia que qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, formulasse pedido de arguição de inconstitucionalidade (POLETTI, 1985, p.93; MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.1037; STRECK, 2004, p.440). Embora não tivesse logrado êxito na Constituinte, a proposta não deixa de ter importância como registro histórico pelo fato de anunciar o desejo de alguns em trazer para o Brasil o modelo austríaco (europeu) de controle concentrado de constitucionalidade.

De nossa parte, apesar de um esboço de concentração do modelo de controle de constitucionalidade, já que a ação confiada ao Procurador-Geral da República deveria ser proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, sustentamos que a situação tratada não conduz a um clássico tipo de fiscalização concentrada-abstrata. A representação interventiva envolvia uma situação concreta ensejadora de intervenção, por violar alguma das regras estatuídas no artigo 7º, I, da Constituição. Trata-se, é bem verdade, de um conflito de interesses entre as unidades políticas da Federação. De qualquer forma, é inegável o papel que a Suprema Corte passou a nesse contexto assumir. A ela se atribuía “o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual” (MENDES, 2008, p.1037).

Anna Cândida da Cunha Ferraz (2009, p.149) observa, com a sua costumeira acuidade, que a “concentração, em órgão supremo e guardião da Constituição, dessa competência, e a legitimação exclusiva de apenas uma autoridade para propor a ação fundada em inconstitucionalidade constituem marco expressivo no caminho da introdução da jurisdição concentrada e direta entre nós”.

Por outro lado, a Constituição de 1934 (art. 76, “2”, III, “b” e “c”) manteve o controle de constitucionalidade difuso estabelecido anteriormente pela Carta Política de 1891.

Sob tal perspectiva, surge pela primeira vez, na esfera de competência dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade, uma regra específica denominada de “cláusula de reserva de plenário”, por meio da qual se exige que a inconstitucionalidade de uma lei só seja reconhecida como tal pelos tribunais mediante o voto da maioria absoluta de seus membros. Eis a redação do artigo 179⁸¹: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (BRASIL, 1934). Cumpre ressaltar, no entanto, que o princípio da reserva de plenário não trouxe maiores consequências para os juízes de primeiro grau, que continuavam autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público independentemente da decisão de seus pares, já que eles julgavam de forma monocrática.

Mas talvez uma das mais inventiva e inovadora alteração introduzida pela Constituição de 1934, numa autêntica criação nacional, se refira ao papel desempenhado pelo Senado Federal, ao lhe atribuir competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando haja sido declarados

⁸¹ Trata-se de preceito que acolheu explicitamente orientação jurisprudencial firmada pelos tribunais norte-americanos. (CLÈVE, 1995, p.67)

inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV). Na linha de desdobramento de tal dispositivo, o artigo 96 dispunha: “Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.” (BRASIL, 1934)

Da leitura desse dois preceptivos, infere-se que a intervenção senatorial só se poderia fazer presente quando as decisões pela inconstitucionalidade de lei tivessem sido emanadas do Supremo Tribunal Federal. Essa fecunda e inovadora fórmula corrigia ao menos em parte aquela grave deficiência, existente nos países do controle difuso de constitucionalidade não adeptos ao princípio anglo-saxão do *stare decisis*, relativa à falta de eficácia geral das decisões. O sistema constitucional anterior não conseguiu extirpar a grave insegurança jurídica consubstanciada na existência de leis inconstitucionais para uns e constitucionais para outros, já que os juízes e os tribunais ordinários não estavam obrigados a seguir a decisão, mesmo que definitiva, do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a participação senatorial era providencial. Isso porque a intervenção do Senado no sistema de defesa jurisdicional da Constituição emprestava efeito *erga omnes* à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Esse, portanto, era o propósito do constituinte: a de estender os efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, evitando-se a insustentável, intolerável e desagradável insegurança jurídica decorrente das constantes oscilações de entendimento existentes entre os juízes. A intromissão do Senado na defesa jurisdicional da Constituição impedia que os juízes continuassem a aplicar a lei considerada inconstitucional pela Suprema Corte.

Por isso mesmo, a fórmula criada pelo Texto Magno de 1934 de exigir a remessa ao Senado para a suspensão da exequibilidade de lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte se mostrava, à toda evidência, necessária à época, em razão da ausência de um típico controle concentrado-abstrato de constitucionalidade e do correspondente efeito *erga omnes*. Em outros termos, na tentativa de se encontrar um mecanismo que atribuíssem eficácia geral e ampla à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Constituinte de 1934 tratou de confiar ao Senado Federal a missão de suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Corte.

Menção importante a ser feito ao modelo difuso diz respeito à consagração do *mandado de segurança*, remédio constitucional tipicamente brasileiro que passou a ser fundamental para o exercício do controle de constitucionalidade contra os atos do poder público lesivos aos direitos individuais, cuja proteção não poderia ser alcançada pelo *habeas*

corpus. De notar-se, ademais, em reforço ao controle difuso de constitucionalidade, a previsão constitucional da medida vocacionada à defesa dos direitos de cidadania conhecida por ação popular.

Por fim, cumpre ressaltar que os mecanismos de defesa da Constituição por órgãos pertencentes à estrutura política do Estado (controle político)⁸², existentes na Constituição anterior, foram mantidos. Destaque, nesse particular, ao veto presidencial fundado em razões ligadas à inconstitucionalidade da lei. Vale lembrar, ainda, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo fazer uso do veto parcial (art. 45).

6.3.2 A Constituição de 1937 e os fatores históricos colaborativos para a instituição de uma nova Carta: um retrocesso no instituto do controle judicial de constitucionalidade

Embora historicamente criativa, a Constituição de 1934 durou pouco, em razão do momento político da época que levou ao estabelecimento do Estado Novo totalitário de Getúlio Vargas.

Diante das eleições presidenciais marcadas para janeiro de 1938, as quais seriam disputadas por José Américo de Almeida e Armando de Sales de Oliveira, o governo denunciou a existência de um plano comunista para a tomada do poder, conhecido por “Plano Cohen”⁸³. Com o receio de que o país fosse tomado pelos comunistas e em meio a uma agitação popular provocada pelo sobredito plano, combinada com a crescente agravação de

⁸² É importante fazer um registro em relação à natureza da função senatorial voltada a suspender a execução dos dispositivos ilegais (art. 91, II). Pontes de Miranda (*apud* MENDES, 2008, p.1038), comentando a Constituição de 1934, destacava que “tal atribuição outorgava ao Senado Federal um pouco da função de Alta Corte Constitucional”. De fato, tratava-se de um dispositivo importante, na medida em que a apreciação do Senado, de natureza política, se fazia *in abstracto*, diferentemente da jurisdicional, presa ao caso concreto (FERRAZ, 2009, p.148). Cumpre ressaltar, porém, que a competência deferida ao Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão tomada pela Suprema Corte (art. 91, IV) insere-se como uma fase do controle difuso. Nesse caso, a decisão reconhecendo a inconstitucionalidade não é do órgão político, mas sim do Supremo Tribunal Federal. A intervenção senatorial estava presa à declaração de inconstitucionalidade tomada pela Corte.

⁸³ Na realidade, o “Plano Cohen” foi forjado por um adepto da Ação Integralista Brasileira, o capitão Olympio Mourão Filho. Uma vez encontrado pelo governo, o relatório foi usado como sendo um documento oficial a fim de justificar a tomada do poder por Getúlio. Descobriu-se, anos mais tarde, que o documento foi usado para simular uma revolução comunista no Brasil.

conflitos ideológicos⁸⁴, Getúlio Vargas, sem sofrer qualquer resistência, armou um golpe e, por meio de um pronunciamento transmitido via rádio por todo o país, instaurou, em 10 de novembro de 1937, o Estado Novo, um regime político ditatorial que se arrastaria até 29 de outubro de 1945, quando Vargas é deposto pelos militares.

Com a implantação da ditadura do Estado Novo, Getúlio Vargas fechou o Congresso Nacional e outorgou uma nova Constituição⁸⁵, também denominada “polaca”, em virtude da nítida influência da Constituição autoritária da Polônia, de tendência fascista.

Tratou-se, na verdade, de uma Constituição extremamente autoritária, com total desprestígio às liberdades públicas. Por isso mesmo, a Constituição de 1937 rompeu com o processo evolutivo de conquistas do cidadão percorrido pelas Constituições precedentes (1824, 1891 e 1934), situação que só seria retomada a partir da Constituição subsequente. É dizer em outras palavras, a Constituição de 1937 representou um inequívoco retrocesso para o pensamento sócio-político brasileiro. Para usar a já consagrada classificação ontológica das Constituições⁸⁶, ditada por Karl Loewenstein (1979, p.216-222), a Constituição de 1934 não passou de uma “Constituição semântica”, ou seja, uma Carta que, ao invés de ser concebida como um instrumento de limitação de poder, se coloca como um instrumento a serviço do poder.

Sobre a Constituição de 1937, Bonavides escreve que

⁸⁴ De um lado se colocava o partido de direita, a Ação Integralista Brasileira, partido escorado em ideias fascistas, que tinha como chefe Plínio Salgado. Do outro lado diametralmente oposto, situava-se o partido de extrema esquerda, o partido comunista, que estava sob a liderança de Luís Carlos Prestes.

⁸⁵ Deveras, a Carta de 1937 nunca chegou a vigor, já que ela determinou a sujeição de seu próprio texto a um plebiscito nacional (art. 188) que nunca ocorreu.

⁸⁶ A classificação ontológica das Constituições foi lançada pelo constitucionalista alemão Karl Loewenstein levando-se em consideração a eficácia do texto constitucional em face da realidade. Dessa forma, à vista da realidade, as Constituições podem ser categorizadas como normativa, nominal e semântica. A Constituição nominal é aquela cujas normas se adaptam à dinâmica do processo político. Segundo suas palavras, “Para que una constitución sea viva, debe ser, por lo tanto, efectivamente ‘vívida’ por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización. [...] Para que una constitución sea viva, nos es suficiente que sea válida em sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada em la sociedad estatal, y ésta em ella” (LOEWENSTEIN, 1979, p.217). Já a Constituição nominal é aquela sem valor jurídico, uma constituição de fachada. Nas palavras próximas do autor, trata-se de uma Constituição juridicamente válida, mas a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas. Enfim, trata-se de uma Constituição que carece de realidade existencial. E, finalmente, a Constituição semântica, com um estatuto utilizado a serviço do Poder. Portanto, fala-se em Constituição semântica a que “su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político em beneficio exclusivo de los detentadores Del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado” (LOEWENSTEIN, 1979, p.218).

Ela é o reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjugou nossas melhores esperanças democráticas. E nos colocou ante o desafio de uma espantosa atualidade, agora que mais um período constituinte se encerra e que as conquistas alcançadas pelo novo texto devem ser defendidas com todos os recursos democráticos de que dispusemos. A Constituição de 37 não respeitou nem mesmo seu próprio texto, concentrando direitos numa única pessoa (o Presidente). Ela foi o biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces. (BONAVIDES, ANDRADE, 2008, p.339)

A par dessas considerações, pode-se dizer que a outorgada Carta Política fortaleceu o Poder Executivo, que legislava por meio de decretos-leis. Declarou o estado de emergência (art. 186). Determinou no artigo 178 a dissolução da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Assembleias Legislativas dos Estados e das Câmaras Municipais.⁸⁷

Embora tivessem sido previstos pela Carta, os Poderes Legislativo e Judiciário tiveram suas funções esvaziadas.

O Poder Legislativo era exercido teoricamente pela Câmara dos Deputados e Conselho Federal, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados na Constituição (art. 38). Sucede que o Legislativo podia ser posto em recesso e dissolvido pelo Presidente da República (art. 75, “b”), quando, então, tomava para si todas as funções legislativas.

Já o Poder Judiciário sofreu um duro golpe com o novo regime. A ele se vedou conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94). Não por outra razão que a Constituição de 1934 se mostrou retrógrada em relação ao instituto do controle judicial de constitucionalidade. Sobre tal aspecto, diga-se que a Carta Política não introduziu nenhuma modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, “b” e “c”). Manteve, inclusive, a regra especial de declaração de inconstitucionalidade para os tribunais, estabelecendo no art. 96 que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República” (BRASIL, 1937). Porém, o constituinte visou a flexibilizar a supremacia do Judiciário. Para tanto, consagrou, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a

⁸⁷ Embora o constituinte se referisse ao Poder Legislativo, é certo que este nunca foi instalado. A propósito, a Constituição traz em seu bojo disposições transitórias denominadas de “fórmulas enquanto”, isto é, enquanto não forem implementadas, os poderes serão enfeixados nas mãos do Presidente.

inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento. Uma vez confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.⁸⁸ Note-se, porém, que do ponto de vista técnico e teórico, a inovação trazida pelo constituinte era irrelevante, pois podendo a Constituição ser emendada pelo voto da maioria das duas casas do Parlamento (art. 174), era possível utilizar essa estratégia para tornar a lei declarada inconstitucional compatível com o sistema jurídico (MENDES, 2008, p.1039).

Vale destacar que, na linha argumentativa desenvolvida por Clémerson Merlin Clève (1995, p.69), ante a não funcionalidade do Poder Legislativo, já que nunca fora convocado, cabia ao próprio Presidente da República exercer, por meio de decreto-lei⁸⁹, a faculdade autorizada pelo artigo 96, parágrafo único, no que só vem corroborar a feição nitidamente autoritária do pensamento constitucional dominante da época.

De ressaltar, a respeito do controle judicial de constitucionalidade, que a Constituição de 37 não cuidou da representação interventiva, muito menos tratou da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário. Também vale o registro de que o mandado de segurança e ação popular perderam o status de garantia constitucional, passando a ser disciplinados por legislação infraconstitucional. E o Código de Processo Civil de 1939, no seu artigo 319, excluía de apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (MENDES, 2008, p.1040).

É por essas razões acima apontadas - Constituição extremamente autoritária, impossibilidade de o Poder Judiciário conhecer de questões políticas, supressão do instituto do mandado de segurança, possibilidade do Presidente da República reapresentar lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao Parlamento, mesmo quórum de modificação da lei ordinária foi exigido para alteração da Constituição – que se registra o retrocesso em relação ao instituto do controle judicial de constitucionalidade das normas.

⁸⁸ Como bem informa Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1.039), o instituto em tela não colheu manifestações unânimes de repulsa. Cândido Motta Filho, Francisco Campos, Alfredo Buzaid e Genésio de Almeida Moura produziram a defesa da medida.

⁸⁹ Houve casos em que Getúlio Vargas cassou a decisão do Supremo Tribunal Federal e confirmou a constitucionalidade de uma lei declarada inconstitucional. A título exemplificativo, destaca-se o Decreto-Lei n. 1.564, cuja redação considera constitucional textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao controle político, vale o registro já mencionado de que a Constituição de 1937 permitiu, de forma inusitada, que o Presidente da República reapresentasse lei declarada inconstitucional pelo STF ao Parlamento, podendo este pelo voto de 2/3 de seus membros, confirmar a validade da lei e com isso tornar insubsistente a decisão do STF. Além disso, a Carta Política atribuiu à Câmara dos Deputados a função de verificar a observância, pelos Estados, dos princípios constitucionais sensíveis (art. 9º, parágrafo único), numa autêntica intenção do constituinte em alijar o Supremo Tribunal Federal dessa análise. É possível, nos dizeres de Anna Cândida da Cunha Ferraz (2009, p.150), vislumbrar, nos dois casos, modelos de controle político *a posteriori*.

6.3.3 A Constituição originária de 1946 e o processo de redemocratização do País: a preservação dos mecanismos de controle já existentes e a restauração das regras da Carta de 1934

O Estado Novo deu-se em meio ao desenvolvimento da 2ª Guerra Mundial (1939-1945). Em que pese a grande dependência econômica dos Estados Unidos, o governo getuliano se contradisse, ao assumir uma política muito próxima à alemã e à italiana. Por isso mesmo, a derrota do Nazi-fascismo contribuiu significativamente para o término do regime político ditatorial. Movimentos em prol da redemocratização começaram a surgir no Brasil, a ponto de Vargas dar início a uma série de medidas liberalizantes, o que se fez acontecer com a Lei Constitucional n. 9 de 28 de fevereiro de 1945, que alterou significativamente a feição da Constituição de 1937. A partir de então, foram fixadas eleições gerais para Presidente da República, Governadores de Estado, bem como para vagas no Parlamento e nas Assembleias Legislativas dos Estados, o que deveria ocorrer em 2 de dezembro de 1945. Diante da abertura do regime, surgiram grupos políticos lastreados por ideologias representativas de segmentos distintos da sociedade. E foi justamente em meio a esse clima de politização que se deflagrou um movimento conhecido por “querenismo” pretendendo a permanência de Vargas no poder. Essa iniciativa soou como uma tentativa do ditador de manipular sua permanência no poder. As Forças Armadas, então, sob a liderança do General Góis Monteiro, resolveram agir o que ensejou a sua destituição do poder. Em seu lugar assumiu o posto o então Presidente do

Supremo Tribunal Federal José Linhares. Nas eleições de 2 de dezembro de 1945, o povo sufragou o General Eurico Gaspar Dutra, ex-Ministro de Guerra de Getúlio Vargas, à Presidência da República. Em 18 de setembro de 1946 é promulgada a Nova Constituição. Encerrava-se, assim, o ciclo normativo da Constituição de 1937.

A Constituição de 1946 reinseriu dispositivos de caráter social-liberalizante do Texto Magno de 34, que haviam sido suprimidos da Carta Política anterior. Vale dizer, o “vento da socialização” da Constituição de 1934 soprou em direção à Constituição de 1946⁹⁰. Todavia, como bem observa Lenio Luiz Streck (2004, p.443), com a sua costumeira acuidade, “*o Brasil não aproveitou os debates em torno do constitucionalismo que se realizavam na Europa naquele momento. Os constituintes preferiram seguir a trajetória iniciada em 1891, interrompida em 1937, com pequenas inovações*”.

A Carta Política de 1946 trouxe os princípios federativo e republicano no seu artigo 1º, realçando a autonomia dos Estados e Municípios. Resgatou o mandado de segurança e trouxe uma série de direitos e garantias individuais, dentre eles a liberdade de culto e de pensamento, esta limitada no que dizia respeito aos espetáculos e às diversões públicas. Procurou realocar os três Poderes em uma posição de equivalência institucional. O Poder Legislativo seria exercido pelo Congresso Nacional, o qual seria composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 37). O Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República (art. 78). Já o Poder Judiciário seria exercido pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais militares, Juízes e Tribunais eleitorais, Juízes e Tribunais do trabalho (art. 94).

Em relação ao controle de constitucionalidade, que é o assunto merecedor de mais cuidado no nosso trabalho, a Constituição de 1946 manteve, de uma forma geral, o modelo de jurisdição constitucional da Constituição de 1934. Por outro lado, assegurou o exercício do controle político de constitucionalidade com o veto presidencial (art. 70, §§1º,2º,3º e 4º).

⁹⁰ Nas palavras sempre precisas de Lenio Luiz Streck, “a Constituição era tão semelhante com a de 1934, que se podia ter a impressão de um decalque. Trinta constituintes de 34 participaram da constituinte de 1945/46. O que mais contribuiu para essa semelhança foi a coincidência dos fatores políticos, que inspiraram a elaboração constitucional, orientada, nos dois momentos, pelo pensamento de uma reação contra os exageros do presidencialismo da República Celha, ou contra as tendências ditatórias, que modelaram a Carta de 1937. Foi o mesmo surto de espírito democrático que nos deu as duas Constituições, impondo os preceitos que a técnica jurídica do momento recomendava para correção dos males que eram levados para a conta de demasias do Poder Executivo. Voto secreto, regime de partidos, representação proporcional, instituição da suplência, validade dos diplomas, Justiça Eleitoral para julgamento de todas as fases do pleito, são conquistas incorporadas à Constituição de 1946” (STRECK, 2004, p.443-444).

O controle difuso-incidental foi mantido no artigo 101, III, da Constituição de 1946, e nela se introduziu importante princípio para esse modelo: o da inafastabilidade do controle jurisdicional dos direitos violados. Nas palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz (2009, p.151), esse princípio é o fundamento primeiro do controle difuso, no plano constitucional.

Conforme leitura do artigo 200 (“Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”), a cláusula de reserva de plenário permaneceu no texto constitucional.

De mais a mais, resgatou a regra da suspensão da excoutoriedade da lei pelo Senado. Assim, nos termos do artigo 64 incumbia ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1946).

Restabeleceu, outrossim, com algumas alterações, a representação interventiva. Nos termos do artigo 8º, que abaixo reproduzimos, dessume-se que a sua titularidade foi novamente atribuída ao Procurador-Geral da República:

Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos ns VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

Possibilitava-se, com isso, que o Procurador-Geral da República⁹¹ impugnasse, no Supremo Tribunal Federal, ato ou lei estadual em face dos chamados princípios constitucionais sensíveis, dispostos no artigo 7º, VII⁹².

⁹¹ É interessante nota que o Procurador-Geral da República exercia, na Constituição de 1946, a função de chefe do Ministério Público federal (art. 126).

⁹² Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e harmonia dos Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;'
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário.

Com efeito, a Constituição de 1946 teve papel importante na remodelação da representação interventiva⁹³, introduzida, originariamente, na Carta Magna de 1934⁹⁴. De ressaltar, portanto, que a leitura da doutrina feita pelo instituto permitiu que a Representação Interventiva se transmudasse para uma ação direta de inconstitucionalidade, pelo menos em relação ao direito estadual⁹⁵. Tanto é verdade dessa afirmação, que alguns autores, como Alfredo Buzaid (1972, p.131) já sustentava a eficácia geral da decisão de intervenção do Supremo Tribunal Federal.⁹⁶

A par de todas essas informações, dessume-se que a Constituição de 1946, além de assegurar o controle político e restaurar o controle judicial-difuso, teve um papel importante no aprimoramento da representação interventiva, sendo certo que esta medida contribuiu

⁹³ A ampla utilização da arguição de inconstitucionalidade direta no regime constitucional instituído em 1946 é bem analisada por Gilmar Mendes: “A primeira ação direta, formulada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argüia a inconstitucionalidade de disposições de índole parlamentarista contidas na Constituição do Ceará, tomou o n. 93. A denominação emprestada ao novo instituto – representação -, segundo esclarece Themístocles Calvacanti, deveu-se a uma escolha entre a reclamação e a representação, ‘processos conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal’. A análise do sentido de cada um teria conduzido à escolha do termo *representação*, ‘já porque tinha de originar de uma representação feita ao Procurador-Geral, já porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal, com o seu parecer’. [...] Na representação n. 94, que argüia a inconstitucionalidade dos preceitos consagrados do regime parlamentarista na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, indagou-se sobre a necessidade de se formular requerimento ao Procurador-Geral. E esse entendimento foi acolhido, sendo o chefe do Ministério Público Federal solicitado ‘que a medida fosse provocado, o que foi feito através do pedido devidamente justificado’. Na opinião do insigne publicista, que exercia o cargo de Procurador-Geral da República, a arguição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com parecer contrário do Ministério Público’. O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de ‘árbitro final do contencioso de inconstitucionalidade’. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes, ao enfatizar que ‘atribuição nova, que o Supremo Tribunal Federal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual ao cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com o do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado’. Com essa colocação, o jurista magistrado logrou fixar princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n. 16, de 1965.” (MENDES, 2008, p.1041-1042)

⁹⁴ A propósito, quanto à diferença entre a representação interventiva de 1934 e a de 1946, traz-se à baila interessante colocação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Dizia ele que na Constituição de 1934 “[...] a execução de intervenção, que competia ao Presidente da República, só se efetuaria no caso de decretação de intervenção pelo Poder Legislativo, a quem cabia tomar essa medida, na hipótese de violação dos princípios constitucionais da União, se o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação da Procuradoria-Geral da República, tomasse conhecimento dessa lei de decretação de intervenção e declarasse a sua inconstitucionalidade. E essa provocação seria de moto próprio, ou por determinação do Presidente da República, ao qual se achava subordinado, e a quem competia executar dita intervenção. Já na de 1946, o procedimento era diferente. O Procurador-Geral da República submeteria ao exame do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucional, em virtude de petição de terceiro, com o seu pronunciamento, pró ou contra; e se aquele órgão judicante declarasse a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Congresso Nacional decretaria a intervenção federal” (MELLO, 1980, p.188).

⁹⁵ Note-se que já que os atos normativos praticados pela União ficavam de fora desse tipo de controle exercido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹⁶ Em sentido oposto, afirmando que a intervenção do Supremo Tribunal Federal não tinha efeito *erga omnes*, tendo por objetivo tão-somente constatar a ocorrência de violação de princípio constitucional sensível, paralelamente o decreto de intervenção da União no Estado, destacamos Lenio Luiz Streck (2004, p.444).

significativamente para a criação, em novembro de 1965, da ação direta de inconstitucionalidade (a então denominada representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual).

6.4 4ª. FASE: A CONSOLIDAÇÃO DA FORMA MISTA DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE SOB O CARÁTER SOBREPAIRANTE DO MODELO DIFUSO E A PERMANÊNCIA DOS ASPECTOS POLÍTICOS DO CONTROLE

Essa situação retratada pela quarta fase na evolução de controle de constitucionalidade no direito brasileiro é inaugurada com a Emenda Constitucional à Constituição de 1946 sob o n. 16/65 e se estende pela Constituição de 1967 e Constituição de 1969 (EC n. 1/69).

Se o Texto Magno de 1946 foi significativamente decisivo para o aperfeiçoamento do mecanismo de proteção judicial da constituição, não é menos certo afirmar que, sob os auspícios da Emenda à Constituição de 1946 de número de ordem 16, de 26 de novembro de 1965, o direito brasileiro caminhou rumo à solidez e à consolidação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, inaugurando uma nova fase da fiscalização de constitucionalidade. Portanto, a partir de 1965, o Brasil se aproximaria do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, cuja formulação de suas bases pode ser atribuída a Hans Kelsen.

Logo, foi com a Emenda à Constituição de 1946 sob número de ordem 16, de 26 de novembro de 1965, que a ação direta de inconstitucionalidade ganhou conformação próxima ao dos dias atuais.

Há, no entanto, um detalhe curioso colocado por Clèmerson Merlin Clève (1995, p.70) no sentido de que a representação genérica de inconstitucionalidade (a atual ação direta

de inconstitucionalidade por ação), que se presta para a garantia das liberdades públicas, foi instituída pelo regime militar, em contraposição à vertente da dinâmica ditatorial⁹⁷.

A propósito, afigura-se digna de realce registrar os eventos que culminaram no golpe militar em 1946: a) no plano externo, a conjuntura econômico-social reforçada pelo regime da “guerra fria” instaurada entre os Estados Unidos da América e a União Soviética permitiu o florescimento de duas facções, as nacionalistas e as socialistas. Setores com foco na manutenção do sistema capitalista, ainda que, para tanto, fosse preciso dismantelar o regime democrático, pressionaram a substituição da democracia por um Governo forte anticomunista; b) no plano interno, pode-se destacar o suicídio de Getúlio Vargas, que fez com que o país mergulhasse numa grave crise institucional, em um quadro de total instabilidade política; vitória de Juscelino Kubitschek nas eleições de outubro de 1955, o que para a UDN, sob o comando de Carlos Lacerda⁹⁸, para Café Filho⁹⁹ e para certa ala das Forças Armadas consubstanciava o reavivamento da política varguista, duramente combatida desde 1951; Golpe de Estado do General Lott contra o Presidente interino Carlos Luz¹⁰⁰, despojando-o do cargo em 11 de novembro de 1955¹⁰¹; o Golpe do General Henrique Batista Teixeira Lott contra Café Filho, impedindo-o de reassumir suas funções quando se recuperou da doença que o acometera, já que ele se sinalizava à época, quando Presidente, apoio aos projetos políticos

⁹⁷ Há quem diga, no entanto, como Celso Agrícola Barbi (1968, p.42), que a utilização da representação genérica de inconstitucionalidade representaria o fortalecimento do Poder Executivo, pois caso tivesse tido uma baixa pela derrubada do veto do Congresso, o Presidente poderia se valer desse instrumento perante o Supremo Tribunal Federal, que se lhe arrogara um órgão submisso, visando a não aplicação da lei em razão de sua suposta e forçada inconstitucionalidade.

⁹⁸ Lacerda procurou impugnar o resultado das eleições, sob o fundamento de que Juscelino não tinha sido escolhido pela maioria do eleitorado, já que a diferença entre ele e seu oponente (Juarez Távora) era menos de 500 mil votos, exatamente a quantidade de votos que, segundo ele, era proveniente da ala dos comunistas, cuja facção passara para a ilegalidade desde 1948.

⁹⁹ Café Filho se mostrava convencido da linha argumentativa defendida por Lacerda. Porém, o General Lotti, frustrando a intenção de se cancelar as eleições, propugnava pelo entendimento de que a Constituição deveria ser fielmente respeitada. Para tanto, sustentava que os candidatos eleitos no pleito de outubro de 1955 deviam ser empossados, e colocou à disposição o Exército para que fizesse a vontade da Constituição.

¹⁰⁰ Ante ao incômodo circulatório que acometera o então Presidente Café Filho, o cargo é transmitido ao Presidente da Câmara dos Deputados Carlos Luz.

¹⁰¹ O General Lott enviou ao Presidente do Senado, Nereu Ramos, um pedido de afastamento do Presidente em exercício, sob a justificativa constitucional de que ele havia deixado o território brasileiro sem autorização do Congresso Nacional (art. 65, VII, CF/46). Isso porque, ao perceber o cerco organizado pelo General ao Palácio do Catete, no movimento militar denominado pelo próprio Lott de “retorno ao quadro constitucional vigente”, o Presidente interino Carlos Luz embarca no Cruzador Tamandaré rumo a cidade de Santos. Em carta, Luz apenas se limitou a informar que estaria em águas territoriais, sem mencionar detalhadamente, no entanto, quais seriam essas águas territoriais. Numa sessão legislativa tumultuada, o impedimento é aprovado. Com isso, ascende ao poder o Presidente do Senado, Nereu Ramos, que mais tarde entregaria o cargo a Juscelino Kubitschek de Oliveira.

de Carlos Lacerda¹⁰²; renúncia de Jânio Quadros após 7 meses de governo; tentativas de golpes dos Ministros Militares para impedir a posse do Vice-Presidente João Goulart, o que foi abafado com a edição da EC n. 04 estabelecendo o parlamentarismo; Golpe dos Militares contra Jango, que havia restituído o regime presidencialista, após autorização popular na convocação plebiscitária, ensejando a edição da EC n. 06 de 1963, a qual revogava a EC n. 04.

João Goulart é destituído do poder, em 1º de abril de 1964, por um movimento militar. A Presidência é assumida pelo Comando Militar Revolucionário, que efetua diversas prisões dos opositores ao regime.

Em 09 de abril de 1964, é baixado o Ato Institucional¹⁰³ n. 1, que, muito embora tenha ordenada a cassação de mandatos de políticos, manteve a ordem constitucional vigente (Constituição de 1946).

Sob a vigência da Constituição de 1946, Dirley da Cunha Junior destaca, em síntese perfeita, que

[...] sucederam-se crises e conflitos entre os poderes, que se agravaram com o retorno de Getúlio Vargas, por eleição direta, ao poder, com um programa social e econômico que inquietou as forças conservadoras, situação que culminou com o suicídio do estadista. Getúlio Vargas foi eleito em 3 de outubro de 1950, tomando posse na presidência da República em 31 de janeiro de 1951, sucedendo o presidente Eurico Gaspar Dutra. Seu mandato presidencial deveria estender-se até 31 de janeiro de 1956, porém, em meio a crises diversas e pressões políticas para afastar da presidência, suicida-se na madrugada de 23 para 24 de agosto de 1954. Após Getúlio, assumiram a presidência do País, sucessivamente, Café Filho, Juscelino Kubitschek e Jânio Quadros. Este último, após ter sido eleito por uma ampla maioria de votos, renunciou sete meses após. Sobe à presidência seu vice, João Goulart, apesar da forte resistência dos militares. Aprova-se a EC n. 04, de 2 de setembro de 1961, mais conhecida como a emenda parlamentarista, uma vez que implantou no Brasil o parlamentarismo com o fim de reduzir os poderes do novo Presidente da República. Todavia, esse sistema durou pouco, em razão da EC n. 06, de janeiro de 1964, aprovada pelo Congresso Nacional após plebiscito popular que se pronunciou contra o sistema parlamentar revogando a emenda 04. João Goulart cai do poder em 01 de abril de 1964, com o movimento militar deflagrado no dia anterior. (CUNHA JUNIOR, 2009, p.495-496)

¹⁰² Em 24 de novembro de 1955, Nereu Ramos obtém a aprovação do Congresso para governar o país em regime excepcional de Estado de Sítio, o único depois da Constituição de 1946, o qual vigeu até a posse dos candidatos eleitos. Em 31 de janeiro, realizou-se a cerimônia de posse de Juscelino Kubitschek e João Goulart.

¹⁰³ O caráter democrático foi definitivamente abandonado com a sucessão de atos institucionais.

É justamente dentro desse contexto que o sistema do controle de constitucionalidade revigorou-se, graças à edição da EC n. 16, de 26 de novembro de 1965 (Reforma do Poder Judiciário). A partir de então, é possível identificar uma nova fase na jurisdição constitucional, qual seja, a adoção de efetivo modelo jurisdicional misto. Também se afigura digna de realce a competência dos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal impugnado em face da Constituição do Estado (o denominado controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados).

A doutrina¹⁰⁴ costuma atrelar a origem do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade brasileiro dos atos normativos federais e estaduais à promulgação e publicação da Emenda Constitucional n. 16/65, já que esse instrumento normativo trouxe para a Constituição de 1946, no artigo 101, I, “k”, a representação genérica de inconstitucionalidade (hoje substituída pela ação direta de inconstitucionalidade). Enfim, o referido dispositivo constitucional atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a “representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Não há, pois, como negar que o controle de constitucionalidade brasileiro passou a se apresentar sob uma nova roupagem, ou seja, a EC n. 16/65 promoveu significativas alterações ao sistema de controle de constitucionalidade, pois veio acrescer aos modelos ainda existentes, e, portanto mantidos (controle político e controle judicial difuso) pela ordem jurídica constitucional, um mecanismo vocacionado a, direta e precipuamente, defender e preservar o ordenamento jurídico contra quaisquer ameaças ofensivas à supremacia da Lei Fundamental, o que só vem comprovar a intenção, a cada reforma promovida pelo constituinte ou pelo legislador ordinário, pelo aperfeiçoamento e ampliação da jurisdição constitucional. A propósito, conforme veremos em sequência, aqui se encontra o ponto de partida para o processo de inversão do caráter preponderante pretendido pelo sistema constitucional entre o controle difuso e o controle concentrado.

¹⁰⁴ Nesse sentido se manifestam, dentre outros, Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1043-1044); Clèmerson Merlin Clève (1995, p.70); Oswaldo Luiz Palu (1999, p.132). A propósito, Celso Bastos (2001, p.413) assinala que a “introdução pela Emenda n. 16, no seu art. 2º, dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, daquela de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desvinculou o exercício da via de ação de certos pressupostos que o restringiram anteriormente”.

De forma sintética, podemos afirmar que, graças à modificação da Constituição de 1946 conduzida pela EC n. 16/65, para além do controle político outrora incorporado, o modelo de controle de constitucionalidade, preponderantemente judicial, passou a ser do tipo misto (híbrido), bifurcando-se em uma classificação dicotômica: a) controle judicial difuso-incidental de constitucionalidade, cujo exercício é realizado por todos os juízes dotados de função jurisdicional no curso de uma demanda, sendo a questão constitucional, incidentalmente deduzida no processo, elevada ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal (recurso extraordinário), com a possibilidade de remessa ao Senado Federal para que, mediante resolução, se lhe atribua eficácia geral; b) controle judicial concentrado-abstrato, cujo modelo se desenvolve perante o Supremo Tribunal Federal pela provocação do Procurador-Geral da República, sendo sua decisão automaticamente dotada de efeito “*erga omnes*”. A essa característica, some-se a existência de um tipo de controle realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal voltado a reconhecer, para fins de intervenção federal, violação aos princípios sensíveis.

Já sob as Constituições de 1967 e de 1969¹⁰⁵, outorgadas durante o regime militar (1964-1985)¹⁰⁶, período em que o estado democrático restou simplesmente ceifado pela instabilidade política que marcou aquele momento ditatorial¹⁰⁷, a formatação do controle de constitucionalidade herdado da ordem constitucional anterior manteve-se praticamente incólume.

Segundo Mendes:

¹⁰⁵ Embora batizada de Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, é inegável a sua natureza de verdadeira Constituição, já que o núcleo essencial do trabalho do Constituinte anterior fora por ela alterado.

¹⁰⁶ O regime militar teve, no total, cinco Presidentes (Humberto de Alencar Castelo Branco, Artur da Costa e Silva, Emílio Garrastazu Médici, Ernesto Geisel e João Batista Figueiredo) e uma junta militar governista, formada por Ministros da Matinha, do Exército e da Aeronáutica, no período em que Costa e Silva adoeceu. Essa Junta Militar seria responsável por outorgar em 17 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional n. 1/69.

¹⁰⁷ A Constituição de 1967, baseada na Constituição ditatorial de Getúlio Vargas de 1937, se com uma mão praticamente anulou os direitos e garantias fundamentais, com a outra outorgou sensíveis poderes ao Presidente da República, levando a alguns autores de escol, como Celso Bastos (2001, p.140), a afirmar que mesmo o Texto Constitucional versar sobre os três Poderes, no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação amesquinhou as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário. É certo que uma série de movimentos reivindicatórios culminou no Ato Institucional n. 5, o qual, rompendo com o regime constitucional, instituiu uma ordem paralela, permitindo, por exemplo, que o Presidente da República fechasse o Congresso Nacional, bem como se suspendesse os direitos políticos. Impediu, inclusive, o Poder Judiciário de analisar qualquer ato do Poder Executivo praticado com fundamento no Ato Institucional n. 5. A grande dificuldade, conforme bem menciona o autor, era compatibilizar o Ato n. 5 com a própria Constituição de 1967 por ele mantida, o que não era tarefa fácil, já que em diversos momentos os textos se mostravam contraditórios.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16/95.

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também para prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, §2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n. 16/95 (art. 119, I, *l*). (MENDES, 2008, p.1.044)

De ver-se que a Constituição de 1967, e, igualmente, a Constituição de 1969 reproduziram o sistema de fiscalização difusa e concentrada de constitucionalidade.¹⁰⁸ Apenas se distanciaram da EC n. 16/65 em relação à representação genérica de inconstitucionalidade no âmbito dos Estados, já que ela não foi prevista em ambos os regimes constitucionais. A Constituição de 1969, por sua vez, apenas admitiu, pela primeira vez, o uso da representação interventiva pelos Estados-membros para proceder ao controle de constitucionalidade das leis municipais em face dos princípios elencados na Constituição Estadual (art. 15, §3º, “d”).

No entanto, cumpre registrar que a Emenda Constitucional n. 7/77, conhecida como “pacote de abril”, trouxe três novidades dignas de nota. A primeira consistiu na criação autoritária, sem precedentes na história, conhecida por “representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, sendo a competência para julgar atribuída ao Supremo Tribunal Federal, e sua decisão dotada de caráter vinculante (art. 119, I, “l”). A EC n. 7/77 introduziu, ainda, a famigerada advocatória no artigo 119, I, “o”, confiando ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente “as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide seja devolvido”. Tratava-se, é bem verdade, de um instituto, de feição autoritária, que anulava o controle difuso¹⁰⁹ realizado por

¹⁰⁸ A cláusula de reserva de plenário, a suspensão da lei pelo Senado e a representação genérica de inconstitucionalidade vieram, respectivamente, nos artigos 111, 45, IV e 114, I, “l”. Já sob a égide da Constituição de 1969, esses mesmos institutos passaram a ser reproduzidos, respectivamente, nos artigos 116, 42, VI e 119, I, “l”.

¹⁰⁹ Não consideramos que a advocatória, à vista da anulação do controle difuso, tenha inaugurado uma nova fase da evolução do controle de constitucionalidade, porquanto fora ela criada para assegurar os interesses do governo. Não se pode considerar, em meio a esse cenário, a advocatória como instituto de feição democrática. Ela

qualquer juiz ou tribunal, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, mediante requerimento do Procurador-Geral da República, avocava para si todo o tema politicamente relevante, decidindo a questão, em desabono à garantia do juiz natural. Essas duas primeiras disposições foram abolidas pela Constituição de 1988. Já a terceira e derradeira novidade diz respeito à concessão de medida cautelar na representação de inconstitucionalidade (art. 119, I, “p”), previsão essa que foi mantida pela Constituição de 1988.

Apesar a advocatória ter reduzido drasticamente o poder dos juízes e tribunais ordinários, pode-se afirmar que as inovações promovidas pela Constituição de 1967, pela EC n. 69 e pela EC n. 7/77 pouco mudaram a formatação do controle de constitucionalidade concebido do regime constitucional anterior.

Por isso mesmo cabe, a título conclusivo, uma observação final dessa fase: mesmo diante de um controle híbrido de constitucionalidade, essa fase foi marcada pela predominância do modelo difuso de constitucionalidade, cenário esse que só seria modificado a partir da Constituição de 1988. É o que se passa examinar a seguir.

6.5 5ª. FASE: A RATIFICAÇÃO DA FORMA MISTA DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE COM A SIGNIFICATIVA TENDÊNCIA PARA O FORTALECIMENTO E PREDOMÍNIO DA FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE E A MANUTENÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POLÍTICO

A Constituição de 1988 foi responsável pela boa e perfeita travessia de um Estado autoritário para um Estado democrático de Direito.

Em 1983-84, um novo movimento, que coincidiu com a intensificação da crise econômica e profunda recessão, eclodiu no Brasil pedindo eleições diretas para Presidente da República. Essas manifestações, no entanto, minguiaram, ante à rejeição da emenda constitucional Dante de Oliveira, de 25 de abril de 1984. No entanto, longas discussões ao

foi colocada a serviço dos detentores do poder, não se prestando a garantir os direitos individuais dos cidadãos. Por isso a mencionamos apenas com valor de crítica histórica.

derredor da sucessão do Presidente João Figueiredo foram suscitadas, já que ele abrira mão de coordenar os debates sobre a sucessão presidencial. E nesse quadro sucessório, apareciam para a eleição indireta pelo Colégio Eleitoral, designada para 15 de janeiro de 1985, de um lado, como candidato do PDS (ex-ARENA), Paulo Maluf, e de outro, como postulante ao cargo e candidato pelo PMDB, Tancredo Neves, no que foi apoiado pela ala dissidente do PDS, comandada por José Sarney e pelo PDT de Leonel Brizola, além de ter sido aceito, em razão de sua moderação, por grande parte dos militares, dentre eles o ex-presidente Ernesto Geisel.

Na eleição indireta de 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves foi eleito Presidente da República pelo Colégio Eleitoral, recebendo 480 votos contra 180 atribuído a Paulo Maluf. A sua vitória foi efusivamente comemorada nas ruas. No entanto, na véspera de sua posse, Tancredo adoece e, em seu lugar, assume, com certa tensão e grau de dificuldade, José Sarney, que não tinha simpatia dos militares. Havia, em razão disso, receio do rompimento do processo de redemocratização e manutenção do regime militar. No entanto, em ato de cumprimento da Constituição, o Congresso Nacional, na cerimônia do dia 15 de março, deu posse a José Sarney. Já Tancredo Neves, devido a complicações do seu estado de saúde, veio a falecer no dia 21 de abril.

José Sarney, já sob a Presidência, envia a proposta de Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, ao Congresso Nacional para que se convocasse uma Assembleia Nacional Constituinte à elaboração da Constituição. Por isso, tecnicamente não se tratava de emenda, mas sim de ato político (SILVA, 2011, p.87).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alcunhada por Ulysses Guimarães de a “Constituição Cidadã”, graças à valorização do cidadão, finalmente foi promulgada em 05 de outubro de 1988. Com ela, passamos a viver um Novo pensamento constitucional. Foi-se o tempo em que a Constituição era destituída de efetividade. Éramos herdeiros de uma tradição europeia em que a Constituição era compreendida como documento político e não tinha a aplicabilidade direta e imediata antes que houvesse a intermediação do legislador ou administrador. O nosso constitucionalismo contemporâneo, embora tardio, atingiu o seu triunfo com a Constituição Federal de 1988, o que contribuiu para a mudança paradigmática da jurisdição constitucional brasileira, expandindo-a através da ampliação do direito de propositura, bem como da criação de novas modalidades de controle concentrado (ação declaratória de constitucionalidade), e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

E nesse novo ambiente, os Tribunais passam a ter o papel de protagonistas na concretização da Constituição e dos direitos fundamentais.

No entanto, o controle político¹¹⁰, isto é, o controle realizado por órgãos estranhos ao Poder Judiciário não desaparece. Ele assume um papel relativamente importante no sistema protetivo da Constituição, atuando, em regra, preventivamente. Assim é que o controle preventivo realizado pelos órgãos do Congresso Nacional (Poder Legislativo) se dá em 3 momentos diferentes. Ele é realizado pela: a) mesa diretora; b) pelas comissões parlamentares; c) pelo plenário. Quando um projeto de lei chega a um órgão legislativo, a *mesa diretora* recebe o projeto de lei. Se ela entende que o projeto é flagrantemente inconstitucional, a mesa diretora já pode determinar o arquivamento do projeto. *Qualquer comissão*, por sua vez, pela qual tramita um processo legislativo, tem o poder de arquivar um projeto de lei que seja inconstitucional. Por fim, o *plenário* pode rejeitar um projeto de lei, ao fundamento que é inconstitucional. Mas o controle do Legislativo pode atuar também em caráter repressivo. Ora, o *controle repressivo exercido pelo Congresso Nacional está no artigo 49, V, CF.*¹¹¹ Este artigo remete-nos a duas situações completamente diferentes: poder regulamentar do Presidente (art. 84, IV, CF)¹¹², e, ainda, delegação legislativa ao Presidente (art. 68, CF)¹¹³.

¹¹⁰ Conjugando com o item 4.1.1 abordado nesse trabalho, segue-se um tipo de controle **político**, que no caso brasileiro, é exercido pelos órgãos do Poder Legislativo, do Executivo e do Tribunal de Contas. Quanto à atribuição do controle de constitucionalidade das leis ao Poder Legislativo, Celso Bastos categoricamente rechaça essa opção, pois a acumulação em um mesmo organismo das funções de elaborar leis em conformidade com a Constituição e em última instância dizer se a lei está em conformidade com o Texto Constitucional reduz a eficácia do mecanismo controlador. (BASTOS, 2001, p.405) Diga, por sua vez, que o controle exercido pelos órgãos da estrutura do Poder Judiciário, de feição nitidamente técnica, é denominado de **Judicial**. O nosso sistema, portanto, em relação aos órgãos que realizam o controle de constitucionalidade, é misto, porquanto a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional.

¹¹¹ Art. 49, V, Constituição Federal de 1988: É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

¹¹² Art. 84, Constituição Federal de 1988: Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

¹¹³ Art. 68, Constituição Federal de 1988: As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

O controle realizado, por sua vez, pelo Poder Executivo é, a exemplo do Legislativo preventivo. O controle preventivo do executivo é feito durante a possibilidade do executivo vetar (veto jurídico). Cogita-se também que o exercício do controle pelo Executivo pode-se dar em função do instituto do descumprimento de lei pelo Chefe do Poder Executivo, originariamente criado na Constituição de 1824 (Constituição respaldada na Constituição francesa), quando era, então, conferido ao Imperador, no exercício do Poder Moderador, a possibilidade de não cumprir lei (elaborada pela então Assembléia Nacional) que ele entendesse violadora da Constituição do Império. Bastava a edição de um decreto não cumprindo a lei. O fato é que depois que a República foi instituída no Brasil, nunca uma Constituição deu expressamente esse poder ao Presidente. Essa norma não foi reproduzida nas Constituições Republicanas (nem sequer na Constituição de 1988). A doutrina e a jurisprudência já admitiram que o Poder Executivo pode descumprir ato normativo que entenda inconstitucional¹¹⁴ nos seguintes termos:

Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou à lei hierarquicamente superiores – Segurança denegada – Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste. (SÃO PAULO, 1995)

De nossa parte, porém, sufragamos o entendimento que o Chefe do Poder Executivo não pode invocar essa prerrogativa, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade (artigo 85, VII, CF).¹¹⁵ Ademais, se o Presidente da República entender que uma lei é inconstitucional poderá ajuizar ação direta de inconstitucionalidade no STF, porquanto se trata de autêntico legitimado do artigo 103 da Constituição Federal de 1988.¹¹⁶

¹¹⁴ Alexandre de Moraes (2009) indica: RDA 374/153, 59/344, 82/383; RDP 2/150.

¹¹⁵ Art. 85, VIII, Constituição Federal de 1988: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

¹¹⁶ Art. 103, I, Constituição Federal de 1988: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): I - o Presidente da República.

Em relação ao controle realizado pelo Tribunal de Contas, segue-se que essa matéria está sumulada. Nos termos da Súmula 347 do STF “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Diga-se que esse controle é sempre repressivo. Nunca atua no processo legislativo. Ele é realizado sobre a norma já acabada, procedendo, por via de consequência, o exame de constitucionalidade das leis orçamentárias.

E, por fim, em relação ao tema que mais nos interesse, destacamos o controle jurisdicional de constitucionalidade, consistente na faculdade dos membros do Poder Judiciário declararem a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. O controle feito pelo Judiciário se dá, quase sempre, a título repressivo, portanto, incidindo já sobre a norma, o ato normativo aperfeiçoado. Mas, como vimos, também pode se dar, excepcionalmente, a título preventivo, incidindo sobre o processo legislativo. Também como foi possível concluir, o sistema constitucional jurisdicional repressivo do direito brasileiro conhece dois critérios de controle da constitucionalidade: *o controle difuso* – no qual o controle de constitucionalidade é exercido por todos os membros do Poder Judiciário – e *o controle concentrado* – no qual o exercício do controle é deferido somente ao Tribunal de Cúpula do Poder Judiciário (no caso brasileiro, o controle concentrado de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal).

É possível, aprioristicamente, afirmar a forte tendência do nosso sistema constitucional de 1988, que, buscando minimizar – porém não abolir - a concepção difusa de controle de constitucionalidade, a qual, segundo outrora pudemos observar da evolução do instituto, norteou preponderantemente as Constituições anteriores (a partir de 1891), procurou trilhar rumos mais compatíveis com o Estado Democrático e Constitucional do Direito, em sintonia com o pensamento constitucional voltado a reconhecer a Constituição como um documento dotado de força normativa e vinculante. Para tanto, foi necessário construir um mecanismo adequado e eficiente de proteção da Lei Fundamental, o que se concretizou graças, sobretudo, a uma fórmula que combinava, em tom prevalecente, o controle concentrado e, em caráter diminutivo, o controle difuso.

De um sistema fiel à matriz norte-americana, de controle tipicamente jurisdicional e difuso de constitucionalidade, evoluímos para um modelo que prestigia a jurisdição concentrada de constitucionalidade.

E nesse novo cenário paradigmático do Estado social Democrático promotor da justiça social, exsurge, em defesa da Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal, a quem se confia o dever de enfrentar, com afinco, a inaceitável e difícil prática das ações e omissões inconstitucionais do poder público, que avilta a supremacia constitucional e hostiliza os valores fundamentais insculpidos na Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988, muito embora tivesse mantido o sistema misto, promoveu significativas alterações no instituto do controle de constitucionalidade das leis. A ampliação do mecanismo de proteção judicial continuou ocorrendo ao longo de seus mais de vinte e cinco anos de existência, mediante edição de emendas constitucionais e a disciplina procedimental feita pela legislação infraconstitucional.

Procuraremos nessa primeira etapa de evolução do instituto na Constituição de 1988 apresentar o acentuado fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade. De fato, ela inaugura uma nova fase na evolução da jurisdição constitucional no Brasil, ao prever um modelo cheio de riqueza e detalhes. Na realidade, a Constituição de 1988 manteve o modelo misto ou híbrido de controle, porém, ampliou significativamente o significado do controle concentrado de constitucionalidade.

No atual cenário jurídico-constitucional o controle jurisdicional brasileiro, essencialmente repressivo, se apresenta sob duas formas: de um lado, o controle difuso e, de outro, o controle concentrado.

Em relação à jurisdição difusa, segue-se que a Constituição de 1988 assegurou quando atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou mesmo julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III).

De ressaltar que o Texto Magno de 88, na esteira das outras Constituições, reproduziu a cláusula de reserva de plenário. Nos termos do art. 97, “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” (BRASIL, 1988).

Ademais, manteve a possibilidade de suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado. Esse dado veio disciplinado no artigo 52, X¹¹⁷, segundo o qual “compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988). Logo, com a Resolução editada pelo Senado, emprestava-se eficácia geral (efeito *erga omnes*) à decisão do Supremo Tribunal Federal obtida no âmbito do controle difuso.

Quanto à perspectiva da jurisdição constitucional das liberdades, nota-se uma sensível inovação, com a introdução, ao lado de outros remédios constitucionais já existentes no sistema constitucional anterior (*habeas corpus* – art. 5º, LXVII¹¹⁸ - e *mandado de segurança* – art. 5º, LXIX, “a”¹¹⁹), de novas medidas, dentre elas o *habeas data* (art. 5º, LXXII)¹²⁰, o *mandado de segurança coletivo* (art. 5º, LXX), o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI)¹²¹ e a *ação popular* (art. 5º, LXXIII) com diferente conotação, uma vez que passa a ser, também, instrumento de proteção de uma nova dimensão de direitos fundamentais, os chamados direitos de terceira geração (como, por exemplo, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural), além da *ação civil pública*, também garantia instrumental dos direitos fundamentais (art. 129, III). Todos esses remédios, que compõem o quadro mais importante da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais, são instrumentos do exercício do controle difuso de constitucionalidade (FERRAZ, 2009, p.160).

Por razões didáticas e à vista dos objetivos pretendidos por essa dissertação, resolvemos propositadamente detalhar o procedimento do controle difuso em capítulo próprio, razão pela qual nos cingimos por ora a descrever a evolução do instituto na Constituição de 1988.

¹¹⁷ Ante ao fortalecimento da jurisdição concentrada, veremos, no decorrer desse trabalho, que esse dispositivo é hoje alvo de muitas críticas. Parcela da doutrina propugna pela extinção do instituto, na medida em que o Supremo Tribunal Federal já teria condições de atribuir eficácia geral às suas decisões, independentemente do tipo de controle jurisdicional que venha ele exercer.

¹¹⁸ Instrumento processual hábil a proteger o indivíduo contra as arbitrariedades do Poder Público que conduzam à restrição do direito de ir e vir.

¹¹⁹ Trata-se de uma medida de índole constitucional que se presta a garantir o direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

¹²⁰ Remédio especial que visa a proteger o direito de *autodeterminação sobre informações*. Nas palavras de Mendes, “embora formulado de maneira pouco clara, é certo que o *habeas data* destina-se a proteger aspecto autônomo do direito de personalidade, o chamado direito de autodeterminação sobre informações – *Recht auf informationekke Selbstbestimmung* -, que assegura a cada indivíduo o poder de decidir quando e em que medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros” (MENDES, 2008, p.1052).

¹²¹ O *mandado de injunção* visa a sanar a ausência de norma que esteja prejudicando ou inviabilizando o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. A medida em questão se insere dentro de um contexto no qual o exercício controle (difuso) recai sobre os atos omissivos lesivos ao direito tutelado. Ao lado desse remédio constitucional, a Constituição de 1988 promoveu o alargamento da jurisdição constitucional incidente sobre os atos omissivos, ao introduzir no artigo 103, §2º, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nesse caso, estamos diante de um processo de controle abstrato da omissão.

Por outro lado, talvez a mais fecunda e inovadora alteração promovida pelo Texto Magno de 1998 se refira ao alargamento da jurisdição constitucional concentrada. Por isso, reservaremos esse espaço para debatermos como se deu esse fortalecimento.

Em primeiro lugar, diferentemente dos países europeus, os quais se achavam inseridos no contexto do ‘neo’constitucionalismo, cuja questão teve uma abordagem específica em capítulo próprio, a Constituição de 1988 não adotou a fórmula dos tribunais *ad hoc*.

A Constituição de 1988 persistiu com a representação interventiva que, não obstante ser ação direta, se processa tendo por base uma situação concreta. Trata-se de uma medida, denominada de “ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) interventiva, voltada a legitimar a intervenção da União sobre os Estados ante à violação dos princípios constitucionais sensíveis, aqueles que estão estabelecidos no artigo 34, VII, CF/88¹²². Nesse caso, a decretação da intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República (art. 36, III).

A Constituição também admitiu que os Estados intervissem nos Municípios por meio do ingresso de uma ação que deveria ser ajuizada no Tribunal de Justiça dos Estados. Nos termos do artigo 125, §2º, os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos neste Constituição, cabendo a eles a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

A “representação genérica de inconstitucionalidade” do sistema constitucional anterior ressurgiu com o nome de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) na Carta Magna de 88. Consoante redação originária do artigo 102, I c/c art. 1 tínhamos:

¹²² Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- ~~e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)~~
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
II – a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
I – o Presidente da República;
II – a Mesa do Senado Federal;
III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV – a Mesa da Assembléia Legislativa
V- o Governador de Estado
VI – o Procurador-Geral da República;
VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
(BRASIL, 1988)

Havia, até a promulgação da Carta de 88, um intenso debate sobre o monopólio de propositura da ação direta por parte do Procurador-Geral da República (PGR), situação essa que foi profundamente alterada com a nova ordem jurídica-constitucional, já que se ampliou radicalmente o direito de propositura da ação direta. Percebe-se, pois, que, em relação ao sistema precedente, o rol de legitimados a propor ADIn foi estendido para além do Procurador-Geral da República a outras autoridades, órgãos e instituições. É dentro desse cenário que ingressam certos agentes da sociedade civil, tais como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical de classe de âmbito nacional, em um contexto que se permite realçar o caráter democrático que se quis emprestar à jurisdição constitucional.¹²³

No entanto, cumpre observar que a Corte, numa interpretação que, segundo pensamos, não condiz com a função de Guardiã da Constituição, exige a denominada “pertinência temática”, devendo alguns titulares demonstrarem a relação lógica existente entre o conteúdo do ato normativo impugnado e o papel institucional exercido por esses legitimados.¹²⁴ Se é certo que o Pretório Excelso tem dispensado a exigência da pertinência temática (daí a denominação de legitimados universais) para o Presidente da República, mesa do Senado Federal, mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o

¹²³ Peter Häberle, um dos maiores constitucionalistas da nossa atualidade, em sua tão propalada obra "Hermenêutica Constitucional: Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição" (2002), propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição. No processo de concretização da Constituição, o juiz constitucional já não mais a interpreta sozinho, pois deverá fazê-la em conformidade com os demais intérpretes da sociedade aberta. Daí a importância de se compreenderem com exatidão o relevante papel que os atores da sociedade civil possuem: o de participarem ativamente desse processo constitucional.

¹²⁴ Nesse sentido, destacamos alguns exemplos: ADIn 1096, 1643, 158, 159.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional¹²⁵, não é menos inexato dizer que a mesma Corte tem firmado jurisprudência restritiva em relação à legitimidade do Governador do Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, da Confederação Sindical¹²⁶ e das entidades de classe de âmbito nacional¹²⁷ para lhes a comprovação desse interesse de agir (denominação conhecida por legitimados não universais). Com isso, sem nutrir simpatia ao entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, entendemos que o órgão de cúpula do Poder Judiciário vem, em linha oposta aos propósitos traçados pela Constituição quanto ao desejo de ampliar o direito de propositura do instituto, destoando do seu espírito, e, por via de consequência, emasculando a bem elaborada tentativa de abertura promovida pelo Constituinte.

Já em relação ao campo material, pode-se afirmar, com fincas no artigo 102, I, “a”, CF/88 que a ação direta de inconstitucionalidade incide sobre a lei ou ato normativo federal ou estadual. Percebe-se, pois, que o ato municipal ficou de fora do campo material da ADIn. Nas sábias palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p.73), “Entende-se que essa omissão da Constituição foi proposital, expressando, portanto, um posicionamento jurídico do constituinte. Bem, por isso, costuma-se designar esse fenômeno com ‘silêncio eloquente’”.

Não se pode esquecer, ainda, que o ato normativo precisa existir formalmente, vale dizer, encontrar-se promulgado e publicado, já que não se admite o controle abstrato preventivo de constitucionalidade.

Dado o caráter normativo e primário, não há como suscitar divergências quanto ao controle pela via da ADIn de emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias¹²⁸,

¹²⁵ Segundo jurisprudência do STF, somente os Diretórios Nacionais podem agir em nome da agremiação. Para tanto, destacamos o AgRg em ADIn 779-DF (BRASIL, 1992). Além disso, é digno de nota a jurisprudência mais atual da Corte que aceita a legitimidade do partido, ainda, que venha ele a perder a representatividade no Congresso Nacional durante a tramitação. Nesse sentido, mencionamos a ADIn 2.159-AgR (BRASIL, 2004).

¹²⁶ A Corte já afirmou entendimento de que, das entidades sindicais, apenas as Confederações sindicais têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Com isso, considera-se aquelas constituídas nos moldes do artigo 535 da CLT, que dispõe sobre a estrutura das Confederações Sindicais, exigindo, inclusive, que se organizem com um mínimo de três federações. Vide a ADIn 505-7 (BRASIL, 1991).

¹²⁷ O Tribunal firmou entendimento no sentido de que para consubstanciar entidade de classe de âmbito nacional, de forma a se tornar legitimidade para a propositura de ação direta, será necessário reconhecer a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. O critério objetivo foi extraído da Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Além disso, os associados ou membros devem estar ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional. De outro giro, a Corte, pelo seu novo posicionamento, passou a admitir a legitimidade das denominadas “associações de associações”. Vide ADIn 3.153-AgR (BRASIL, 2004).

¹²⁸ Sustentamos, com Michel Temer (2002, p.146), Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p.409), a ausência de hierarquia entre essas duas espécies normativas, já que ambas retiram o seu

leis delegadas, medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções legislativas, os regimentos internos dos tribunais. No entanto, o controle concentrado de constitucionalidade deve recair sobre as leis dotadas de generalidade e abstração¹²⁹, “não se admitindo que a ação direta tenha por objeto atos ou leis de efeito concreto, pois, nessa hipótese, não seria possível um controle abstrato, visto que o ato ou a lei estaria fazendo uma referência a uma situação determinada, o que só viabilizaria o chamado controle difuso ou de casos concretos” (ARAÚJO, NUNES JUNIOR, 2012, p.75). Em julgado do Pretório Excelso, ficou consolidado o entendimento de que disposição constante de lei orçamentária que fixava determinada dotação configuraria ato de efeito concreto, insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade por via de ação direta (BRASIL, 1990).

Doutrina e jurisprudência também se debruçam sobre a aplicabilidade do controle sobre o direito pré-constitucional. Deveras, o Supremo Tribunal Federal, na ADIn n.2-1, fixou entendimento de que o vício de inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser aferido em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Para a Corte, não há que se falar em inconstitucionalidade superveniente. A questão deixa de ser objeto de controle de constitucionalidade e passa a ser solucionada segundo as regras do direito intertemporal. Com efeito, a lei editada anteriormente à Constituição de 1988 com ela incompatível materialmente deve ser revogada. Em outras palavras, a incompatibilidade material de uma lei preexistente à Constituição de 1988 traduz a sua revogação (e não a sua inconstitucionalidade superveniente). E se o ato normativo já se encontra revogado, é inconcebível o controle abstrato pela via da ação direta (BRASIL, 1997).

De mais a mais, segue-se que a Constituição introduziu, no artigo 103, §2º, sob a especial influência do direito português¹³⁰, uma outra modalidade de controle direto e concentrado: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, uma vez “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será

fundamento de validade jurídica na própria Constituição. Trata-se de atos normativos primários, encontrando-se em situação de igualdade no escalonamento normativo.

¹²⁹ Essa posição, no entanto, sufragada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 842 e ADIn 767, porém, relativizada na ADIn 4.048-MC (BRASIL, 2008), foi combatida por Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1114-1116). Para o constitucionalista, a Constituição exigiu tão-somente a normatividade dos atos do poder público, não fazendo qualquer distinção entre leis formais de efeitos abstratos e de efeitos concretos. É certo que o processo de controle é abstrato, não a lei que a ele é submetida.

¹³⁰ Esse modelo foi inspirado na disposição constante do artigo 283º da Constituição portuguesa: “1. A requerimento do Presidente da República, do Procurador de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais; 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.” (PORTUGAL, 1976)

dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (BRASIL, 1988).

De outro giro, em reforço à jurisdição constitucional concentrada na Constituição de 1988, não se pode perder de vista que o Texto Magno de 88 previu, em sua redação originária, a figura da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Todavia, relegou ao legislador infraconstitucional a sua disciplina, algo que só veio ocorrer em 1999. Nos termos da redação originária do artigo 102, parágrafo único, tínhamos o seguinte conteúdo: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (BRASIL, 1988)

6.5.1 Considerações acerca da Emenda Constitucional n. 3/93

Importante modificação no controle concentrado de constitucionalidade do direito brasileiro foi trazida com a EC n. 3, de 17 de março de 1993. Em seu bojo, aparece a figura da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), dando nova redação à alínea “a” do inciso I do artigo 102, bem como inserindo o §2º ao artigo 102 da Constituição de 1988. Passávamos a ter o seguinte dispositivo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

~~a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;~~

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído em §1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Criava-se, assim, mais uma ação diretamente proposta no Supremo Tribunal Federal com o objetivo completamente oposto do da ADIn, isto é, declarar a constitucionalidade dos atos normativos federais. Logo, a finalidade precípua da ADC é tornar absoluta a presunção de constitucionalidade que recai sobre todos as normas federais quando são aperfeiçoadas, tendo em vista o amplo debate travado pelos juízes e tribunais ordinários no exercício do controle difuso¹³¹.

Na oportunidade, a doutrina e jurisprudência se insurgiram contra a criação da ação declaratória, suscitando diversos vícios de inconstitucionalidade¹³², os quais foram afastados pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem suscitada pelo Ministro Relator Moreira Alves na ADC n. 1 (BRASIL, 1995), de modo que hoje se encontra superada qualquer discussão acerca da compatibilidade entre o instituto e o texto constitucional.

Abstraindo o debate que se travou em torno de sua duvidosa constitucionalidade, o fato é que a ação declaratória de constitucionalidade, inserida no processo de controle abstrato de constitucionalidade de norma, se firmou como um importante instrumento de garantia constitucional voltado a elidir a incerteza jurídica sobre a validade da lei ou ato normativo federal e estabelecer uma orientação homogênea na matéria (MENDES, MARTINS, 2001, p.249; BARROSO, 2008, p.218).

De ressaltar que a EC n. 3/93 trouxe uma novidade antes jamais vista nos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade. Ao lado da eficácia geral, ela previu que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade seriam dotadas de efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, efeito esse que seria futuramente estendido à ação direta de inconstitucionalidade pela EC n. 45/2004.

Em relação aos legitimados, a referida emenda restringiu o direito de propositura ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República, situação essa que só seria modificada com a EC n. 45/2004, que equiparou os legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade e

¹³¹ Daí o porquê da Lei 9868/99 exigir, como pressuposto para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, a comprovação da controvérsia judicial que coloque sob suspeita a presunção de constitucionalidade do ato normativo que se examina.

¹³² Muitas vezes levantaram-se contra a inovação trazida pela EC n. 3/93, alegando, em resumo, que: “a) não havia necessidade de declarar a inconstitucionalidade, já que havia presunção de que os atos normativos eram constitucionais; b) não havia contraditório, já que o Advogado-Geral da União não era citado para defender o ato; c) o efeito vinculante para o Poder Judiciário causaria prejuízo à atividade jurisdicional e quebraria o princípio da independência desse Poder” (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2012, p.83).

ação direta de inconstitucionalidade. Com isso, ambas as ações podem ser proposta pelo Presidente da República, Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa do Estado ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

Desde a Constituição de 1988 e boa parte da década de 90, tínhamos três situações muito bem delineadas na ordem jurídica constitucional: ação direta de inconstitucionalidade para impugnar lei ou ato normativo federal ou estadual, com decisão despida, em princípio, do efeito vinculante (a EC n. 3/93 não o previu à ADIn)¹³³; ação declaratória de constitucionalidade voltada a sanar qualquer dúvida quanto à constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, cuja decisão era dotada de eficácia vinculante; e, finalmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem operacionalização, já que o Constituinte condicionava a sua utilização à regulamentação por lei infraconstitucional.

¹³³ A EC n. 3/93 escancarou uma contradição no modelo concentrado de constitucionalidade ao se atribuir de eficácia geral e de efeito vinculante as decisões tomadas nas ações declaratórias de constitucionalidade e apenas dotar de eficácia contra todos as decisões proferidas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, sendo que estas já existiam muito antes à referida Emenda. Esse disparate foi identificado pelo então Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADC n. 4/DF: “[...] É o Poder Judiciário o titular da jurisdição, como todo poder, destinada a atuar sobre a realidade, o que lhe traz, implicitamente, o poder de resguardar a eficácia futura do exercício legítimo do seu poder. E se assim é no processo comum no processo subjetivo de interesse restrito às partes, com muito mais razão assim há de ser nos processos objetivos de guarda da Constituição, o maior poder que se entregou no nosso sistema a um órgão jurisdicional, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade ou a declaração de constitucionalidade da lei, a meu ver, em qualquer hipótese, com efeito **erga omnes** e força vinculante. Já em diversas oportunidades Sr. Presidente, desde a primeira discussão na ADC 1, tenho enfatizado que por serem ambas as ações tipicamente dúplices, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm, na verdade, um objeto comum. E este caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade é uma peculiaridade nossa e de poucos sistemas de controle de constitucionalidade, salvo o engano o brasileiro, alemão é só um ou outro mais (ver o meu voto na AOr 166). Dela tanto pode resultar, se julgada procedente, a declaração de inconstitucionalidade quanto, se julgada improcedente, a declaração de constitucionalidade. E aqui, creio que estamos sozinho no mundo, com a criação da ação declaratória de constitucionalidade. Nela, também se tem – aí por disposição expressa da Constituição, seja qual for o sentido da decisão que nela se tome: procedente, declarando-se inconstitucional a lei -, que essa sentença, seja qual for o seu sentido, tem **eficácia erga omnes** e força vinculante. Por isso mesmo – o que não está em causa – porque são ações rigorosamente dúplices, com o objeto rigorosamente idêntico potencialidades rigorosamente comuns, é que entendo que seria “kafkiano” limitar o poder vinculante a uma e negá-la a outra. Então teríamos nós, que temos poucos processos para decidir – e que estamos, por isso, à beira da falência – para não declará-la de logo -, que julgar duas vezes a mesma questão: declarada constitucional a lei, porque improcedente a ADIn, - a decisão teria eficácia **erga omnes**, mas seria um ‘sino sem badalo’, sem força vinculante – e, no dia seguinte, o interessado teria que vir com uma ação declaratória de constitucionalidade para que acrescentássemos, nesta mesma sala, repetindo os mesmos votos, um outro efeito à sentença já proferida.” (BRASIL, 1999) Sanando esse anacronismo existente, foi editada, em 10 de novembro de 1998, a lei 9.868 equiparando os efeitos das decisões proferidas no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. No entanto, até o momento, essa equiparação só se daria em sede infraconstitucional, já que no âmbito constitucional, o efeito vinculante continuava circunscrito às decisões tomadas nas ações declaratórias de constitucionalidade.

6.5.2 A regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade pela lei 9.868/99

Mesmo sabedor de que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade¹³⁴ possuem nítido caráter objetivo, já que a finalidade delas ancora-se na ideia voltada à defesa do texto constitucional, faltava-lhes, ainda, a disciplina procedimental desse processo objetivo, o que só veio ocorrer em 1999, com a edição da lei 9868. Antes dessa data, o Supremo Tribunal Federal usava o seu regimento interno para regulamentar o procedimento das respectivas ações.

Não é nossa pretensão, ante aos limites desse trabalho, ingressar no estudo acerca da constitucionalidade da referida lei¹³⁵, muito menos suscitar, nesse particular, qualquer problematização existente. O que nos chama a atenção, no entanto, são alguns aspectos cruciais trazidos por ela e que são merecedores, ao menos, de uma análise superficial, porquanto tidos como instrumentos condutores do fortalecimento do controle concentrado e, por conseqüência, do inexorável esvaziamento do controle difuso.

Como era de se esperar, dada a natureza objetiva das medidas, tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação declaratória de constitucionalidade configuram típico processo objetivo, e como tal, um processo sem partes e sem litígio, já que inexistem interesses subjetivos ou concretos em jogo. É certo, portanto, dizer que o processo abstrato de qualquer controvérsia concreta. Ademais, fala-se que a causa de pedir é aberta, já que o Pretório Excelso pode reputar por inconstitucional determinada norma por fundamento distinto do que foi narrado na inicial (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2012, p.68-69; CLÈVE, 1995, p.113). O controle abstrato é, pois, “um processo que visa sobretudo a <defesa da constituição> e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos

¹³⁴ Na realidade, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade são duas medidas com pouca variação conceitual, e se distinguem basicamente por encerrarem pedidos diferentes: em um caso se busca a declaração de inconstitucionalidade e no outro o da constitucionalidade do ato normativo impugnado.

¹³⁵ Para citar uma visão deveras crítica da lei, destacamos o comentário de Lenio Luiz Streck (2004, p.542), para quem a lei 9868/99 não é uma regra simples de direito processual. Trata-se de uma norma que especifica o procedimento da jurisdição constitucional, e, portanto, algo novo no direito brasileiro. Por isso, somente por emenda constitucional que estabelecesse a possibilidade de elaboração de uma lei poderia tratar-se dessa matéria. Por isso, segundo o constitucionalista, não seria por demais afirmar que a lei 9868/99, que estabelece o efeito vinculante, institucionaliza a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, carece de legitimidade formal, não se permitindo que a ela se dê o epíteto de mera lei processual.

contrários à constituição. Dado que se trata de um *processo objetivo*, a legitimidade para solicitar esse controle é geralmente reservada a um número restrito de entidades” (CANOTILHO, 2002, p.894).

Enfim,

[...] não há, aqui, o desígnio voltado à resolução de alguma controvérsia ou litígio travado entre partes definidas em caso concreto. Há, tão-somente, a *defesa objetiva da Constituição*, pelo exame da compatibilidade vertical entre uma lei ou um ato normativo do poder público e a norma fundamental. [...] As ações especiais que suscitam o controle concentrado-principal de constitucionalidade têm natureza de *ação objetiva*, que instauram um processo *objetivo*, por meio do qual será dirimida uma questão constitucional. Não se compõe, por meio delas, qualquer conflito de interesse. Em razão de sua natureza objetiva, no processo de controle concentrado-principal de constitucionalidade das normas não há partes, não pretensão resistida. Há, tão-somente, já sublinhamos, a defesa objetiva da supremacia da Constituição, de interesse de toda a coletividade. Por isso mesmo, uma vez proposta a ação direta, não se admitira desistência. Descabe, inclusive, arguição de suspeição, não se permitindo, outrossim, intervenção de terceiros, por qualquer de suas modalidades. [...] E, finalmente, não comporta ação rescisória. (CUNHA JUNIOR, 2009, p.336)

Portanto, as referidas ações inserem-se em um processo abstrato, no qual se procura tão-somente examinar a compatibilidade entre o ato normativo impugnado e a norma constitucional. É por essa razão que a lei é peremptória ao afirmar que uma vez proposta a ação, não se admitirá desistência (art. 5º, art. 16), nem mesmo intervenção de terceiros (art. 7º, art. 18), ou estatuir, por fim, a impossibilidade de ação rescisória (art. 26).

Há uma particularidade, no entanto, em relação à ADC, já que o motor propulsor de sua criação foi afastar a insegurança jurídica. Assim, além de recair somente sobre a lei ou ato normativo federal, a lei exige a demonstração da controvérsia judicial relevante (art. 14, III). Segundo Oswaldo Luiz Palu (1999, p.254), “A lei é clara ao prever que deve haver controvérsia judicial, e não meramente administrativa, ou entre os doutrinadores, acerca do texto legal, bem assim deve a controvérsia de decisões judiciais ser relevante, ou seja, considerável, grave e em grande número, e não mera dissensão entre órgãos judiciários sobre questões menores”.

Para Mendes:

A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica (*Rechtsstreitigkeit*) associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade – este independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado -, mas também e, sobretudo, na invalidação prévia de uma discussão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. A generalização de decisões contrárias a uma decisão legislativa não inviabiliza – antes recomenda – a propositura da ação declaratória de constitucionalidade. É que a situação de incerteza na espécie, decorre ao da leitura e aplicação contraditória de normas legais pelos vários órgãos judiciais, mas da controvérsia ou dúvida que se instaura entre os órgãos judiciais, que de forma quase unívoca adotam uma data interpretação, e os órgãos políticos responsáveis pela edição do texto normativo. (MENDES, 2000, p.3)

A propósito, há outra particularidade da ADC que, por guardar pertinência temática com a dissertação, merece uma reflexão. Trata-se do artigo 21 da sobredita lei, que em sua dicção enuncia que:

O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo. (BRASIL, 1999)

Como é cediço, a lei autoriza a concessão de medida cautelar¹³⁶ na Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, “p”, CF/88 e arts. 10, 11 e 12 da lei 9.868/99) e na Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 21 da Lei n. 9.868/99). Todavia, em relação a esta ação, há um dado de insuperável distinção. O deferimento da medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade impõe a suspensão do julgamento do processo ajuizado perante juízes e tribunais ordinários, onde se discute a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

¹³⁶ A jurisprudência definiu os requisitos ou pressupostos que devem ser preenchidos para a concessão da medida. Um deles é a presença do *fumus boni iuris*, consistente na demonstração da plausibilidade jurídica da tese alegada. O outro é o *periculum in mora*, lastreado pela possibilidade da demora do julgamento acarretar danos ou prejuízos de difícil ou impossível reparação.

Essa proposta, realçada pela decisão majoritária do Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI 2154/DF e ADI 2258/DF, ambos de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence), tem em perspectiva um fundamento de inegável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de assegurar a eficácia de futura decisão do Pretório Excelso, pelo que não há de se falar em violação ao princípio do juiz natural. Mesmo porque seria um risco muito grande à segurança das relações jurídicas acaso o julgamento dos juízes e tribunais colidisse com a futura decisão definitiva outorgada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal.

No entanto, não há dúvida que essa regra retira, parcialmente, do juiz de primeiro grau e dos tribunais inferiores, o poder de decisão, ou melhor, o poder de julgar leis constitucionais ou inconstitucionais, em um contexto evolutivo que sinaliza com o enfraquecimento do controle difuso.

Nessa linha de raciocínio, diga-se que uma regra digna de nota trazida pela lei 9.868/99 diz respeito ao caráter ambivalente (ou dúplice)¹³⁷ da ADIn e ADC. Considera-se, por isso, que a ADC consubstancia uma ADI com sinal trocado, e, graças à natureza dúplice, seus efeitos são semelhantes. Nos termos do artigo 24 da referida lei, a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade ou procedência de eventual ação declaratória conduz à constitucionalidade do ato normativo atacado. Por outro lado, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal julgará procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Essa norma que reproduz o efeito reverso ou dúplice da ADIn e ADC deve ser conjugada com outra, prevista no artigo 28, parágrafo único, que estabelece os efeitos *erga omnes* e *vinculante*. Dispõe o texto legal que a decisão que declara a inconstitucionalidade ou constitucionalidade (mesmo a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de

¹³⁷ Lenio Luiz Streck (2004, p.762 et seq.) faz severas críticas à ambivalência das ações. Ao debater sobre o tema, o autor questiona a existência da própria ADC. Afirma que se uma é o inverso da outra e não há dúvidas acerca da validade da ação direta de inconstitucionalidade, a questão é de saber o porquê da necessidade de uma expressa ação declaratória. Aduz que um dos argumentos mais fortes que têm sido utilizados pelos defensores da constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade é a de que ela é exatamente o contrário da ação direta de inconstitucionalidade, entendimento esse que é rebatido pelo eminente constitucionalista. A questão, segundo o seu pensar, é muito mais complicada do que se imagina, mesmo porque a ADC não fora reproduzida em outro ordenamento do mundo. Além do mais, a força vinculante vale, indiscutivelmente, para as decisões de inconstitucionalidade, não sendo entretanto pacífico a mesma conclusão que se aplique às decisões de não-inconstitucionalidade. A título exemplificativo, o autor cita Portugal, onde as decisões improcedentes decorrentes das ações diretas de inconstitucionalidade assume uma feição de “não declaração de inconstitucionalidade”.

inconstitucionalidade sem redução de texto) tem eficácia geral e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual ou municipal¹³⁸.

Como dito anteriormente, a EC n. 3/93 já havia mencionado o efeito vinculante para a ADC. Todavia, a lei 9868/99 estendeu sobredito efeito à ADIn. Cumpre-nos, nesse ponto, fazer uma observação. A equiparação do efeito vinculante das decisões proferidas no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade ganhou assento constitucional com a EC n. 45/2004, que deu redação ao artigo 102, §2º. O ato normativo também trouxe a Súmula Vinculante no artigo 103-A do texto constitucional, sendo regulamentada pela Lei n. 11.417/2006, mas já que se trata de uma vinculação extensível às decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em sede controle difuso, esse instituto será analisado com mais vagar no capítulo seguinte.

Deveras, o direito constitucional brasileiro, dentro de sua evolução acerca do instituto do controle normativo das leis, está vocacionado a reconhecer eficácia *erga omnes*¹³⁹ e *vinculante* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, o que também hoje parece, conforme veremos no derradeiro capítulo, resvalar no modelo difuso, quando o seu exercício é feito pela mesma Corte.

No entanto, essa perspectiva é combatida por Lenio Luiz Streck, por reputá-la antidemocrática. Segundo suas palavras,

[...] não tenho receio em afirmar que trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafoço dos processos – tese que já ganhou corpo e sustentação no imaginário dos juristas – é preço exageradamente alto a ser pago pela sociedade. Ou seja, ao acreditarem na simplista tese de que o desafoço do aparelho judiciário depende desses drásticos mecanismos (Súmula vinculante, incidente de ilegalidade (*sic*), efeito vinculante em ação declaratória de constitucionalidade, em decisão que rejeita ação direta de inconstitucionalidade, em decisão que aplica a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, além dos mecanismos de filtragem recursal constantes na Lei 9.756/98), os operadores do Direito agem como aquele indivíduo que perdeu seu

¹³⁸ Cumpre assinalar que o efeito vinculante não se opera em caso de indeferimento da liminar (medida cautelar) em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inexistindo o caráter ambivalente, conforme restou sacramentado na Rcl 2810-AgR/MG, Rel. Marco Aurélio (BRASIL, 2005), o indeferimento de medida cautela em ADI não conduz à declaração de inconstitucionalidade, sendo certo que os juízes e tribunais ordinário, no exercício do controle difuso-incidental, estarão autorizados a reputarem por inconstitucional a mesma lei impugnada em ADI, cuja liminar houvera sido rejeitada.

¹³⁹ As decisões tomadas em sede de controle concentrado, com eficácia ampliada contra todos, já é uma realidade juridicamente positivada no direito brasileiro. No entanto, quando da EC n. 16/65, o STF não acatou inicialmente o efeito *erga omnes*, ao julgar a representação de inconstitucionalidade.

relógio em meio a um praça escura e, em vez de procurá-lo na imediações de onde o perdera, põe-se, cândida e comodamente, a procurá-lo embaixo de um iluminado poste de luz ... Perguntando do motivo de tal atitude – porque, à evidência, inútil – o cidadão responde: é bem mais fácil procurar por aqui...! Este parece ser o caso brasileiro. (STRECK, 2004, p.852)

Em que pese a crítica do eminente constitucionalista, não há como deixar de reconhecer que a evolução do nosso direito caminha rumo à ampliação da jurisdição constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, analisando, praticamente, todas as questões constitucionais relevantes, faz emergir, seja pela procedência ou improcedência da ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, uma decisão dotada de eficácia vinculante contra todos.

Estamos, pois, com Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (2001, p.64) quando afirmam, em uma posição aparentemente favorável à concentração, que a Constituição de 1988 conferiu ênfase não mais ao sistema difuso, mas ao modelo concentrado, já que as questões constitucionais passam a ser suscitadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Não se pode esquecer que a Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Em matéria constitucional, portanto, o monopólio da última palavra pertence ao Pretório Excelso, a ele cumprindo realizar a “força normativa” da Constituição.

De fato, essa tendência de generalização e vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal parece ser a melhor forma de se evitar a disseminação da intolerável insegurança jurídica e o descrédito para com o Poder Judiciário. Mesmo porque não há nada mais repudiável para os propósitos do cidadão do que um juiz decidir a mesma questão constitucional controvertida de um modo diametralmente oposto à decisão de um tribunal constitucional.

Ademais, não se pode perder de vista que a partir da Constituição de 1988, percebe-se uma autêntica tendência de hipertrofia e alargamento da jurisdição constitucional concentrada, em um contexto que se procura, em nome da segurança jurídica do sistema, conferir um maior prestígio a esse modelo em detrimento do controle de constitucionalidade difuso.

Nesse passo, dando seguimento à dissertação, resta diferenciar a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante^{140 141}, já que as redações do artigo 28, parágrafo único da lei 9.868/99 e agora do artigo 102, §2º (EC n. 45/2004) deixam escancarados que, apesar da afinidade, os institutos são distintos. Até porque existe uma regra trivial de hermenêutica a qual preceitua que o legislador não se utiliza de palavras inúteis ou desnecessárias. Se o Constituinte ou o legislador infraconstitucional quisessem atribuir-lhes sentido idêntico, não teriam se valido simultaneamente de duas expressões. Bastaria fazer uso de uma expressão só.

Portanto, a eficácia *erga omnes* e a eficácia vinculante são duas realidades distintas, sendo esta mais ampla do que aquela.

Com efeito, pode-se dizer que a eficácia *erga omnes* gera efeitos genuinamente processuais, impossibilitando que a questão decidida pelo Pretório Excelso seja rediscutida por outro interessado em nova demanda. É dizer em outras palavras, a ação, na qual se discute sobre o ato normativo cuja compatibilidade vertical com a Constituição foi objeto de análise definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, não deverá ser conhecida por juiz ou Tribunal (MENDES, MARTINS, 2005, p.532; FERREIRA, 2009, p.161; LEAL, 2006, p.145). Por isso estamos com Gilmar Mendes e Ives Gandra (2005, p.532) quando afirmam que o efeito *ergma omnes* parece estar circunscrito à parte dispositiva do julgado.

Já o efeito vinculante, como dito, de inspiração da chamada *Bindungswirkung* do direito tedesco, tem uma perspectiva objetivamente mais ampla, pois impõe obediência, por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (direta ou indireta), nas três esferas de governo (municipal, estadual e federal), para além da parte dispositiva do julgado do Pretório Excelso, isto é, para os seus motivos ou fundamentos determinantes. Destarte, parece mais esclarecedora e convincente a formulação teórica segundo a qual o

¹⁴⁰ Apesar da semelhança com o modelo do *stare decisis* de matriz inglesa e norte-americana, seguimos a orientação de Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (2001, p.337) no sentido de que a ideia de vinculação adotada no Brasil está intimamente associada com a concepção desenvolvida no Direito Processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional, assegurando força vinculante à parte dispositiva da decisão e dos chamados fundamentos ou motivos determinantes da decisão.

¹⁴¹ É interessante, no entanto, anotar o entendimento de Lênio Luis Streck (2004, p.628-629), para quem a decisão que rejeita a ação direta de inconstitucionalidade e a decisão que declara a constitucionalidade em sede de ADC não geram vinculação, pois se assim fosse, diz ele, estar-se-ia aproximando – assistemáticamente – o sistema jurídico brasileiro, de índole romano-germânica, ao da *common law*. E cada interpretação conforme a Constituição (que não deixa de ser um modo de rejeição da inconstitucionalidade) valerá como um *precedent*, com a diferença de que, no sistema anglo-saxão, os precedentes não devem ser aplicados de forma automática, devendo ser examinados amiúde, para que possa determinar se existem (ou não) similaridades de fato e de direito, bem como para determinar a posição atual da Corte em relação ao direito anterior. No direito norte-americano, portanto, o juiz precisa fundamentar e justificar detalhadamente a sua decisão. Daí a crítica que o autor faz no sentido de que - não nulificado – não se pode ter efeito vinculante, porque petrifica o processo hermenêutico para o futuro.

efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal se refere não só à parte dispositiva, como também à fundamentação do julgado. Em outras palavras, o efeito vinculante circunscreve-se, igualmente, à própria “*ratio decidendi*”, projetando-se, por via de consequência, para além da parte dispositiva do julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, extrai-se da “*ratio decidendi*” (os fundamentos jurídicos em embasam a decisão) uma norma que pode ser aplicada em outras situações análogas. Em suma, o efeito vinculante, sob essa perspectiva, seria um complemento em relação à eficácia *erga omnes*¹⁴². Fica, portanto, cristalino que, numa inversão da lógica processualista¹⁴³, a vinculação se estenderia para além da parte dispositiva do julgamento *in abstracto* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Assim, imagine que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a inconstitucionalidade de uma norma regimental de um Tribunal de Justiça de Minas Gerais em processo de fiscalização normativa abstrata ao fundamento de que o ato regimental estaria instituindo rito processual, o que violaria a competência da União para legislar privativamente sobre Direito Processual (art. 22, I, CF). A partir desse momento, caso o regimento de outro tribunal instituísse uma norma de idêntico conteúdo, o juiz e os tribunais ordinários poderiam incidentalmente declarar a invalidade desse outra norma regimental, apenas fazendo constar de sua decisão o julgado do STF no qual foram trazidos os fundamentos jurídicos que embasaram a inconstitucionalidade daquela norma. Todavia, a não-observância dos motivos jurídicos da decisão da Suprema Corte que conduziram à invalidade de tal norma por parte do órgão judicial encarregado de exercer o controle incidental de constitucionalidade ensejaria reclamação perante o STF para assegurar a autoridade de sua decisão anterior (OLIVEIRA, s/d, 2009, p.1).

Como resulta claro do magistério de Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (1993, p.10), “A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (*eficácia erga omnes*) não lograriam evitar esse fato”. E, em tom de arremate, enfatiza:

¹⁴² Há, no entanto, na doutrina, vozes autorizadas que dissentem desse entendimento, assentando que, “No caso brasileiro, porque o Constituinte reformador, referiu-se à ‘decisão definitiva de mérito’, o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à sua (dela: decisão) parte dispositiva, não alcançando, então, os seus fundamentos determinantes” (CLÈVE, 1995, p.207). Não discrepa desse entendimento Oswaldo Luis Palu (1999, p.229).

¹⁴³ A teoria processual dominante no Direito Brasileiro enfatiza que somente a parte dispositiva de uma decisão judicial faz coisa julgada. Logo, em tal perspectiva, os fundamentos jurídicos do julgado não transitam em julgado.

Todavia, o *efeito vinculante*, que deflui dos *fundamentos determinantes* (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. [...] Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação da norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.

Impende registrar, por relevante, que, apesar dos argumentos favoráveis outrora transcritos nessa dissertação, a teoria da transcendência dos motivos determinantes não é um instituto de percepção uníssona entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Se, de um lado, o ativismo do Supremo Tribunal Federal, na análise da Rcl 2986/SE¹⁴⁴, Rel. Min. Celso Mello, e no exame definitivo da Rcl 1987/DF¹⁴⁵, Rel. Min. Maurício Correa, sinalizou com a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico-constitucional, a existência da tese da *transcendência dos motivos que fundamentaram a decisão* proferida pelo Pretório Excelso em processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, de outro, mais recentemente, a mesma Corte, mudando de orientação, conforme Rcl 2.475-AgR/MG¹⁴⁶, rel. Carlos Veloso e

¹⁴⁴ Nesse julgamento, o relator Celso Mello concluiu que a “*ratio decidendi*”, que substancia o julgamento de Corte proferido na ADI 2.868/PI, apresenta-se revestida de efeito transcendente, em ordem a viabilizar, processualmente, a utilização do instrumento reclamatório. Em seu voto, fico assentado que “[...] Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato [...]. Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua procedência, autoridade e grau hierárquico [...]. Trata-se de reclamação, na qual se sustenta que o ato judicial ora questionado – emanado do Juízo da 5ª. Vara do Trabalho de Aracaju/SE – teria desrespeitado a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento final da ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa. É que o juízo da 5ª. Vara do Trabalho de Aracaju/SE, ao ordenar a efetivação do seqüestro ora impugnado nesta via reclamatória, apoiou-se, para tanto, em razões, cujo teor antagoniza-se como os fundamentos subjacentes ao acórdão deste Corte, que, proferido na referida ADI 2.868/PI, é invocado como paradigma de confronto pela parte ora reclamante. [...] Vê-se, portanto, que o ato judicial de que se reclama parece haver desrespeitado os fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal da ADI 2.868/PI, precisamente porque, naquela oportunidade, o Plenário desta Suprema Corte reconheceu como constitucionalmente válida, para efeito de definição de pequeno valor e de conseqüente dispensa de expedição de precatório, a possibilidade de fixação, pelos Estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, na redação dada pela EC 37/2002, o que foi recusado, no entanto, no âmbito do Estado do Sergipe, pelo órgão judiciário ora reclamado.” (BRASIL, 2005)

¹⁴⁵ No voto do Rel. Min. Maurício Correa, ficou consignado que: “[...] Na ADI 1662-SP, em que foram suspensos e declarados inconstitucionais os itens III e XII da IN/TST 11/97, o Tribunal, em substância, deu exegese ao artigo 100 da Constituição, assentando que somente na situação de preterição, e em nenhuma outra, é lícito o seqüestro de verbas públicas para fins de pagamento de precatório originado de débito judicial trabalhista. A decisão impugnada, ao reverso, vislumbrando a possibilidade de saque forçado no caso de vencimento do prazo para satisfação do crédito, deferiu a ordem. Independente de existir invocação ao ato normativo invalidado pelo STF, o fato incontestável é que a determinação de seqüestro obedece ao **conteúdo essencial** do julgado desta Corte.” (BRASIL, 2004a)

¹⁴⁶ Segundo voto do Rel. Min. Carlos Velloso, que logrou-se vitorioso: “Ali [na parte dispositiva e na ementa] não se lê que decidira o Tribunal no sentido de que a Lei Complementar 70/91 é lei complementar simplesmente

Rcl 2.990-AgR¹⁴⁷, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, esposou entendimento rechaçante ao reconhecimento desse fenômeno.

De nossa parte, entendemos que a fórmula bipartite dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (*erga omnes* e vinculante), vazada na EC n. 3/93 e na lei n. 9.868/99, é corroborada pelas justificativas da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 130/1992, que viria a culminar na EC n. 3/93. Os argumentos da PEC expendidos pelo então Deputado Federal Roberto Campos são estreme de dúvidas quanto ao propósito deliberado de se introduzir no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, procurando-se, sob influência do direito alemão, conferir maior eficácia às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal mediante a vinculação não só da parte dispositiva da decisão, como também aos fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*). Mesmo que a EC n. 3/93 não tenha reproduzido a proposta original na sua integridade, afigura-se de insuperável relevo o efeito vinculante ser analisado a partir do propósito nela mencionados, porquanto em tal perspectiva positivado pela espécie normativa. Mesmo porque, se sabe, que a finalidade da proposta apresentada por Roberto Campos era emprestar eficácia vinculante aos fundamentos determinantes que embasaram a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em processos de fiscalização normativa abstrata. E, ainda, não entender dessa forma – que os referidos institutos fossem tratados de forma distinta em relação à parte da decisão sobre a qual a obrigatoriedade e sujeição incidem para os tribunais e autoridades administrativas – tornaria o efeito vinculante dispensável e pouco profícuo, pois em nada contribuiria para a preservação e supremacia da ordem constitucional. Ora, a vinculação das decisões proferidas pela Corte Constitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade deve ser desenvolvida a partir de um dado de inegável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de conservar-se, na sua inteireza, a força normativa da Constituição, cujas normas devem ser valorizadas em face de sua autoridade e grau hierárquico, formal e axiológico. (MENDES, 1999, p.1-4; BRASIL, 2005, Rcl 2986, Rel. Min. Celso Mello) Portanto, o efeito vinculante está circunscrito à função institucional de “guarda da Constituição” (Art. 102, *caput*, CF) conferido ao Supremo

sob o ponto de vista formal; também ali não está escrito que citada Lei Complementar 70/91 é materialmente lei ordinária. E não está escrito, no dispositivo da decisão, porque o Tribunal isso não decidiu; e não decidiu, primeiro, porque não foi pedido; segundo, porque para decidir pela constitucionalidade da Lei Complementar 70/91 não seria necessário decidir ser esta lei complementar simplesmente formal. [...] por não ter sido pedido que o Tribunal declarasse que a Lei Complementar 70/91 seria materialmente lei ordinária, não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir *extra petita*.” (BRASIL, 2008a)

¹⁴⁷ No voto do Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ficou reafirmada a rejeição da tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de controle abstrato de constitucionalidade (BRASIL, 2007).

Tribunal Federal para dar vazão à exegese das normas insculpidas no texto da Carta Magna. Logo, a interpretação da norma constitucional deve ser seguida pelos demais Tribunais e autoridades administrativas e, como resulta do magistério de Gilmar Ferreira Mendes (1999, p.1-4), a não-observância da decisão do Pretório Excelso debilita a força normativa da Constituição.

Não menos importante e, talvez, tão controvertido quanto os limites objetivos do efeito vinculante, situam-se os limites subjetivos da eficácia vinculante. Como é cediço, o efeito vinculante alcança não só as partes do processo, como também os juízes, Tribunais e autoridades administrativas que atuam perante os órgãos da Administração direta ou indireta, nas três esferas de governo (federal, estadual e municipal). O problema, no entanto, se coloca em relação ao Poder Legislativo e ao Supremo Tribunal Federal, ou seja, indaga-se se a eficácia vinculante atinge o próprio Supremo Tribunal Federal, a ponto de se construir uma espécie de autovinculação, bem como o Poder Legislativo, impedindo que lei de igual conteúdo a uma outra lei declarada inconstitucional venha a ser editada.

A prática vinculante com relação ao Poder Legislativo conta com a simpatia em alguns países, sobretudo, na Alemanha, onde o instituto floresceu. Lá, a regra geral consiste na vinculação do próprio legislador às decisões do *Bundesverfassungsgericht*. Com isso, se a Lei “X” for declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, o legislador que a elaborou estaria impedido de reeditar uma outra Lei “Y” de conteúdo substancialmente idêntico ao da Lei “X”. É certo, no entanto, que essa vinculação só se infirmaria numa eventual modificação fática e jurídica que ensejou a declaração de inconstitucionalidade. Com efeito, se o legislador constitucionalizar, em nova Emenda Constitucional, o tema o qual servia de parâmetro constitucional ao exame de compatibilidade vertical da lei que foi anteriormente considerada constitucional, estará ele autorizado a disciplinar a questão, enquadrando-a no novo contexto constitucional.

Em relação ao direito brasileiro, graças a exclusão do órgão legislativo do vocábulo previsto no artigo 102, §2º, CF e no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/99, não há, tecnicamente, impedimento do legislador voltar a disciplinar o tema de forma idêntica ou similar ao conteúdo legal anteriormente considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pelo que, assim procedendo, venha ele pôr-lhe novamente a pecha de inconstitucionalidade. Nesse caso, o debate constitucional seria reaberto pelo ajuizamento de uma nova ação direta. À luz do expendido, deduz-se que o ordenamento jurídico não estendeu os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade (BRASIL, 2005). Todavia,

não há razão que justifique a omissão do órgão legislativo na dicção do texto constitucional, já que isso seria um “cheque em branco” para o legislador ofender, de modo intencional e deliberado, o sentido e o alcance dados à norma constitucional por aquele que tem o monopólio da última palavra em tema de interpretação das normas positivadas na Carta Magna. Destarte, deflui, de maneira inolvidável, do argumento ora apresentado, a recusa à formulação teórica de que a vinculação do legislador ao julgado do Pretório Excelso consubstanciaria, em síntese, violação à separação dos poderes ou interferência indevida na esfera de atuação do Poder Legislativo, já que ao STF foi confiada a função de agir em nome da Constituição visando não só a afastar a lesão ao seu texto, como também a evitar que ela se repita. Verificar-se-ia, nesse ponto, aquilo que a doutrina tedesca denomina de “dever de abstenção” (*Unterlassungspflicht*). Por outro lado, se a decisão exigir uma conduta comissiva, e portanto, se a parte dispositiva contiver uma censura a uma omissão legislativa, então deve o órgão estatal atuar com vistas a sanear a situação ilegítima (MENDES, 1999, p.1-4).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não se encontra, igualmente, subordinado às decisões que ele próprio proferir em processos de fiscalização normativa abstrata, podendo, por via de consequência, revê-las assim que lhe aprouver. Entende-se, com isso, que a decisão proferida não reveste da autoridade da coisa julgada material. Da dicção dos artigos supramencionados, infere-se a inexistência da fórmula de autovinculação. A redação não deixa dúvida de que o efeito vinculante circunscreve aos *demais* órgãos do Poder Judiciário, realçando o entendimento de que a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADIn e ADC não lhe atinge. De fato, se a decisão do Supremo Tribunal Federal não é senão a exteriorização ou manifestação de pensamento das normas constitucionais, esta devem ser oxigenadas pelo seu constante trabalho de exegeta da Constituição. Disso resultaria a petrificação, o engessamento do sistema constitucional, sem que se pudesse viabilizar a reabertura do debate constitucional, ou seja, a autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior

[...] poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente dos órgãos de jurisdição constitucional. Todavia, parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança. (MENDES, 1999, p.1-4)

Embora seja inegável que esse amálgama de eficácia geral com o efeito vinculante suscite dúvidas em relação à sua aplicação, é certo que essa fórmula criativa de subordinação parece refletir a forte propensão da prática constitucional de robustecer o modelo concentrado de constitucionalidade, municiando a Corte Constitucional de amplo poder decisório, bem como de esvaziar o controle difuso.

Em reforço a tal afirmação, assinale-se que a aplicação do efeito transcendente dos motivos determinantes fundada em anterior decisão do Supremo Tribunal Federal veio a ser reafirmada, inclusive, entre nós, no controle incidental de constitucionalidade. Preferimos, ante aos rigores metodológicos desse trabalho, levar essa discussão ao derradeiro capítulo, onde serão estudados, com mais vagar, não só o procedimento desse modelo, mas também as mudanças que nele vêm sendo implementadas, sobretudo, em relação aos efeitos da decisão que são produzidos em seu âmbito, já que há uma forte tendência de equipará-los aos do controle concentrado.

Questão interessante trazida pela lei 9.868/99, a qual se encontra encampada no artigo 27, diz respeito às técnicas alternativas de decisão, comumente denominadas de “modulação dos efeitos temporais”. Afigura-se importante discuti-las nesse trabalho tendo em vista a indagação que se faz quanto à admissibilidade do uso dessa fórmula engenhosa de decisão no controle difuso. Segundo a redação do artigo 27,

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. (BRASIL, 1999)

Como é cediço, o controle repressivo, isto é, o controle que, em relação ao momento do seu exercício, incide sobre a norma já aperfeiçoada e acabada, quer seja ele difuso, quer seja ele concentrado, tem por objetivo primário suspender a eficácia da lei contrária à ordem constitucional, já que a norma considerada inconstitucional (inválida) não deve ser aplicada. Por isso mesmo, a invalidade de um ato normativo, por incidir em verdadeira desvalia jurídica, conduz, como regra, à aplicação da sanção mais grave, que é a de nulidade, fazendo com que a decisão que a reconheça projete seus efeitos *ex tunc* (retroativos) para fulminar de

nulidade a lei impugnada e desconstituir todas as relações jurídica nela fundadas¹⁴⁸. A doutrina constitucionalista¹⁴⁹ não titubeia em aplicar, *in casu*, a teoria da nulidade da lei inconstitucional (lei inconstitucional = lei inválida = nulidade).

Sucedem que a lei 9.868/99, inspirado no direito português^{150 151}, consagra, em seu artigo 27, uma técnica alternativa de decisão à clássica declaração de nulidade.

De fato, como acentuado pela doutrina balizada de Walter Claudius Rothenburg (2001, p.282), as soluções simplistas à base do “tudo ou nada” não conseguem resolver as peculiaridades do controle abstrato de constitucionalidade, de modo que os efeitos das decisões nas ações diretas não conseguem ser apreendidos em fórmulas padronizadas, segundo as quais as decisões em cautelares seriam dotadas de eficácia *ex nunc* e as declarações definitivas revestidas de eficácia *ex tunc*. Segundo o constitucionalista, esses princípios podem servir como regra geral (ou presunção), porém não como dogma.

É que há situações em que seja recomendável afastar a incidência da teoria da nulidade da lei inconstitucional, já que o apego excessivo ao postulado em questão, pelo fato de reduzir o poder decisório do Pretório Excelso sobre as situações normativas ou fáticas altamente complexas, para as quais a declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade seria pouco profícua, infirmaria a efetividade da ordem constitucional.

¹⁴⁸ Cumpra assinalar que a declaração de inconstitucionalidade importa em restauração ou repristinação da lei (ou ato normativo) revogada por outra lei contrastável com a Constituição e impugnada no bojo de um processo de controle normativo. O efeito repristinatório de declaração de inconstitucionalidade encontra apoio no artigo 11, §2º da lei 9.868/99, além de refletir-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, sendo nula a lei declarada inconstitucional, “permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogado não houvesse a nulidade (ADI 2.132-MC/RJ; ADI 2.242/DF, ambos de Rel. Moreira Alves). Todavia, é possível que o efeito repristinatório da decisão do Pretório Excelso traga discussões quanto à constitucionalidade da própria norma revogada. Nesse caso, conforme resulta da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2215-MC/PE, Rel. Min. Celso Mello (BRASIL, 2001), para que haja a pronúncia de inconstitucionalidade do ato normativo ressuscitado, será necessário que o autor da ação direta faça essa postulação, ou seja, o legitimado da referida ação deverá impugnar esse cipoal de normas dispersas cronologicamente, apresentando pedidos sucessivos de pronúncia de inconstitucionalidade tanto do ato revocatório quanto das normas do diploma por ele revogadas.

¹⁴⁹ A teoria da nulidade da lei inconstitucional é aceita por importantes constitucionalistas (BUZUID, 1958, p.130-131; BARBOSA, 1962, p.70-71), sendo apoiada na doutrina americana de Wstel Woodbury Willoughby, segundo a qual “the unconstitutional statute is not Law at all” (*apud* MENDES, 2008, p.1244).

¹⁵⁰ “Art. 282, n. 4: Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2.” (PORTUGAL, 1976)

¹⁵¹ Os sistemas alemão, austríaco, italiano, espanhol e o próprio direito comunitário têm adotado modalidades semelhantes quanto à restrição de efeitos da declaração de nulidade (MENDES, 2008, p.1.267). A modulação dos efeitos das decisões proferidas no exercício do controle de constitucionalidade foi também adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no afamado caso *Linkletter vs. Walker*.

É, por isso, que o artigo 27 da lei 9.868/99¹⁵², aperfeiçoando a contextura e organização das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, permite que o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de dois terços de seus membros, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, utilize da *modulação ou manipulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade*, restringindo a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo ou decidindo que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

É preciso lembrar, preliminarmente, que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não desconstitui, por si só, as relações jurídicas nela fundadas quando ocorrer o trânsito em julgado da decisão (individual) que lhes reporta.

Pois bem, em uma primeira perspectiva (“declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*”), a decisão definitiva de procedência da ação direta de inconstitucionalidade ou de improcedência da ação declaratória de constitucionalidade pode, em caráter excepcional, ter eficácia a partir do seu trânsito em julgado, ou seja, a pronúncia de inconstitucionalidade expungirá a lei do ordenamento jurídico daí em diante, o que, em outras palavras, significa dizer que a decisão operar-se-á com eficácia *ex nunc*. É que há casos em que o princípio da segurança jurídica ou o direito constitucionalmente consagrado sob a forma de interesse social tem peso sobrepassante ao próprio postulado da nulidade absoluta da lei inconstitucional. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p.80) nos brindam com um didático exemplo: “Imaginemos uma hipótese de lei de criação de cargos públicos julgada inconstitucional depois de providos e depois de seus ocupantes entrarem em exercício. Foram praticados atos que seriam, pelo efeito *ex tunc*, julgados inexistentes e, portanto, nulos. Com a decisão de efeito apenas *ex nunc*, os atos praticados ficam validados e as verbas recebidas são mantidas – pois houve trabalho –, produzindo efeitos apenas a partir da decisão, com o reconhecimento da inexistência dos cargos públicos”.

Suponhamos, por exemplo, norma que disciplina os direitos da seguridade social e a inclusão de certos servidores no regime previdenciário próprio mantido pelo Estado “X”. O Supremo Tribunal Federal poderia, visando à preservação das situações já consolidadas sob a

¹⁵² A exposição de Motivos do projeto que culminou na lei 9.868/99, sob a justificativa apoiada na evolução constatada no Direito Constitucional comparado, assinala que “[...] a presente proposta permite que o Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro”.

égide da lei impugnada, conferir eficácia *ex nunc* à sua decisão que declarava a inconstitucionalidade de referida norma, de há muito em vigor, sob o fundamento de que muitos serventúrios já tinham adquirido o direito à aposentadoria ou mesmo já se encontravam nessa situação ao tempo do regime da norma declarada inconstitucional, pois envolveria um sacrifício inaceitável de outros interesses constitucionalmente protegidos, trazendo consigo conseqüências que comprometeriam a segurança jurídica das relações ocorridas durante o lapso temporal que a norma vigorou¹⁵³.

Já pela segunda técnica alternativa de decisão categorizada sob o epíteto de “declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*, e, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de interesse social, permite-se que a lei declarada inconstitucional produza, excepcionalmente, seus efeitos jurídicos por um certo lapso temporal fixado pelo Tribunal.¹⁵⁴ Com efeito, considera-se válida a norma até que a circunstância de fato sobre a qual a norma se assentava não mais exista, em um processo que conduz, com o seu aperfeiçoamento, à inconstitucionalização. Fala-se, por isso mesmo, em “lei ainda constitucional” ou “lei em trânsito para a inconstitucionalidade”, em virtude de modificação da circunstância fática ou jurídica. Entendemos, no entanto, que a opção pelo legislador em se omitir quanto a um limite temporal para a aplicação da lei inconstitucional reforça a inadmissibilidade desse instituto, pois a falta dessa previsão é um convite fatal para que o Pretório Excelso venha cometer abusos. A técnica é, inclusive, polêmica na própria Alemanha, como assinala Gilmar Ferreira Mendes (2000b, p.59). De ver-se, também, que de forma similar à essa técnica alternativa de decisão, identificamos decisões, de matriz germânica, que rejeita por ora a inconstitucionalidade da norma, mas anuncia eventual conversão desse estado ainda constitucional numa situação de completa inconstitucionalidade, se o legislador não editar nova norma hábil a corrigir esse estado de “constitucionalidade imperfeita” (MENDES, 2005, p.297). Trata-se, pois, de um mecanismo de exortação do Tribunal, conhecido por “apelo ao legislador” ou “decisão de apelo” (*Appellentscheidungen*), que realça o dever do legislador de colmatar as lacunas atinentes ao estado de imperfeição, ou

¹⁵³ Esse exemplo foi inspirado na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2.791-ED/PR. Em que pese sair-se vencido, o Rel. Min. Gilmar Mendes deixou assentado que o Sistema de Seguridade instituído pela lei impugnada estava em vigor há mais de 8 (oito) anos, e, portanto, situações jurídicas foram consolidadas, sendo certo que muitos serventúrios obtiveram a aposentadoria de acordo com as normas desse sistema e outros muitos já preenchiam os requisitos da lei para se aposentarem. Por isso mesmo, o Ministro assinalava que o princípio da segurança jurídica tinha naquele caso um peso incontestável, capaz de sobrepujar o próprio postulado na nulidade absoluta da lei inconstitucional. Com efeito, o Ministro deixa consignado que a declaração de inconstitucionalidade deveria ter eficácia *ex nunc*, quando, por razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, se mostrasse oportuno que fosse fixado momento de eficácia da decisão. (BRASIL, 2009)

¹⁵⁴ O Brasil poderia seguir, nesse particular, a experiência austríaca, que assegura a aplicação da lei por um espaço de tempo que não exceda dezoito meses. (MENDES, 2008, p.1.269)

empreender esforços necessários à sua supressão, recomendando que “o legislador formule - às vezes até assinalando-lhe um prazo – disposição complementar de natureza corretiva (CUNHA JÚNIOR, 2011, p.239).

Sobre outro aspecto, é certo que há casos, ainda, que se afiguram necessária a adoção de *uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, isto é, uma técnica de decisão que, sem proceder à alteração de seu texto normativo, somente considera inconstitucional uma determinada lei se aplicada a uma dada hipótese. Para Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1253), a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto deve ser utilizada para realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional. Além disso, essa fórmula é dotada de maior clareza e segurança jurídica, o que vem expressa na parte dispositiva da decisão. Assim, por exemplo, a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro¹⁵⁵. Ora, a partir desses premissas, infere-se, novamente com Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1253), que na declaração de inconstitucionalidade (nulidade) sem redução de texto, determinadas hipóteses de aplicação, constantes de programas normativos da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas.

Não se mostra despiciendo registrar que o instituto em tela (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto), embora similar, não se confunde com um outro princípio hermenêutico denominado de *interpretação conforme a Constituição*. O próprio Supremo Tribunal Federal, embora já tenha equiparado ambas as figuras¹⁵⁶, parece caminhar rumo à diferenciação de cada uma das modalidades, como se pode observar na decisão proferida na medida liminar da ADI 491. A ação envolvia a discussão sobre a constitucionalidade do art. 86, parágrafo único, da Constituição do Estado do Amazonas, assim estatuído:

¹⁵⁵ A propósito, essa orientação ficou sumulada no enunciado 67 do STF, segundo o qual “é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou enumerado no mesmo exercício financeiro”.

¹⁵⁶ No julgamento da ADI 1371-8/DF, de relatoria do Min. Néri da Silveira, o Supremo Tribunal Federal, perfilhando a tese da unidade conceitual de ambos os institutos, “julgou parcialmente procedente a ação direta, para sem redução de texto, (a) dar, ao artigo 237, inciso V, da LOMIN (LC 75/93), interpretação conforme à Constituição, no sentido de que a filiação partidária de membros do Ministério Público da União somente pode efetivar-se nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei, e (b) dar, ao art. 80 da LC 75, interpretação conforme à Constituição, para fixar como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária, se o membro do Ministério Público estiver afastado de suas funções institucionais, devendo cancelar sua filiação partidária antes de reassumir suas funções, quaisquer que sejam, não podendo, ainda, desempenhar funções pertinentes ao Ministério Público Eleitoral senão após o cancelamento dessa mesma filiação político-partidária” (BRASIL, 2003).

Art. 86. Lei Orgânica, de iniciativa facultativa do Procurador-Geral de Justiça, disporá sobre a organização e o funcionamento do Ministério Público, observando em relação aos seus membros:

Parágrafo único: Aplicam-se, no que couber, aos membros do Ministério Público os princípios estabelecidos no art. 64, I, II e IV a XIII, desta Constituição.

Já o artigo 64 da Constituição estadual, assim referida na disposição legal impugnada, consigna:

Art. 64. A Magistratura Estadual terá o seu regime jurídico estabelecido no Estatuto da Magistratura instituído por lei complementar de iniciativa do Tribunal de Justiça, observados os seguintes princípios:

V – os vencimentos dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que a inconstitucionalidade arguida quanto ao parágrafo único do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas visava apenas à extensão, que ele determina, implicitamente, que se faça ao Ministério Público, do inciso V do artigo 64, já que essa extensão decorre dos termos “IV a XIII” que integram a remissão feita pelo primeiro dispositivo, utilizou a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para suspender a aplicação do parágrafo único do art. 86 da Constituição estadual no que se refere à remissão ao inciso V do artigo 64 dela constante. Ora, como a remissão ao inciso V era inconstitucional, não havia, logicamente, possibilidade de “riscar” a referência a esse inciso, já que o modo como a norma em comento fora redigida não dava espaço para esse tipo de procedimento (BRASIL, 1993; MENDES, 2008, p.1254; TAVARES, 2012, p.293).

De fato, não há como confundir as duas modalidades que se põem sob análise. A fórmula hermenêutica da interpretação conforme¹⁵⁷, de matriz germânica, pretende revigorar a presunção relativa de constitucionalidade das leis e atos normativos expedidos pelo poder

¹⁵⁷ O Supremo Tribunal Federal faz importante reflexão acerca dos limites da “interpretação conforme à Constituição”. Fazendo remissão aos julgados da Corte, Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1.255) afirma que esses limites emergem tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição só poderia ser admitida se não consubstanciar prática que viole a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

público. De modo que, de tantas interpretações possíveis do ato impugnado em face da inexorável plurivocidade sgnica da norma, deve-se admitir aquela que permite adequá-lo à Constituição, ou seja, deve-se adotar aquela que se revele compatível com a Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.370; MENDES, 2008, p.1251). Estamos, portanto, com Lenio Luiz Streck (2004, p.612), quem, analisando o caso Português, onde as duas categorias são bem definidas, aduz que a interpretação conforme ocorre quando uma norma anteriormente reputada inconstitucional é considerada constitucional pelo Tribunal Constitucional, contanto que ela seja interpretada num sentido conforme a Constituição (interpretação adequadora). Já na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, declara-se inconstitucional um certo segmento ou secção da norma questionada. Enfim, “enquanto na nulidade parcial [...] declaram-se determinados ‘casos de aplicação’ como incompatíveis, na interpretação conforme à Constituição declaram-se determinadas ‘possibilidades de interpretação’ como compatíveis” (HECK, 1994, p.131). Também nesse sentido Mendes afirma que:

[...] enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação do programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal. (MENDES, 2008, p.1.251)

Nesse passo, Rui Medeiros destaca, em síntese perfeita, que:

[...] enquanto na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (qualitativa) as diferentes normas que se extraem da disposição podem operar contemporaneamente, pois regulam *fattispecie* diversas ou determinam efeitos independentes, já na interpretação conforme a Constituição as diferentes normas que resultam das interpretações contrastantes estão destinadas a operar alternativamente. (*apud* STRECK, 2004, p.612-613)

Ademais, não se pode perder de vista que a própria redação do parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/99 corrobora o tratamento distinto que se deve dar às duas figuras, quando dispõe que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem

redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” (BRASIL, 1999)¹⁵⁸.

Ainda no plano das técnicas alternativa de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de normas, destacamos aquela que se insere sob o epíteto de *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade*¹⁵⁹, por vezes conhecida na práxis da Corte Constitucional Alemã de “decisão de apelo” ou “apelo ao legislador”¹⁶⁰, e comumente utilizada no direito brasileiro, como bem adverte Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1.260; 2005, p.387), pelo fato do Constituinte de 1988 atribuir particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão constitucional*. Isso porque, segundo o autor, muitas vezes, a declaração de nulidade, com a cassação da norma inconstitucional, não se mostra capaz para resolver os defeitos da incompletude decorrentes da omissão parcial¹⁶¹, sobretudo da chamada “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, assim verificado quando certas medidas de concretização dos preceitos constitucionais favorecem certos grupos de pessoas, e deixam de fora outros segmentos que, igualmente,

¹⁵⁸ “Alguns autores entendem que não há diferenças sensíveis entre a interpretação conforme a Constituição e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Wassilios Skouris, por exemplo, comunga dessa tese, dizendo que a similitude exsurge quando se observa que a interpretação conforme, na acepção usualmente utilizada, envolve, no seu lado negativo, a rejeição de uma decisão (inconstitucional) da lei, não sendo possível nem necessária uma distinção razoável entre os dois tipos de decisão.” (STRECK, 2004, p.612)

¹⁵⁹ Gilmar Ferreira Mendes (2005, p.269), com a sua costumeira acuidade, propõe uma diferenciação, com a qual concordamos, entre as duas modalidades de decisão (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e “apelo ao legislador”. De acordo com as suas palavras “nem sempre se afigura possível diferenciar, com precisão, a *Appellentscheidung* da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. [...] Pode-se assentar, porém, que, embora subsistam dúvidas na doutrina sobre os efeitos da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, é certo que ela contém um juízo de desvalor em relação à norma questionada que obriga o legislador, [...] a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade. Portanto, enquanto a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* contém uma declaração de inconstitucionalidade, o *apelo ao legislador* configura peculiar *sentença de rejeição de inconstitucionalidade*”.

¹⁶⁰ Conforme adverte Gilmar Ferreira Mendes (2005, p.297 e ss). a designação *Appellentscheidung* (decisão de apelo ou apelo ao legislador) não expressa conceito unívoco na doutrina. Em uma primeira acepção, assim entendida como a enunciação de um estado de constitucionalidade imperfeita para uma situação de completa inconstitucionalidade (lei em trânsito para a inconstitucionalidade), Mendes procura definir três grupos típicos dessa categoria: a) “apelo ao legislador” em virtude de mudança das relações fáticas ou jurídicas; b) “apelo ao legislador” em virtude de inadimplemento de dever constitucional de legislar; c) “apelo ao legislador” por “falta de evidência” da ofensa constitucional. Já em outra acepção, é possível utilizar a denominação *Appellentscheidung* para designar as decisões do *Bunderverfassungsgericht* que declaram a inconstitucionalidade da norma sem, no entanto, pronunciar a sua nulidade. Preferimos, porém, utilizar o termo “apelo ao legislador” para designar tão-somente as decisões do Tribunal que conclamem o legislador a empreender esforços voltados à correção da medida.

¹⁶¹ Dirley da Cunha Júnior (2011, p.258), apoiado na doutrina de Canotilho, nos fornece uma boa distinção entre a omissão parcial que implica na inconstitucionalidade por ação e a omissão parcial que culmina na inconstitucionalidade por omissão: “quando essa omissão parcial ou concretização incompleta resultar de uma *deliberada intenção* do legislador em conceder vantagens só a certas pessoas, ou a determinados grupos de pessoas, ou a contemplar certas situações em detrimento de outras, há de ser reconhecida, *in casu*, a inconstitucionalidade por ação. Se a omissão, porém, decorrer apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que exista o propósito deliberado de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certas pessoas, ou grupos, ou situações, teremos, aí sim, uma inconstitucionalidade por omissão”.

preenchem os requisitos de fato para a concessão do benefício^{162 163}. Ora, uma cassação agravaria, segundo ele, o estado de inconstitucionalidade, já que suprimiria o benefício concedido licitamente a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados. Por isso, apoiado na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, o constitucionalista defende a adoção no Direito brasileiro da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, entendendo que a introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e a constatação de que a ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador deva ser superada pelo próprio órgão legiferante só corroboram e reforçam o desenvolvimento dessa fórmula no direito brasileiro¹⁶⁴.

Assim, essas técnicas de decisão traduzem, em si, um indisfarçável propósito de ampliar a capacidade decisória do Supremo Tribunal Federal, abastecendo-o de instrumentos alternativos à retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, já que há casos em que os custos da manutenção da teoria da nulidade da lei inconstitucional são mais gravosos do que os benefícios trazidos pela aplicação dessa fórmula.

De ver-se, diante do conjunto de inovações trazidas pela lei 9.868/99, os novos instrumentos que possibilitaram, no direito constitucional brasileiro, a ampliação do exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Portanto, à vista das premissas aqui firmadas, deduz-se que a lei 9.868/99, na mesma linha de desdobramento evolutivo iniciado com a Constituição de 1988, pretendeu, ao buscar a verticalização do controle jurisdicional das

¹⁶² Essa questão foi amplamente debatida no Supremo Tribunal Federal na ADI 526, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, já que a Medida Provisória n. 296/91 concedida o aumento de remuneração a uma dada categoria de servidores estatais, e excluía o benefício a outros grupos de servidores, em ofensa ao disposto no art. 37, X, da Constituição Federal. Diante “de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir-se entre os beneficiários” o órgão de controle de constitucionalidade se via em um dilema crucial: se se entende ser o caso de declaração de inconstitucionalidade por ação, gerar-se-ia uma decisão com eficácia fulminante, o que conduziria a iniquidades contra os contemplados, sem nenhum benefício para os excluídos; ou se, ao contrário, se admite, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir extensão cautelar do benefício aos excluídos, já que a essa extensão faltam poderes ao Tribunal, sendo certo que a declaração de inconstitucionalidade por omissão da lei há de cingir-se a comunicar a decisão ao órgão legislativo competente, para que supra a omissão (BRASIL, 1993).

¹⁶³ Em outro caso, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1458, rel. Min. Celso Mello, sem avançar em relação ao provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente, reconheceu a existência de uma situação constitucional imperfeita (parcial omissão inconstitucional), já que o valor fixado para o salário mínimo não era quantitativamente capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador (BRASIL, 1996a).

¹⁶⁴ É interessante notar que a Corte Constitucional italiana já procura, desde já, diante da parcial omissão inconstitucional, corrigir o erro e estender a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido pelo legislador por meio da chamada *sentença aditiva*. Portanto, por meio dela, o Tribunal “corrige uma situação normativa que impede a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações homogêneas que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado” (CUNHA JÚNIOR, 2011, p.258-259).

questões constitucionais, prestigiar a via concentrada e restringir o poder juízes e tribunais ordinários.

A lei 9.882/99, encampando a ideia quanto ao fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, trouxe, conforme veremos, uma proposta ainda mais ousada, que será responsável por dar uma nova formatação ao modelo difuso, já que se permite suscitar no Supremo Tribunal Federal, por via direta, ato do poder público contrastável com preceito constitucional fundamental sobre o qual se debate no processo concreto em curso perante as instâncias ordinárias.

6.5.3 Lei 9.882/99: regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pelo legislador ordinário

Conforme já mencionado nesse trabalho, o texto originário da Constituição de 1988 previu, no parágrafo único do artigo 102¹⁶⁵, uma modalidade de ação própria do controle concentrado de constitucionalidade denominada arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Todavia, relegou ao legislador infraconstitucional a sua disciplina, algo que só veio ocorrer com a lei 9.882/99.

Não é nosso objetivo aprofundar e problematizar a temática existente em torno do instituto. A proposta que pretendemos assumir é a de tão-somente invocar regras pontuais da ADPF que corroboram, na linha evolutiva do direito brasileiro, o significativo reducionismo do controle difuso. De fato, conforme anteriormente analisado, a “ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso” (MENDES, 2008, p.1.141). Porém, uma série de atos expedidos pelo poder público e matérias por eles versados ficavam à margem do controle concentrado de constitucionalidade, o que gerava um estado de insegurança jurídica e de certa incerteza em função da morosidade na tramitação do processo judicial concreto rumo à Corte Constitucional, a quem competiria definir importantes controvérsias constitucionais.

¹⁶⁵ Por ocasião da EC n. 45/2004, a previsão da ADPF no parágrafo único do artigo 102 foi deslocada para o artigo 102, §1º, todos da Constituição Federal de 1988.

Foi dentro de “quadro de incompletude” (MENDES, 2008, p.1141) que se viu uma boa oportunidade para disciplinar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com a importante função de colmatar lacunas que até então não haviam sido preenchidas pela via direta da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Para tanto, foi constituída Comissão Especial, a qual, formada pelos juristas Celso Ribeiro Bastos (Presidente), Ives Gandra da Silva Martins, Arnaldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes, ficou encarregada de elaborar proposta de um anteprojeto para regulamentação do tema. Embora com modificações promovidas, notadamente, pelo veto presidencial¹⁶⁶, o projeto convertido na lei 9.882/99 trouxe inovações ao exercício da fiscalização concentrada de constitucionalidade, sobretudo, pelo fato do diploma legal admitir o controle abstrato do direito municipal impugnado diretamente em face da Constituição Federal, dos atos normativos infralegais (ou secundários), do direito pré-constitucional (Inconstitucionalidade superveniente) e dos atos concretos do poder público.

Nos termos do artigo 102, §1º, CF e art. 1º, *caput* c/c art. 1º, parágrafo único, da lei n. 9.882/99, a ADPF é uma ação ajuizada no Supremo Tribunal Federal com vistas a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, sendo cabível também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

¹⁶⁶ Vale registrar o veto do artigo 2º, II, cuja proposta originária tinha a seguinte redação: “Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A justificativa, de certa forma, assentava-se no abarrotamento de processos que essa possível regra iria trazer ao Supremo Tribunal Federal. Segundo as razões do veto, ainda, o amplo rol dos legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania (BRASIL, 1999). Perdemos, com isso, uma boa oportunidade para democratizar e ampliar o acesso do cidadão perante a jurisdição constitucional. Mesmo porque o veto ao dispositivo em comento prejudica e muito a ADPF incidental, a qual pensada como uma medida semelhante ao recurso constitucional alemão e ao recurso de amparo espanhol, permite seja a discussão surgida a partir da fiscalização concreta quanto à lesão ou ameaça ao preceito constitucional fundamental por ato do Poder Público (questão constitucional), redirecionada ao Supremo Tribunal Federal, quando ausentes outros meios eficazes de sanar a lesividade. Ora, não permitir que o cidadão diretamente interessado na questão constitucional que foi remetida à Corte Constitucional atue como legitimado dessa modalidade incidental faz com que ela se torna uma figura decorativa no exercício do controle de constitucionalidade, já que dificilmente os legitimados para ação direta de inconstitucionalidade valerão dessa medida. A eles se coloca à disposição uma outra modalidade de maior interesse: a ADPF direta ou autônoma. Por isso mesmo, alguns autores (GARCIA, 2000, p.105; STRECK, 2004, p.639; CUNHA JUNIOR, 2009, p.463) propõem interpretação conforme para atrelar os legitimados mencionados no artigo 2º, I, lei n. 9.882/99 à arguição direta ou autônoma, e permitir que as partes do processo judicial concreto de que fala o artigo 1º, parágrafo único, inciso I, funcionem como legitimados para a arguição incidental. No entanto, esse posicionamento não tem sido sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. Muitas ADPFs (ADPF n. 11/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; ADPF n. 31/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADPF n. 34/DF, Rel. Min. Celso Mello; ADPF n. 38/RJ, Min. Gilmar Mendes) foram extintas, de plano, pelo fato de que o autor, diretamente envolvido na controvérsia judicial, carecia da *legitimatatio ad causam* ativa para a sua propositura.

Em relação ao instituto, vale trazer à baila os ensinamentos de Dirley da Cunha Junior:

[...] a lei de processo e julgamento da arguição possibilitou um controle *concentrado-incidental* junto ao Supremo Tribunal Federal, permitindo a resolução antecipada de controvérsias constitucionais relevantes, instaladas em qualquer processo concreto, evitando que elas venham a ter desfecho definitivo somente após longos anos.

A lei também permitiu o controle *abstrato* de atos infralegais e concretos, de quaisquer das entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e especialmente sobre a legitimidade constitucional do direito ordinário preexistente em face da nova Constituição que, até o momento, em razão de uma equivocada jurisprudência do STF, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. (CUNHA JUNIOR, 2009, p.415)

De ver-se, portanto, sob esse aspecto que a ADPF¹⁶⁷ é um instrumento do controle concentrado.

Se é certo que uma face da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é enquadrada numa categoria análoga à ação direta de inconstitucionalidade, por meio da qual se suscita o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, com a diferença de que o objeto tem espectro mais amplo (estendendo-se aos atos normativos municipais, ao direito pré-constitucional e aos atos concretos), e o parâmetro é mais reduzido (só se admite o preceito constitucional fundamental¹⁶⁸), não é menos certo assinalar uma outra face da medida

¹⁶⁷ Para o sempre lembrado Dirley da Cunha Junior (2009, p.415-417), opinião com que compartilhamos, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é um instituto de criação brasileira. Porém, é possível buscar no direito comparado a fonte de inspiração do legislador brasileiro. Nos Estados Unidos, identifica-se o *writ of certiorari*, que consiste no pedido formulado à Suprema Corte por quaisquer das partes de um processo em curso perante outras instâncias judiciais, para que ela resolva determinada questão já definida. Nesse passo, o autor lembra do *Popularklage* do direito bávaro, que diz respeito a uma ação popular voltada à impugnação de leis lesivos aos direitos fundamentais (Constituição da Bavária, art. 98, n. 4). É de se mencionar, ainda, o *beschwerde* do direito austríaco, por meio do qual o interessado pode defender um direito fundamental próprio junto ao Tribunal Constitucional em face de violação advinda de ato do poder público, contanto que exaurida previamente a via administrativa. Não se pode deixar de mencionar o *recurso de amparo espanhol*, instituto que deixa à disposição do cidadão impugnar perante o Tribunal Constitucional direito fundamento seu violado por ato do poder público, desde que esgotada a via judicial. Mas talvez, para o autor, o instituto que mais se aproxima da nossa ADPF seja o recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*), previsto no art. 93, I, n. 4-A, da Lei Fundamental. Trata-se de uma ação de garantia concreta dos direitos fundamentais, que pode ser diretamente ajuizada no Tribunal Constitucional para impugnar qualquer ato do poder público, desde que exaurida as instâncias judiciais ordinárias, salvo na hipótese de haver interesse geral na solução do recurso ou possibilidade de grave ou inevitável prejuízo para o seu autor.

¹⁶⁸ Não é tarefa fácil indicar os preceitos constitucionais fundamentais da Constituição suscetíveis de lesão por atos do poder público a justificar o manejo da ADPF no Supremo Tribunal Federal. De antemão, os preceitos fundamentais e princípios fundamentais não fazem parte de uma mesma unidade conceitual. Os preceitos têm uma acepção mais ampla, abrangendo não só os próprios princípios como também as regras. Fala-se em normas-princípio e normas-regra. A propósito, importantes constitucionalistas já concebem princípios como

mais inovadora para o controle de constitucionalidade, consistente na possibilidade de remeter ao Supremo Tribunal Federal a questão prejudicial relevante debatida em processos concretos com trâmite nas instâncias ordinárias, e que só seriam elevados à sua apreciação, após longo tempo, através do recurso extraordinário. À primeira modalidade, a doutrina outorga o nome de arguição direta, principal ou autônoma. Já a segunda figura é batizada de arguição incidental.¹⁶⁹

Portanto, a relevante e requintada novidade que a lei trouxe para o sistema de controle de constitucionalidade diz respeito à possibilidade de se suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público contrastável com o preceito constitucional relevante no Supremo Tribunal Federal tendo em vista a sua aplicação em um dado caso concreto. Temos aqui algo de novo no controle concentrado. Se antes da lei 9.882/99, ele se dava exclusivamente de forma abstrata e direta, com a ADPF ele passou a ser também exercido incidentalmente em torno de um caso concreto submetido à jurisdição ordinária para que a questão constitucional nela debatida seja elevada à apreciação do Supremo Tribunal Federal a fim de ser dirimida pela Corte.

Cumprir registrar que a lei 9.882/99 impõe – segundo pensamos somente à ADPF incidental¹⁷⁰ – a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera lesado (art. 3º, V). Assim, somente as questões constitucionais discutidas num caso concreto, que se mostrarem relevantes ou de

espécie de normas, tais como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jorge Miranda, Gomes Canotilho, Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso, dentre outros. Já quanto ao elemento “fundamental”, o compreendemos como tudo aquilo que é mais importante, relevante numa Constituição, isto é, toda norma “aferrível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição” (CUNHA JUNIOR, 2009, p.422). Com efeito, mesmo não sendo imaginável proceder a uma hierarquização formal de preceitos constitucionais, isso não significa dizer que às normas alocadas na Carta Magna sejam emprestadas a mesma relevância, sendo possível, por via de consequência, falar em hierarquia axiológica, posto que as normas constitucionais diferenciam-se quanto aos valores que carregam. Daí o porquê da existência de preceitos constitucionais, à vista dos valores superiores que lhe são imanentes, serem mais fundamentais que outros (TAVARES, 2001, p.49-53; SARMENTO, 2002, p.103; MENDES, 2008, p.1.165). Dentre outros, podemos mencionar como preceitos constitucionais fundamentais tuteláveis pela via da arguição de descumprimento os direitos e as garantias fundamentais no artigo 5º; as cláusulas pétreas do art. 60, §4º, os princípios fundamentais do Título I da Constituição Federal (art. 1º ao 4º).

¹⁶⁹ Nesse sentido, manifestam-se Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p.85); André Ramos Tavares (2012, p.313-314); Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1.147); Luis Roberto Barroso (2006a, p.248); Dirley da Cunha Junior (2009, p.415).

¹⁷⁰ “Pretender coarctar a arguição autônoma, criada à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade, só que para a defesa estrita dos preceitos fundamentais, é desejar introduzir indubitavelmente uma redução que o legislador não almejou. Desse modo, a interpretação conjunta a que se deve proceder do *caput* do art. 1º e do inciso I, parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 9.882/99, que contemplam respectivamente a arguição direta ou autônoma e a arguição incidental, exige uma compreensão extensiva ou ampla do objeto dessas modalidades de arguição e uma compreensão restritiva dos requisitos de sua admissibilidade, uma vez que o propósito que sempre conduziu o legislador foi o de criar um mecanismo eficaz e abrangente de todas as situações lesivas a preceitos fundamentais, e jamais limitado a certas situações.” (CUNHA JUNIOR, 2009, p.466)

interesse geral, ensejando, portanto, uma solução rápida, antecipada e eficaz, devem ser elevadas, deslocadas para o Supremo Tribunal Federal pela via da arguição incidental.

Com isso, a lei 9.882/98, ao disciplinar a arguição incidental, consagra uma ideia de “controle concentrado-incidental” de constitucionalidade, pois ao redor da estrutura concentrada de controle no Supremo Tribunal Federal, a medida possibilita que a Corte resolva a questão constitucional relevante, suscitada em processo judicial subjetivo (controle concreto de constitucionalidade), onde se controverte acerca da aplicação da lei ou ato expedido pelo poder público impugnado em face de preceito constitucional fundamental.

Portanto, o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro passou a se dar não só de forma abstrata, como também de forma incidental e concreta. A ADPF faz, assim, inaugurar, de modo símile ao incidente existente no direito português, uma espécie de “controle concentrado misto de constitucionalidade”, quando então a admissibilidade da medida importará na “separação ou cisão funcional”¹⁷¹ entre a questão constitucional e as demais questões judiciais relativas à causa, tocando ao Supremo Tribunal Federal somente decidir sobre o incidente de inconstitucionalidade, e ao órgão de jurisdição ordinária resolver, à espera do que ali ficar definido, a respeito do mérito da demanda¹⁷². De ver-se, portanto, que a ADPF incidental conjuga dois elementos em torno da concentração da medida no Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a *abstração*, por traduzir, à semelhança dos processos objetivos e abstratos de controle de constitucionalidade, em decisão com eficácia geral (vinculante) e a *concreção*, em virtude da fiscalização concentrada de constitucionalidade nascer de uma dada situação concreta.

¹⁷¹ Esse tipo de controle, conforme bem lembra Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1147) se assemelha na prática ao controle concreto europeu (suspensão dos processos em que a controvérsia constitucional foi suscitada e remessa da questão prejudicial à Corte Constitucional) e à cisão funcional que se realiza, entre nós, no controle incidental dos tribunais (art. 97 da Constituição Federal). Diz o eminente constitucionalista que, se, de um lado, no controle incidental realizado pelos tribunais a fim de dar cumprimento ao artigo 97 da Constituição Federal, verifica-se a cisão funcional no plano horizontal (do órgão fracionário para o Plenário ou para órgão especial); de outro lado, na ADPF incidental vislumbra-se uma cisão funcional no plano vertical (de órgão das instâncias ordinárias para o STF). É por isso que se invoca a suspensão liminar dos processos que tramitam perante juízes e tribunais até a deliberação definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷² Por isso que não se mostra correta a associação que se procura fazer entre a arguição incidental com a antiga advocatária, instituto por meio do qual, mediante requerimento do Procurador-Geral da República, avoca para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante, decidindo todo o caso, o que consubstancia violação à garantia do juiz natural. Já a ADPF incidental configura uma medida do controle de constitucionalidade por meio do qual o Supremo Tribunal Federal poderá liminarmente suspender o andamento de processos que tramitam perante juízes e tribunais e proferir decisões com eficácia geral e vinculante apenas sobre a questão constitucional. Nesse caso, o juiz de direito não é afastado de sua posição de julgador, como ocorria no instituto da advocatária (CUNHA JUNIOR, 2009, p.458-459).

Por isso que se afigura correta a assertiva no sentido de que a ADPF permitiu o “trânsito do controle difuso para o controle concentrado de constitucionalidade”¹⁷³, possibilitando a passagem pelos modelos como se existisse entre eles uma ponte.

É importante assinalar, no entanto, que a figura enunciada no art. 1º, parágrafo único da Lei 9.882/99 (modalidade incidental da ADPF), foi impugnada pela OAB por meio da ADI 2.231, distribuída ao Ministro Néri da Silveira. No julgamento parcial, o Ministro admitiu a existência, na lei, de uma modalidade incidental, a qual não poderia ser criada, no entanto, pelo legislador ordinário, mas sim por via de emenda constitucional. Com isso, proferiu voto, utilizando-se da técnica da interpretação conforme, para excluir do âmbito de aplicação da norma as controvérsias constitucionais concretamente postas em juízo. Na oportunidade, o Ministro também deferiu a liminar para suspender a eficácia do artigo 5º, §3º, por estar atrelado à arguição incidental. O julgamento, no entanto, encontra-se suspenso em decorrência do pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence. No entanto, o debate sobre a constitucionalidade da lei 9.882/99 apareceu indireta e casualmente em outras arguições de descumprimento ajuizadas no STF, tendo os Ministros, a exemplo da ADPF 54, se manifestado pela admissibilidade de algumas delas. De nossa parte, compartilhamos com o André Ramos Tavares (2012, p.316) e Dirley da Cunha Junior (2009, p.461), que se mostrando bastante críticos ao entendimento do Min. Néri da Silveira, afirmam que a ADPF incidental insere-se no conceito amplo e aberto do artigo 102, §1º, Constituição Federal.

Não se pode perder de vista que, sob forte influência do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo espanhol, a lei 9.882/99 impõe, em seu artigo 4º, §1º, como pressuposto para a admissibilidade da arguição de descumprimento, o prévio esgotamento de todos os meios possíveis e eficazes para sanar a lesividade. O dispositivo em comento consagra o princípio da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em função do qual o instituto só é cabível se não houver outro meio capaz de sanar lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental. À primeira vista, a interpretação literal da redação do preceito legal pode dar a impressão equivocada de que a restrição ao uso da arguição de descumprimento esteja atrelada a qualquer tipo de processo e recurso capazes de sanar a lesividade. Todavia, não podemos ler o artigo 4º, §1º da lei 9.882/99 como se a

¹⁷³ A expressão é utilizada por José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p.902), que analisando o incidente semelhante existente no direito português (art. 281º/3), assevera que o regime constitucional, ao assinalar que o Tribunal Constitucional declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de qualquer norma, contanto que tenha sido por ele julgada inconstitucional em três casos concretos, teria consagrado uma espécie de “controle misto” de constitucionalidade, e permitindo, por via de consequência, o “trânsito do controle difuso para o controle concentrado de constitucionalidade.

ADPF estivesse, em sua inteireza, gravada com a cláusula da subsidiariedade. Se assim entendêssemos, o instituto perderia toda a sua virtude para o controle de constitucionalidade, e estaria fadado ao insucesso, na medida em que, deslocado a uma posição inglória e secundária no mecanismo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, isso faria carecê-lo de qualquer utilidade para o propósito que inspirou a sua criação, qual seja, a de resolver, de imediato, lesão a preceito constitucional fundamental. É que, na praxis constitucional, graças a pleora de ações e meios hauridos no âmbito, notadamente, do controle difuso, dificilmente haverá a possibilidade de se utilizar, subsidiariamente, da arguição de descumprimento. Assim pensamos que essa visão pouco profícua da regra da subsidiariedade da ADPF, além de afetar significativamente a sua utilização, o que o torna, só por si, uma figura simbólica e decorativa no sistema, traz uma consequência nada animadora: o inaceitável reducionismo do sistema protetivo dos preceitos constitucionais fundamentais instituídos na Constituição. Ora, o prévio exaurimento das instâncias ordinárias, por vezes, não se afigura apto para elidir a lesão a direitos fundamentais, a uma pela inexorável demora no esgotamento da via, impedindo que se tenha uma definição célere, ampla e geral sobre a controvérsia constitucional relevante, e a duas pelo limitado efeito da decisão proferida no bojo do exercício do controle difuso (decisão com eficácia “*inter partes*”). Se é certo que algumas medidas judiciais hauridas do controle difuso podem ser capazes de afastar a lesão ou potencial lesividade a preceito constitucional fundamental, não é menos inexato que, para cada medida concedida, várias outras também podem ser negadas, engendrando-se, por via de consequência, um estado inaceitável de incerteza e insegurança jurídica num campo e cenário em que o direito, notadamente, por manejar com tema constitucional relevante, tem de possibilitar a mais infalível e confiável proteção ao cidadão.

Sucedo que, esse posicionamento, fundado na leitura estritamente literal do artigo 4º, §1º, que relega a arguição de descumprimento a uma posição secundária, só a aceitando quando não admitida qualquer outra ação capaz de efetivamente afastar a lesão a preceito fundamental, é sustentado pelo STF, como se pode depreender, dentre tantas outras¹⁷⁴, da ADPF n. 12¹⁷⁵, Rel. Min. Ilmar Galvão e da ADPF n. 17¹⁷⁶, Rel. Min. Celso Mello.

¹⁷⁴ No mesmo sentido, tivemos a ADPF n. 3/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU de 02.06.2000*; ADPF n. 13/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU de 05.04.2001*; ADPF n. 17/AP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU de 28.09.2001*; ADPF n. 18/CE, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU de 02.10.2001*; ADPF n. 39/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU de 06.03.2003*; ADPF n. 56/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU em 04.07.2005*.

¹⁷⁵ Na ADPF n. 12, o Rel. Min. Ilmar Galvão assim decidiu: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental [...] é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à existência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder público [...]. No caso dos autos, como se constata de simples leitura da inicial, a arguição tem por objetivo, exatamente, a reforma de decisão do Presidente do Superior Tribunal de

Não por outra razão que a interpretação restritiva e nada construtiva realizada pelo Supremo Tribunal Federal à regra da subsidiariedade gerou um quadro em que a ADPF teve pouco efeito prático, conforme segue tabela abaixo:

ADPF Distribuídas – 1993 a 2012*

Decisão Final	Qtd.	%
<u>Procedente</u>	6	2,5%
<u>Procedente em parte</u>	2	0,8%
<u>Improcedente</u>	3	1,3%
<u>Não conhecida</u>	128	53,3%
Total Decisão Final	139	57,9%

Liminar	Qtd.	%
<u>Com liminar deferida</u>	8	3,3%
Com liminar deferida em parte	1	0,4%
<u>Com liminar indeferida</u>	6	2,5%
Prejudicado	0	0,0%
Total Liminar	15	6,3%

<u>Aguardando julgamento</u>	86	35,8%
Total de Distribuídas	240	100%

* Dados de 2012 atualizados até 29 de fevereiro.
Fonte: Módulo de Recuperação Textual do STF.

Justiça, decisão esta possível de reexame por meio de agravo regimental [...]. Evidente, desse modo, a ausência do requisito previsto no art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99, uma vez que a eventual lesividade do ato pode ser sanada por meio eficaz que não a arguição de descumprimento de preceito fundamental.” (BRASIL, 2001)

¹⁷⁶ O teor da decisão prolatada pelo Rel. Min. Celso Mello pode ser assim sintetizado: “[...] o princípio da subsidiariedade [...] condiciona, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor. Trata-se de requisito de procedibilidade que pode ser validamente instituído pelo legislador comum, em ordem a condicionar o exercício do direito de ação, sem que a fixação de tais requisitos condicionantes caracterize situação de inconstitucionalidade. [...] No caso destes autos, ante a exposição objetiva dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, mostra-se evidente que há outros meios processuais – notadamente a ação popular constitucional – cuja utilização tornará possível neutralizar, em juízo, de maneira inteiramente eficaz, o estado de suposta lesividade decorrente dos atos ora impugnados.” (BRASIL, 2001)

No entanto, no mesmo julgado, já dava sinais de que a ADPF não poderia ter sua aplicação afastada na hipótese de não haver meios aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Vejamos essa parte da decisão: “É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.” (BRASIL, 2001)

Percebe-se que das ações ajuizadas, apenas 6 (seis) foram julgadas procedentes, algumas aguardando julgamento, e a grande maioria sequer conhecidas.

Por isso mesmo, não nos mostramos convencidos dos argumentos expendidos pelo Pretório Excelso. Pelo contrário. Defendemos nesse trabalho, fortemente apoiado no novo arranjo jurídico pretendido pela Constituição de 1988, que fortaleceu, de forma marcante, o controle concentrado de constitucionalidade, uma interpretação mais ampla e proativa do princípio da subsidiariedade, mesmo porque parece quase que intuitivo o desejo do Constituinte, à época, em relegar a um outro momento (norma constitucional de eficácia limitada), à espera de um melhor amadurecimento e também aprofundamento das ideias sobre o tema, a disciplina do instituto da ADPF e de seus contornos relativos ao procedimento e à extensão do objeto de incidência.

Ora, se a Constituição de 1988 não conseguiu concluir o seu trabalho de exigir que todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal, ao menos deixou em aberto, no artigo 102, §1º (originariamente, artigo 102, parágrafo único), a possibilidade que essa tarefa se consolidasse, com a alternativa de o legislador ordinário disciplinar adequadamente, a partir das experiências já vividas, a ADPF, suprimindo as lacunas deixadas à margem de apreciação pela via concentrada no STF e fazendo dela um importante instrumento – até mais do que os existente na via difusa - para combater, de forma ampla e rápida, determinada lesão aos preceitos constitucionais fundamentais. Com isso, o “legislador, ao regulamentar o instituto, não poderia pretender negar-lhe sua situação constitucionalmente delineada”, já que seu cabimento estaria predeterminado pela Constituição (TAVARES, 2001b, p.45). Cumpre sublinhar, portanto, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental revela-se vocacionada a completar o controle concentrado de constitucionalidade do direito brasileiro, de competência do Supremo Tribunal Federal, já que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade não admitiam o exame de certas matérias.

Por isso entendemos que a dicção do artigo 4º, §1º deve ser concebida à luz da evolução histórica do controle de constitucionalidade, cuja experiência tem demonstrado a ampliação do modelo concentrado e a minimização do controle difuso. Logo, tendo em vista a natureza marcadamente objetiva da ADPF, nos valem da aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição para limitar o emprego da cláusula da subsidiariedade aos demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Com isso, não sendo cabível o uso da ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de

constitucionalidade, como ocorre, por exemplo, nas situações relativas ao controle de validade do direito municipal em face da Constituição Federal e do direito pré-constitucional, é de se admitir a ADPF. Por outro lado, a mera possibilidade de utilização de outras ações próprias do controle difuso não constitui óbice, pela invocação da regra da subsidiariedade, ao ajuizamento da arguição.

Esse posicionamento, apoiado no direito alemão¹⁷⁷ e espanhol¹⁷⁸, foi defendido por Gilmar Ferreira Mendes. Segundo o autor,

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo efetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade

[...]

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (MENDES, 2008, p.1153-1154)

O próprio autor, já como Ministro, voltou a corroborar sua tese no julgamento do Supremo Tribunal Federal, em cuja decisão monocrática conheceu a ADPF n. 33, deixando registrado que

A primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual

¹⁷⁷ No direito alemão, o recurso constitucional está condicionado ao esgotamento das instâncias ordinárias. Porém, nos termos da Lei Orgânica do Tribunal, §90, II, o Tribunal Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional se for demonstrado que a questão é de interesse geral ou se comprovar que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (MENDES, 2008, p.1.152).

¹⁷⁸ A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, nos termos do art. 44, I, impõe o prévio exaurimento das instâncias ordinárias para o uso do recurso de amparo. Porém, a jurisprudência e doutrina, para o preceito ora citado, não exige a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis. O Direito espanhol, como bem lembra Mendes, tem relativizado o significado literal da cláusula da subsidiariedade, mesmo porque, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para elidir a lesão a direitos fundamentais (MENDES, 2008, p.1.152-1.153).

lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. [...]

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial.

Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

[...]

Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (BRASIL, 2006)

Apesar das tergiversações atinentes às decisões pela inadmissibilidade da ação de descumprimento de preceito fundamental, conforme outrora relatado, parece ganhar força a tese do Ministro Gilmar Mendes. Na emblemática ADPF n. 54, em questão de ordem suscitada por Joaquim Barbosa, o Ministro afirmou que a arguição de descumprimento de preceito se coloca entre os procedimentos de cunho objetivo do nosso complexo sistema de jurisdição constitucional, razão por que a cláusula de subsidiariedade deve ser aferida entre os demais processos objetivos desse sistema, sobretudo, em situações que se discute se a ameaça de persecução criminal (aborto de feto anencefálico) é ato capaz de violar a dignidade e a capacidade de disposição autônoma da mulher.

Espera-se que a regra insculpida no artigo 4º, §1º seja prudentemente interpretada para que não tenhamos o esvaziamento da arguição. É que se utilizada adequada e eficazmente, a ADPF forçaria o Supremo Tribunal Federal a se antecipar acerca da tão relevante questão constitucional, em ordem a elidir qualquer ameaça ou potencial de lesividade de que ele, Supremo, não pode furtar-se à apreciação. De ver-se, com isso, que a regra insculpida no artigo 4º, §1º deve ser prudentemente interpretada, sob pena de se conduzir ao esvaziamento da arguição.

De mais a mais, em razão da significativa semelhança dos demais temas procedimentais da lei 9.882 com a da lei 9.668, com repercussão na presente dissertação, nos reservamos a apenas mencionar os dispositivos legais, transportando para aqui as mesmas observações e ressalvas que lá foram mencionadas.

Considerando a simetria existente com o artigo 27 da lei 9.668/99, a lei 9.882/99, em seu artigo 11, versa sobre a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, dispondo que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o

Supremo Tribunal Federal, mediante o quorum qualificado 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.

Já o artigo 10 da lei 9.882/99, com paralelo no artigo 28 da lei 9.868/99, refere-se ao efeito vinculante e à eficácia *erga omnes*. Nos termos do dispositivo, “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”. O §3º, em complemento, preceitua: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. O artigo 13, ainda, dispõe que “caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma de seu Regimento Interno”.

Já a redação do artigo 5º, §3º da lei 9.882/99, que versa sobre a suspensão do andamento do processo por conta do deferimento da liminar, encontra similitude com o art. 21 da lei 9.868/99. Pela dicção expressa, temos, *in verbis*: “O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto de argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”. Entendemos, *in casu*, que a decisão produz o efeito “*ex nunc*”, salvo se o Tribunal entender, excepcionalmente, que se deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Por fim, os legitimados para o ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ao menos em relação à ADPF direta ou autônoma) são, nos termos da literalidade do artigo 2º da Lei n. 9.882/99, os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, defendemos nesse trabalho a possibilidade da parte interessada suscitar a incidência de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADPF incidental).

Com fulcro em tais considerações, conclui-se que a lei 9.882/99, nas mesmas pegadas da lei 9.668/99 e no contexto evolutivo do controle de constitucionalidade, traz uma medida que, uma vez bem empregada, só vem reforçar a proposta tendente ao reducionismo do modelo difuso e à ampliação da função da jurisdição constitucional concentrada.

6.5.4 Análise pontual da Emenda Constitucional n. 45/04 (Reforma do Poder Judiciário)

A Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”, incluiu importantes disposições para o foco dessa dissertação. É bem verdade que a reforma não se cingiu apenas aos temas do controle de constitucionalidade. Outros assuntos como a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mudança de competência do STF para o STJ no que diz respeito à homologação de sentença estrangeira são inovações que, por não guardarem pertinência direta com a questão principal de nosso trabalho, não serão examinados nesse ensaio.

Muitas das disposições inseridas pela EC n. 45, notadamente, as atinentes à súmula vinculante e a repercussão geral da questão constitucional, as quais foram regulamentadas, respectivamente, pela lei n. 11.417/06 e pela lei n. 11.418/06, serão, por uma questão metodológica e didática, abordadas e melhor desenvolvidas no derradeiro capítulo, já que os referidos institutos se entrelaçam com o modelo difuso de constitucionalidade.

Por ora, vale mencionar as novas regras, que receberam da EC n. 45 assento constitucional, repercutindo na temática do controle concentrado de constitucionalidade.

Dentre elas, merecem ser mencionadas:

- a) Atribuição de eficácia vinculante às decisões proferidas no âmbito não só da ação declaratória de constitucionalidade (como era com a EC n.3/93), como também da ação direta de inconstitucionalidade em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, federal, estadual e municipal (art. 102, §2º);
 - b) A legitimidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade, se antes reservada a um grupo mais restrito, foi equiparada à da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103 com nova redação);
- [...]

6.5.5 Síntese conclusiva

À vista das premissas aqui firmadas, dessume-se que o controle concentrado de constitucionalidade foi guindado ao centro do sistema protetivo constitucional, adquirindo solidez, com o predomínio, ano após ano, do vetor do acesso facilitado à justiça sobre o somatório das forças negativas adstritas ao monopólio da propositura da ação direta do sistema precedente. É importante assinalar, nesse ponto, que a ação direta de inconstitucionalidade foi significativamente utilizada desde a Constituição de 1988, graças ao seu espectro amplo e abrangente.

Além do mais, todas as técnicas trazidas pelo conjunto normativo sobre o tema traduzem tentativas de minimizar o controle difuso jurisdicional, com o indisfarçável propósito de, nesse particular, limitar o poder dos juízes inferiores e concentrá-lo no tribunal superior (ROTHENBURG, 2001, p.271).

Ora, a fiscalização de constitucionalidade brasileira é, atualmente, integrada, para além do controle político, por dois tipos de controles judiciais.

A experiência, no entanto, tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado em detrimento do controle difuso. Isso não significa, no entanto, que este modelo tenha sido extirpado da ordem jurídica constitucional ou mesmo anulado pela jurisdição concentrada. Mas uma nova configuração tem sido dada ao sistema difuso, pela influência das técnicas utilizadas maciça e exaustivamente no modelo concentrado e pelo conjunto vertiginoso de mudanças jurídicas ocorridas em seu âmbito. Veremos no próximo capítulo os detalhes desse novo cenário.

CAPÍTULO 7 – AS SIGNIFICATIVAS MUDANÇAS OPERADAS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO

Conforme restou comprovado no capítulo anterior, percebe-se que, a partir da Constituição de 1988, tudo isso está a indicar que o controle difuso foi relegado a uma posição secundária e residual, enquanto o controle concentrado passou ocupar uma posição de principalidade no sistema de fiscalização de constitucionalidade.

Ora, a opção do Constituinte brasileiro de 1988 pelo alargamento da jurisdição constitucional concentrada, para a qual pendeu a preponderância do regime híbrido e misto do controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), pode ser vista por alguns como uma “fenômeno inquietante” (BARROSO, 2006a, p.67), mas nos parece que não há nada de paradoxal e contraditório nessa escolha. Ao promover essa bem sucedida travessia de um Estado autoritário para o Estado Constitucional de Direito, a Constituição de 1988 precisou, é bem verdade, resgatar a independência do Poder Judiciário para realizar a sua tão elevada missão e fazer frente às pressões impostas pelo regime precedente. Alguns desavisados poderiam pensar que o modelo difuso seria o protagonista desse novo cenário que se inaugurava. Nada disso. Sem excluí-lo, a Constituição tratou por robustecer a jurisdição constitucional concentrada. Os detalhes vistos dessa evolução no capítulo anterior demonstram que o fortalecimento da concentração no Supremo Tribunal Federal era uma alternativa mais compatível com o espírito desse novo Estado Democrático, que conclama pela previsibilidade, segurança jurídica e igualdade das decisões judiciais.

Por isso mesmo, apesar da expansão do controle concentrado – graças à evolução do nosso direito outrora narrada – a fiscalização difusa de constitucionalidade continua a existir na ordem jurídica constitucional, já que esta admitiu a convivência de ambos os modelos. Não se pode concordar que as diversas mudanças operadas no texto constitucional quanto ao fortalecimento do controle concentrado tenham destruído completamente o modelo difuso. Mesmo porque, em primeiro lugar, somos um país com mais de cem anos de prática de controle difuso e esse modelo faz parte de nossa história constitucional brasileira (2001, p.230), e, em segundo, ele continua ainda sendo o único meio de acesso do cidadão para a defesa de seus direitos constitucionalmente assegurados.

A experiência constitucional demonstra, no entanto, que este sistema ganhou uma nova formatação,

Analisam-se a seguir os principais traços característicos desse modelo, não sem antes ressaltar que, da mesma forma que no processo de evolução do instituto procuramos, a partir da Constituição de 1988, restringir, em capítulo próprio, as normas que tinham relevo para o fortalecimento do controle concentrado, pretendemos fazer o mesmo para o presente capítulo, situando aquelas leis e dispositivos que apresentam alguma pertinência com os propósitos adstritos à demonstração dessa progressiva tendência para a minimização do controle difuso de constitucionalidade, graças à aproximação das técnicas de há muito utilizadas no controle concentrado.

7.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM TRADICIONAL DO INSTITUTO E A APRESENTAÇÃO DE SUA NOVA CONFIGURAÇÃO

O poder de qualquer juiz ou tribunal desconstituir a presunção relativa de validade da lei ou ato normativo editado pelo Poder Público é um legado americano. Por isso mesmo dissemos, em momento próprio, que o controle difuso de constitucionalidade remonta ao caso *Marbury v. Madison*, em cuja decisão da Suprema Corte norte-americana de 1803 o Justice John Marshall firmou a irrefutável ilação de que qualquer lei contrastável com o texto constitucional deve ser prontamente rechaçada e anulada por incompatibilidade. No Brasil, a doutrina chegou, pela primeira vez, com a Constituição de 1891 e foi sendo, posteriormente, reproduzida nas Cartas Políticas subsequentes, inclusive, na de 1988, onde foi alocada no artigo 102, inciso III.

Ora, nesse tipo de modelo, o controle de constitucionalidade é exercido por qualquer autoridade ou órgão investido de jurisdição, isto é, trata-se de um sistema que se pulveriza entre os diversos juízes e tribunais, permitindo-se que, no curso de processo de sua competência, se deixe de aplicar determinada lei por reputá-la inconstitucional. Aqui, talvez,

resida a principal diferença com o controle concentrado, já que este é exercido, no direito brasileiro, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Cuida-se, ainda, de um modelo que incide sobre qualquer norma editada pelo Poder Público (federal, estadual, municipal e distrital), mesmo que anteriores à Constituição¹⁷⁹. Juízes e Tribunais, portanto, podem declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade de emendas constitucionais, de leis complementares, de leis ordinárias, de medidas provisórias, de decreto legislativo e resolução das casas legislativas, de lei ou ato normativo emanado do Estado-Membro ou do Município contrastável com a Constituição Federal.

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade se dá no bojo de um processo de qualquer natureza (civil, penal, eleitoral e trabalhista) e de qualquer procedimento (conhecimento, execução e cautelar), onde as partes controvertem acerca de uma dada pretensão (conflito de interesses). Logo, diferentemente das ações que provocam o controle concentrado (ADI, ADC e ADPF), a questão constitucional não consubstancia pedido principal da demanda, mas o fundamento jurídico (causa de pedir) dela. A inconstitucionalidade aparece, na verdade, como uma questão prejudicial¹⁸⁰, pois é assunto que deve ser analisado e julgado pelos membros do Poder Judiciário antes (*conditio sine qua non*) do aspecto meritório que envolve a demanda. Nessa linha de raciocínio, segue-se que o controle de constitucionalidade é exercido de forma atrelada ao litígio concreto que é deduzido em juízo, sendo certo que a inconstitucionalidade pode ser suscitada pelo autor¹⁸¹, em qualquer tipo de ação ou remédio constitucional, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública¹⁸²; pelo réu, nos atos e ações incidentais de defesa (contestação, reconvenção, exceção, embargos à execução, embargos de terceiro); pelo Ministério Público, que figure com parte ou officie como *custos*

¹⁷⁹ Sustentamos nesse trabalho, em visão oposta à linha defendida majoritariamente pelo STF (ADI n. 2, rel. Min. Paulo Brossard), o entendimento segundo o qual a incompatibilidade do direito anterior com a norma constitucional vigente acarreta o vício da inconstitucionalidade (superveniente), orientação essa que parece ter sido encampada pela Lei 9.882/99, ao se prever que norma pré-constitucional pode ser impugnada pela via da ADPF. Portanto, em tom conclusivo, a questão já não mais se resolve pelas regras do direito intertemporal.

¹⁸⁰ Para o processualista Alexandre Freitas Câmara (2004, p.293) revela que a questão prejudicial do processo é aquela, cuja sentença de mérito depende, para ser proferida do resultado da apreciação de outra questão, que se mostra com seu antecedente lógico e necessário. Em complemento a essa afirmativa, Fredie Didier Junior (2009, p.300), com o seu didatismo que lhe é peculiar, ensina que a questão prejudicial “funciona como uma espécie de placa de trânsito, que determina para onde o motorista (juiz) deve seguir”.

¹⁸¹ Rejeitamos o uso da nomenclatura “controle por via de exceção ou defesa” (MORAES, 2009, p.709) como uma das formas denominativas do controle difuso, tendo em vista que o autor pode pleitear a declaração de inconstitucionalidade.

¹⁸² A doutrina e a jurisprudência dissentem quanto à utilização da ação civil pública para fins de exercício do controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista o caráter *erga omnes* de sua decisão, o que consubstanciaria usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2006a, p.79).

legis; por terceiros intervenientes, na qualidade de assistente, litisconsorte ou oponente; e, por fim, pelo próprio juiz ou tribunal, de ofício, quando as partes tenham silenciado a respeito.¹⁸³

A doutrina (BUZAID, 1958, p.23), a par das premissas outrora assentadas, tinha como pedra de toque a noção de que o modelo difuso brasileiro estava atrelado ao controle concreto e incidental, pois os juízes e tribunais examinam, em torno da controvérsia existente entre as partes (lide), a compatibilidade de uma lei ou ato normativo em face da Constituição Federal no curso do processo judicial de sua competência (no caso concreto).

Falava-se, assim, que o controle difuso brasileiro é sempre *incidenter tantum*, pois o exame da constitucionalidade aparece como questão incidental, não se tratando de pedido principal, mas sim fundamento jurídico da causa, sendo certo que a decisão a respeito da questão opera-se com eficácia “*inter partes*”. Já o controle concentrado do direito brasileiro é *principaliter tantum*, pois a questão constitucional constitui objeto principal do processo e a decisão a seus respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia “*erga omnes*” (DIDIER JUNIOR, 2010, p.451).

As mudanças, no entanto, operadas no sistema do controle de constitucionalidade brasileiro já não mais nos permite fazer uma correspondência necessária entre a fiscalização difusa e o controle concreto (por via incidental) e, ou mesmo entre a fiscalização concentrada e o controle abstrato/ em tese ou objetivo (por via direta ou principal).

É que o controle concentrado se esmerou na regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), permitindo, por meio da arguição incidental, suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público contrastável com o preceito constitucional relevante no Supremo Tribunal Federal tendo em vista a sua aplicação em um dado caso concreto. Ora, com a arguição incidental, o controle concentrado passou a ser também exercido incidentalmente¹⁸⁴ ao redor de um caso concreto submetido à

¹⁸³ Não discrepam desse entendimento Clèmerson Merlin Clève (1995, p.61), Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1949, p.113) e Luis Roberto Barroso (2006a, p.78). Na jurisprudência do STF, a Corte já teve a oportunidade de se manifestar: “No controle incidental, a decretação de inconstitucionalidade, sempre que necessária para o julgamento da causa, deve ser feita de ofício pelo juiz. Aplica-se aqui a regra geral de que as questões de direito – de que é exemplo, evidentemente, saber se uma norma é constitucional ou não – sempre podem ser conhecidas por iniciativa oficial, independentemente de terem sido suscitadas pelos interessados (BARROSO, 2006a, p.78). “O Supremo Tribunal Federal, contudo, tem recusado essa doutrina da declaração judicial de ofício da inconstitucionalidade da lei na hipótese estrita de recurso extraordinário, exigindo o necessário prequestionamento. Segundo jurisprudência do STF, ‘a limitação do juiz do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido, e de outro, à fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguidas pelas partes, nem cogitadas pela decisão impugnada’.” (CUNHA JUNIOR, 2009, p.308)

¹⁸⁴ Em reforço ao alegado, sustentamos, com espedeque em alguns autores como Maria Garcia (2000, p.105) E Lenio Luis Streck (2004, p.639), a utilização da técnica de interpretação conforme para atrelar os legitimados

jurisdição ordinária para que a questão constitucional nela debatida seja elevada à apreciação do Supremo Tribunal Federal a fim de ser dirimida pela Corte.

Com efeito, a ADPF incidental traz à baila uma estrutura dicotômica de “controle concentrado-incidental” de constitucionalidade, pois em torno concentração do controle no Supremo Tribunal Federal, a ação possibilita que a Corte resolva a questão constitucional relevante, suscitada incidentalmente à demanda, onde se controverte acerca da aplicação da lei ou ato expedido pelo poder público impugnado em face de preceito constitucional fundamental.

Por isso se disse oportunamente que a ADPF permitiu o “trânsito do controle difuso para o controle concentrado de constitucionalidade” para reduzir mais ainda o poder dos juízes e entregar a tutela dos direitos fundamentais analisados no caso concreto ao Supremo Tribunal Federal.

Mas a travessia percorrida entre os modelos pode se dar, quanto à influência que um sistema exerce entre si, em sentido inverso, ou seja, da fiscalização concentrada para o instituto do controle difuso. De fato, conforme veremos ao longo desse capítulo, já se pode hoje defender argumentativa e exemplificativamente a aproximação do controle difuso às técnicas do controle concentrado, fornecendo uma nova e complexa tessitura procedimental e possibilitando uma travessia bem sucedida do controle concentrado para o sistema difuso de constitucionalidade.

Portanto, coerente com a linha de raciocínio aqui desenvolvida, a legislação constitucional e infraconstitucional exorta uma espécie de *controle difuso realizado de forma abstrata*, trazendo para o cenário jurídico-constitucional, por exemplo, a súmula vinculante e sua regulamentação (art. 103-A, CF, com redação dada pela EC n. 45/2004 e lei n. 11.417/06), a repercussão geral (art. 102, §3º., com redação dada pela EC n. 45/2004 e lei n. 11.418/06) e a disciplina do incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF e arts. 480/482 do CPC).

Nos próximos itens tentaremos identificar a forte tendência do legislador em buscar instrumentos procedimentais robustos do controle concentrado que pudessem, na linha evolutiva da doutrina e jurisprudência sobre o tema, conformar o modelo difuso de

mencionados no artigo 2º, I, lei n. 9.882/99 à arguição direta ou autônoma, e permitir que as partes do processo judicial concreto de que fala o artigo 1º, parágrafo único, inciso I, funcionem como legitimados para a arguição incidental.

constitucionalidade, sanando possíveis inseguranças jurídicas e instabilidades por ele provocadas.

7.2 O INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE OS TRIBUNAIS A PARTIR DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI N. 9.756/98: PRIMEIRO ESBOÇO DE VINCULAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Não há regras específicas regendo o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidades no primeiro grau de jurisdição. Com isso, a questão de inconstitucionalidade, no primeiro grau, será deduzida como fundamento jurídico da pretensão de alguém, e funcionará como todas as demais questões prejudiciais de mérito (ilegalidade, direito intertemporal, entre outras). Todavia, quando o incidente é suscitado nos tribunais, cumpre observar algumas regras da Constituição e do direito processual civil (CLÈVE, 2000, p.105).

A primeira regra que se traz à baila diz respeito à cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da CF/88¹⁸⁵, segundo a qual “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”.

Esse dispositivo, que remonta a Constituição de 1934, exige que o Tribunal, em assunto tão relevante como esse (declaração de inconstitucionalidade) tenha uma opinião oficial sobre o assunto. Quer dizer, quando o órgão exercente do controle for o Tribunal, a declaração de inconstitucionalidade (e tão somente) da lei ou ato normativo estará condicionada ao quórum de maioria absoluta (primeiro número logo após à metade) dos membros do plenário do Tribunal ou, onde houver, daqueles que compõem o órgão

¹⁸⁵ Em relação ao artigo 97 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante afirmando que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

especial¹⁸⁶. Com isso, fazendo a leitura em sentido contrário do dispositivo em comento, infere-se que a Constituição Federal veda que os órgãos fracionários dos tribunais (Câmaras, Turmas ou Seções) declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo¹⁸⁷.

Em síntese, todos os Tribunais, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Poder Público, devem respeito à cláusula da reserva de plenário (art. 97 CF). Chega, agora, o momento de se debruçar sobre as técnicas procedimentais de implemento de dita cláusula, porquanto a sua análise demonstrará o caráter de abstração e o esboço de vinculação que se quis emprestar ao controle difuso exercido no âmbito dos Tribunais.

Nesse passo, arguida a inconstitucionalidade perante tribunal, é imperioso observar, igualmente, o Código de Processo Civil, em seus artigos 480¹⁸⁸ a 481¹⁸⁹, além do seu regimento interno, de cujas dicções legais se depreendem que referido incidente demandará cisão da causa.

Assim, suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, em qualquer processo concreto de competência dos tribunais, o relator do processo, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara a que tocar o conhecimento da causa. Se a arguição for rejeitada (o órgão fracionário manifestar-se pela constitucionalidade da lei), o julgamento prosseguirá. Por outro lado, se acolhida (sinalizar pela inconstitucionalidade da lei), será lavrado o acórdão, a fim de ser a questão submetida ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial. Neste último caso, o Plenário será afetado para se manifestar quanto à validade ou não do ato impugnado.

¹⁸⁶ Nos termos do artigo 93, XI, com redação dada pela EC n. 45/2004: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com mínimo de onze e máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

¹⁸⁷ “[...] nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a menos que essa inconstitucionalidade já tenha sido anteriormente reconhecida pelo plenário ou pelo órgão especial do próprio tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle incidental ou principal. Remarque-se que a câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário do tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade, mas pode reconhecer a *constitucionalidade* da norma, hipótese na qual deverá prosseguir no julgamento, sem necessidade de encaminhar a questão constitucional ao plenário. Tampouco está subordinada à reserva de plenário o reconhecimento de que uma lei anterior à Constituição está revogada por ser com ela incompatível, questão que, na conformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resolve-se no plano intertemporal – a lei deixa de vigor – e não no da validade da norma.” (BARROSO, 2006a, p.85)

¹⁸⁸ “Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo”.

¹⁸⁹ Art. 481, Código de Processo Civil: “Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)”

Decidida a questão por maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial, o processo retorna à apreciação da turma ou câmara – que estará vinculada aos termos daquele julgamento – para finalmente resolver a causa propriamente dita. Ocorre, assim, como bem adverte Dirley da Cunha Junior (2009, p.310), uma divisão funcional de competência entre o plenário (ou órgão especial) e o órgão fracionário (turma ou câmara), tocando àquele a competência para decidir sobre a inconstitucionalidade da lei e a este deliberar, à vista do que houver definido o plenário, a controvérsia.

Cumpra sublinhar que o Plenário somente se atém ao exame da constitucionalidade da lei, em um quadro que muito se aproxima do processo objetivo, que é próprio do controle concentrado. Não cabe, pois, ao Plenário decidir a respeito da causa.

De ver-se, ainda, que a lei 9.756/98, de 17 de dezembro de 1998 promoveu significativa modificação do controle difuso de constitucionalidade, ao inserir o parágrafo único ao artigo 481 do Código de Processo Civil.

É precisa observação de Fredie Didier Junior, que comentando a proximidade desse incidente com o controle concentrado, pontua:

Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo de ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique sujeita a coisa julgada *erga omnes* (porquanto tenha sido examinado *incidenter tantum*), ‘a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão. (DIDIER JUNIOR, 2010, p.450)

De fato, a questão envolvendo a lei declarada inconstitucional no mesmo Tribunal poderá ser objeto de nova análise em outras ações.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu, o que dias após restaria positivada com o acréscimo do parágrafo único ao artigo 481 do CPC, para dispensar a remessa ao Plenário após a sua primeira manifestação. Nesse sentido,

Outro ponto digno de nota, no que se refere à interpretação do art. 97 da CF, tem por base a necessidade ou não de se provocar o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal toda vez que se renovar em outro caso a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei que já teve sua legitimidade discutida no âmbito do Tribunal. O STF tem entendido que, fixada a

operação do Pleno ou do Órgão Especial, nos termos do art. 97, em um caso qualquer, poderá o órgão fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão sobre a questão constitucional (STF, RE n. 190.728, Min. Celso de Mello).

Acompanhando a evolução jurisprudencial sobre o tema, o legislador acrescentou o parágrafo único do artigo 481, por meio da edição da Lei n. 9.756, de 17.12.98:

Art. 481. [...] Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao Plenário, ou ao Órgão Especial, a arguição de inconstitucionalidade quando houver pronunciamento deste ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Dessa forma, uma vez declarada a inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo órgão especial ou pelo plenário do Tribunal, ficam as turmas ou câmaras da corte autorizadas a aplicar o precedente aos casos futuros, sem que haja necessidade de nova remessa aos plenário ou órgão especial, porquanto já preenchida a exigência contida no art. 97 da Constituição. Nesse caso, a reserva de plenário só se impõe se houver mudança de orientação por parte do próprio tribunal.

E justamente por ser um processo nitidamente objetivo é que as partes que têm legitimidade para o processo objetivo podem participar do incidente, nos termos estabelecidos pelo artigo 482, §§ 1º, 2º, 3º, do CPC:

Art. 482, §1º - O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se o assim requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e as condições fixadas no Regimento Interno do Tribunal

§2º. Os titulares do direito de propositura referidos no artigo 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo Órgão Especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos;

§3º. O relator, considerando a relevância da matéria e representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Sobre tal aspecto, merece registro os argumentos do Ministro Gilmar Mendes, que comentando o disposto desse artigo 482, com redação dada pela Lei n. 9.868/99 deixou assente que

A alteração introduzida pela Lei n. 9.868/99 admite a manifestação, no incidente de constitucionalidade, do Ministério Público, das pessoas responsáveis pela edição do ato e dos titulares de direito de propositura na ação direta de constitucionalidade. Dentro dessa estrutura plural, facultou-se, ainda, ao relator admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Tem-se, assim, oportunidade para uma efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter uma estrutura semelhante aos processos de índole estritamente objetiva (ADIn, ADC, ADPF). (MENDES, 2005, p.548)

Todos esses esclarecimentos só corroboram a proximidade desse incidente com o controle concentrado e exortam as marcas que a abstração provoca no controle difuso, em um quadro de verdadeira evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, “que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto” (MENDES, 2005, p.546).

Ou seja,

As decisões do STF, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente como fundamento na declaração de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) do STF preferida *incidenter tantum*. (MENDES, 2005, p.546)

Não há como negar, portanto, o caráter *de abstração ao controle difuso-incidental exercido no âmbito dos Tribunais* que se quis lhe conferir com a previsão contida nesses dispositivos do Código de Processo Civil. Nos itens a seguir, trataremos outras novidades do sistema rumo ao aperfeiçoamento desse novo fenômeno.

7.3 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04 PARA O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que já fora objeto de pontuais comentários no tópico “3.5.4”, merece uma análise mais detalhada nesse capítulo, porque trouxe duas ferramentas responsáveis pelo enxugamento e pela minimização do controle de constitucionalidade difuso exercido por juízes e tribunais ordinários.

Cumpre-nos, é bem verdade, registrar que as polêmicas existentes em torno desses institutos são extensas e refogem da proposta e objetivo dessa pesquisa, que é o de somente identificar as modificações operadas no modelo difuso. Todavia, não se pode tampar totalmente os olhos para esse tipo de conflito e perder a oportunidade de, num trabalho científico, externar, ainda que de forma breve, um comentário crítico acerca da necessidade e importância de se cultivar um modelo de controle de constitucionalidade consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

7.3.1 O respeito obrigatório aos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal originados no âmbito do controle difuso: uma realidade no direito brasileiro?

Como é cediço, o sistema difuso brasileiro, tal como originariamente formatado, seguia uma fórmula genuína que o marcadamente distinguia do modelo concentrado de constitucionalidade: as decisões proferidas em seu âmbito, mesmo as proferidas do Supremo Tribunal Federal, eram dotadas tão-somente do efeito “*inter partes*”.

Essa perspectiva tradicional e clássica das decisões emanadas do órgão judicial exercente do controle difuso se manteve, de início, com a Constituição de 1988. Isso significa dizer que, independentemente do órgão jurisdicional que tivesse exercendo o controle difuso-incidental, os efeitos da decisão dele originada se restringem às partes do processo e a coisa julgada somente se opera para elas, não se estendendo a terceiros estranhos ao litígio. Além

disso, sempre se difundiu a ideia de que a decisão é despida de vinculação e obrigatoriedade, o que implicava na possibilidade de um mesmo órgão judicial julgar de forma diferente uma mesma questão constitucional posta sob sua apreciação em momentos temporais distintos.

Conforme exaustivamente mencionado, o *judicial review* norte-americano, em quem modelo difuso brasileiro se inspirou, conseguiu corrigir e superar a problemática fundada na imprevisibilidade, insegurança jurídica e desigualdade das decisões judiciais graças ao princípio do *stare decisis*. Com ele, os precedentes constitucionais da Suprema Corte devem ser respeitados.

Mas igual solução não foi, inicialmente, adotada nos países do sistema de *civil law* que tinham introduzido o método “norte-americano” de controle.

De fato, para os países de derivação romanística se imaginou, de há muito, que a segurança jurídica seria realizada por meio da lei e da sua mera revelação pelo juiz. Quer dizer, se a função da norma é o de fornecer, no seu relato abstrato, a solução correta para os casos existentes em sociedade, o juiz deve resolvê-los à luz da hipótese prevista na norma, ou seja, o juiz precisa proceder ao enquadramento do fato relevante na norma e pronunciar a consequência dali resultante. Por isso que, no *civil law*, a segurança jurídica adviria da estrita aplicação da lei pelo juiz. A cultura romanística, diferentemente da *common law*, que creditou ao *stare decisis* a responsabilidade pela segurança e previsibilidade, aceitou a tese de que a certeza jurídica somente poderia ser conquistada mediante a estrita aplicação da lei. Com isso, supôs que os juízes não estão vinculados às outras decisões judiciais e qualquer tentativa de submetê-los às decisões anteriores consubstanciaria interferência indevida na sua independência e livre convencimento.

Ora, essa situação de ausência de respeito obrigatório aos precedentes constitucionais conduziria, como bem adverte o constitucionalista italiano Mauro Cappelletti (1999, p.77-78), à consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes que reputassem-na inconstitucional, enquanto outros, no mesmo momento, poderiam não julgá-la incompatível com a Constituição. E o resultado mais perigoso de tudo isso, dizia ele, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito.¹⁹⁰ Enfim, como resultado inexorável do exercício do controle difuso por países que não adotam o princípio do

¹⁹⁰ Segundo Cappelletti “[...] o Japão é, exatamente, uma dos Países onde o inconveniente está se manifestando mais seriamente: Tício instaura um procedimento, arguindo a inconstitucionalidade de uma lei em matéria tributária e obtém a não aplicação dela no caso concreto; mas – continua o nosso ilustre autor – ‘according to the individual – effect theory, the law *per se* remains in force and binding on taxation offices’; com a consequência de que, para obter a não aplicação da lei, isto é, para obter o mesmo tratamento de Tício, qualquer sujeito interessado deverá, por sua vez, instaurar um novo processo” (CAPPELLETTI, 1999, p.78).

stare decisis, tem-se a possibilidade de haver leis inconstitucionais para uns e constitucionais para outros.

De ver-se, ainda, que esse método não baseado no respeito obrigatório e vinculante aos precedentes judiciais (constitucionais) força ao ajuizamento de ações com vistas à obtenção de idêntico resultado colhido de um processo anterior, onde se afastou a aplicabilidade da mesma lei que agora se pretende novamente impugnar. Enfim,

[...] o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição. (MARINONI, 2009, p.17)

Mas como o Brasil, um país apoiado na tradição romano-germânica da *civil law*, de um lado, e adepto secular do modelo difuso de constitucionalidade, de outro, conseguiu harmonizar essas duas tendências aparentemente contraditórias? Buscaremos, nos itens a seguir, respostas a esse questionamento, investigando a possível fórmula utilizada pelo Constituinte e a movimentação em setores doutrinários e jurisprudenciais para corrigir e colmatar as lacunas deixadas pelas impropriedades do sistema.

7.3.1.1 Antecedentes à vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso: a fórmula alternativa do Senado Federal e a revisão de seu papel diante do novo modelo de controle de constitucionalidade consolidado pela Constituição Federal

O direito brasileiro, fortemente resistente, de início, à adoção do modelo fundado na obrigatoriedade aos precedentes judiciais em relação às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso, procurou corrigir o grave e inaceitável inconveniente de

abrir a possibilidade de existirem decisões contrastantes, umas acatando, outras rejeitando a inconstitucionalidade de uma mesma lei.

Foi assim que a Constituição de 1934 outorgou ao Senado Federal¹⁹¹ a competência para estender a todos (eficácia *erga omnes*) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal. Tal disposição, visando a suprir o defeito do modelo difuso acatado por países de cultura romanística, emprestava generalidade à declaração de inconstitucionalidade pronunciada, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, enquanto a recusa de se aplicar as leis no sistema norte-americano é uma decorrência do modelo do “*stare decisis*”, no Brasil, outorgou-se, na Constituição de 1934, a um órgão político fora da jurisdição – o Senado Federal –, a função de generalizar os efeitos da decisão do Pretório Excelso¹⁹². O Constituinte, portanto, criou uma fórmula genuinamente brasileira para sanar a problemática relativa à existência de atos normativos inconstitucionais em relação a uns e constitucionais em relação a outros. Com isso, a Constituição descobriu uma forma de emprestar eficácia geral (“*erga omnes*”) às decisões de inconstitucionalidade proferidas, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário, e, portanto, no âmbito do controle difuso.

Conforme já mencionado nesse trabalho, com exceção a de 1937, todas as Constituições que sucederam a de 1934 reproduziram essa outorga competencial ao Senado Federal. Assim também o fez a Constituição de 1988 que, não obstante promover, a um só tempo, o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade e, por via de consequência, o estreitamento do controle difuso, manteve, em seu artigo 52, inciso X¹⁹³, incólume a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁹¹ Art. 91, IV, Constituição de 1934: “Compete ao Senado Federal: [...] IV – Suspender a execução no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 1934)

¹⁹² O Senado Federal tem a função de, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, a participação do órgão estranho ao Poder Judiciário não é elemento qualificador da combinação do controle político com o controle judicial de constitucionalidade, mesmo porque a competência do Senado Federal se restringe à *suspensão* da execução da lei que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, descabendo-lhe declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo. Não discrepa desse entendimento Clèmerson Merlin Clève (1995, p.90). Em seu entender, a competência atribuída ao Senado, desde 1934, não é suficiente para configurar o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade com um sistema misto (judicial e político).

¹⁹³ Reproduzimos o artigo 52, X, CF/88: “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”.

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal pode incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, podendo fazê-lo em causas de sua competência originária, ou em causas de sua competência recursal. Quando o Supremo Tribunal Federal, por maioria absoluta dos membros do Pleno (cláusula de reserva de plenário), declara incidentalmente a inconstitucionalidade de uma determinada lei, prevê a tradição brasileira, que essa decisão seja comunicada ao Senado Federal para que suspenda no todo ou em parte a execução de dita lei declarada inconstitucional e seus efeitos, por via de consequência, se estendam a todos.

A par dessas premissas, segue-se que a eficácia da decisão proferida na via difusa que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo restringe-se às partes do processo (efeito “*inter partes*”), o mesmo ocorrendo quando, nesse tipo de controle, o julgado tenha sido proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em que pese a incompatibilidade com a Constituição, a lei inválida permanece sendo aplicável a outros casos concretos. Para que essa norma seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sejam estendidos a todas as pessoas, é imprescindível a intervenção do Senado Federal, após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em favor da inconstitucionalidade (art. 52, X, CF/88).

A função desempenhada pelo Senado Federal em assuntos referentes ao exercício do controle difuso de constitucionalidade suscita algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais que precisam ser enfrentadas e dirimidas nesse trabalho, o que, para tanto, escoramo-nos, sobretudo, parcial ou totalmente, na doutrina de Clèmerson Merlin Clève (1995, p.90-98); Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p.61-64); Dirley da Cunha Junior (2009, p.316-322); Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1078-1091); Lenio Luiz Estreck (2004, p.377); José Afonso da Silva (2011, p.52-56); Michel Temer (2002, p.48-49).

Em primeiro lugar, mostra-se estreme de dúvidas que a comunicação ao Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade deva partir do próprio Supremo Tribunal Federal, donde a decisão promanou, mesmo porque igual providência vem prevista no artigo 178 do Regimento Interno do STF¹⁹⁴, elaborado em 1985. Ademais, prevê o Regimento

¹⁹⁴ Art. 178, RISTF: “Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, [atual art. 52, X] da Constituição.

Interno do Senado (art. 386¹⁹⁵ e 387¹⁹⁶) que esse procedimento seja deflagrado pelo Procurador-Geral da República ou mesmo, de ofício, pela Comissão de Constituição e Justiça da respectiva Casa Legislativa.

Ademais, cumpre-nos investigar se a competência do Senado abrange somente a execução de lei ou também alcança qualquer ato normativo. Embora a Constituição Federal de 1988 somente faça menção à lei, é certo que a expressão pode ser utilizada, como bem lembra Clèmerson Merlin Clève (1995, p.93), tanto para designar a lei em sentido formal quanto em sentido material. Então, a Constituição de 1988, não pretendendo mudar a sistemática que vinha desde 1934¹⁹⁷, utilizou a expressão “lei” na acepção de ato normativo de qualquer categoria. E, ainda, cabe ao Senado Federal suspender a execução dos atos normativos (lei, decreto etc.) federais, estaduais e municipais.

De mais a mais, discute-se a extensão da deliberação do Senado. Novamente Clèmerson Merlin Clève (1995, p.95) e Dirley da Cunha Junior (2009, p.318), citando Pontes de Miranda, lembram acertadamente que o Senado Federal só atua nos limites da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Com isso, ele não pode ir além da decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, não pode suspender a execução no todo de um ato que foi parcialmente declarado inconstitucional pelo Supremo. Se o Senado não pode o mais, todavia, pode o menos. Assim, se a lei foi declarada totalmente inconstitucional, o Senado poderia suspender apenas uma parte dela.

Dando prosseguimento aos questionamentos, cumpre-nos examinar se a suspensão senatorial da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal surte seus efeitos a partir da publicação da resolução (efeito *ex nunc*) ou produz efeitos *ex tunc*. Conforme entendimento majoritário dos doutrinadores, entre eles, José Afonso da Silva (2011, p.54), Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p.63) e Lênio Luiz Streck (2004, p.480), a resolução do Senado Federal, suspendendo a executoriedade da lei, somente pode gerar efeito *ex nunc*. Milita em favor dessa tese o fato do Senado Federal exercer uma atividade tipicamente legislativa, pelo que o órgão não estaria autorizado a desconstituir todos

¹⁹⁵ Art. 386, RISF: “Art. 386. O Senado Federal conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I – comunicação do Presidente do Tribunal; II – representação do Procurador-Geral da República; III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania”.

¹⁹⁶ Art. 387, RISF: “Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento”.

¹⁹⁷ A Constituição de 1934 previa a competência do Senado para suspender a execução de lei, ato, deliberação ou regulamento declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

os atos praticados sob a égide da lei inconstitucional. Nessa linha de raciocínio tendente a se atribuir eficácia *ex nunc*, a suspensão da executoriedade da lei seria equivalente à revogação, e esta, como se sabe, atua prospectivamente. Não nos convencemos, porém, dos acertos dessa opinião, já que a origem do instituto atrela-se à necessidade de se emprestar generalidade à declaração de inconstitucionalidade da lei, sanando e corrigindo eventuais decisões contraditórias. Pensar de forma diferente não evitará que os interessados procurem o Judiciário para tornar sem efeito os atos realizados sob a autoridade da lei declarada inconstitucional pelo STF em outro processo concreto, ou seja, manter incólume todas as situações originadas sob o império da lei declarada inconstitucional esvaziará o instituto em tela, de modo que o indivíduo o qual estivesse no raio de afetação da lei declarada inconstitucional, no exercício do controle difuso-incidental, deveria ajuizar uma ação visando a mesma decisão. Por isso, afigura-se acertada a atribuição de eficácia *ex tunc* à deliberação senatorial. Com efeito, compartilhamos da orientação de Gilmar Ferreira Mendes (2004, p.151) para quem a *ratio* do dispositivo, que remonta à Constituição de 1934, não autorizava a equiparação do ato senatorial a uma declaração de ineficácia de caráter prospectivo, isto é,

[...] parecia evidente aos constituintes que a *suspensão da execução* da lei, tal como adotado em 1934, importava na *extensão dos efeitos* do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado *caráter ampliativo* e não apenas *paralisante* ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócua seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional. (MENDES, 2004, p.152)

Parece claro, então, que todos os atos praticados durante a lei inconstitucional tornam-se sem efeito (nulos) com a decisão suspensiva do Senado. O próprio Supremo Tribunal Federal, no RMS 17.976, de relatoria do Ministro Amaral Santos, já decidiu nesse sentido: “A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional.” (BRASIL, 1969)

Cumpra-nos, outrossim, analisar se a resolução senatorial suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pode ser objeto de revogação por uma outra resolução. “Segundo posição do Supremo Tribunal Federal, a resolução suspensiva do Senado é irrevogável, uma vez que ele esgota a sua competência no momento em que delibera pela suspensão.” (CUNHA JUNIOR, 2009, p.318)

Discute-se, ademais, se o Senado Federal é obrigado, ou não, a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, essa atribuição outorgada à casa legislativa é matéria de competência vinculada? O posicionamento, prevalecente na doutrina¹⁹⁸ e na jurisprudência do STF¹⁹⁹ é de que o Senado Federal tem discricionariedade em suspender a eficácia da lei julgada inconstitucional. É que a deliberação senatorial é atividade essencialmente política que empresta generalidade à decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada no âmbito do controle difuso-incidental. Luis Roberto Barroso (2006a, p.110), partidário dessa corrente, assinala que a atuação do Senado não tem caráter vinculado, tratando-se de “ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo”. O próprio Senado Federal se mostra resistente à tese da vinculação, consoante parecer emitido pelo então Senador Amir Lando, que se recusou a atribuir o efeito da generalização à decisão proferida no bojo do RE 150.764/PE, que declarou a inconstitucionalidade de alguns artigos da lei sobre a contribuição para o Finsocial. Nos termos do referido parecer, ficou consignado o seguinte teor: “É incontestável, pois, que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando *erga omnes*, trará profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido da repercussão da economia nacional. Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta nos precisos termos do art. 97 da Lei Maior, ocorreu pelo voto de seis de seus membros contra cinco, demonstrando, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico”. Em favor da vinculação, orientação com a qual concordamos, destacamos a opinião de Dirley da Cunha Junior (2009, p.320). Para o constitucionalista, o Senado está obrigado a suspender a execução do ato que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, já que se trata de um dever constitucional. Mesmo porque entender discricionária ou facultativa a tal atribuição não irá evitar todo aquele inconveniente da incerteza do direito. Enfim, “aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a uma exame jurídico acerca da inconstitucionalidade”. Além disso, não se torna despiendo lembrar que

¹⁹⁸ Conforme levantamento feito por Clèmerson Merlin Clève (1995, p.95), noticia-se contra a vinculação os seguintes autores: o próprio Clèmerson, Mário Guimarães, Aliomar Baleeiro, Josaphat Marinho e Paulo Brossard. Em sentido contrário, mencionam-se: Lúcio Bittencourt, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alfredo Buzaid e Celso Ribeiro Bastos.

¹⁹⁹ Clèmerson Merlin Clève (1995, p.95) indica que outra não é a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme se infere do MS n. 16.512.

no Supremo Tribunal Federal ganha força a tese de que o papel do Senado Federal se limita a, no atual enquadramento contextual, a publicar a decisão do Supremo Tribunal Federal no órgão competente. Veremos, oportunamente, detalhes desse posicionamento ainda não firmado

Torna-se sobretudo importante, por fim, registrar que a participação do Senado só se impõe nas hipóteses de exercício do controle difuso-incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, falecendo razão de ser em situações, cuja inconstitucionalidade tenha sido anunciada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, já que a decisão da Corte obtida no âmbito desse modelo importa na eficácia *erga omnes*.

Em meio a tantas polêmicas em torno da fórmula senatorial, e a sua conseqüente inocuidade para os propósitos a que se destina, o direito constitucional brasileiro assistiu (e continua a assistir) a uma forte aproximação entre os efeitos das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado e difuso de constitucionalidade. O papel de guardião da Constituição do qual se reveste a Corte Constitucional brasileira obrigou-a, em nome da segurança jurídica e da garantia da igualdade na aplicação da Constituição, a assumir no controle difuso uma nova função bem parecida com a que ela desempenha no controle concentrado. Quer dizer, a evolução do pensamento constitucional sobre o tema caminha rumo à equiparação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso ou em controle concentrado. De fato, com a Constituição de 1988, que expandiu a jurisdição constitucional concentrada, dando novos contornos às ações que a provocam perante o Supremo Tribunal Federal, esse condicionamento da eficácia geral da decisão por este proferida em sede de controle difuso-incidental à resolução senatorial soa como uma idiossincrasia no sistema constitucional atual. Um argumento, igualmente, importante, para mudança de pensamento sobre o tema diz respeito à ausência de lógica e sentido, beirando às raias do absurdo, imaginar que um mesmo órgão de cúpula do Poder Judiciário, que se destaca pela posição de Guardião da Constituição, profira decisão revestida de eficácia *inter partes*, quando por via recursal o controle exercido pela Corte se manifesta a título difuso, ou prolate decisão dotada de efeito *erga omnes*, se o controle por ele exercido é do tipo concentrado²⁰⁰, Afigura-se inadmissível aceitar, senão pelo fato do art. 52, X, CF/88

²⁰⁰ Essa constatação foi muito bem identificada por Dirley da Cunha Junior. De acordo com o autor, [...] se no passado se justificava a distinção de efeitos entre as decisões de inconstitucionalidade do STF, hodiernamente ela é intolerável diante da posição de Guardião da Constituição da qual se reveste a Corte. Ora, no contexto atual, é absolutamente sem sentido, chegando a soar como teratológica, a explicação de que, no controle difuso,

subsistir na ordem constitucional vigente, que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle difuso-incidental tenha eficácia restrita às partes do processo concreto, se este, em relação ao processo objetivo (ADI, ADC ou ADPF), cuja decisão é extensível a todos, fornece tecnicamente melhores condições para o julgamento, em função da causa se encontrar madura graças ao exaurimento das instâncias ordinárias, por onde a questão constitucional percorreu.²⁰¹ Se para os tempos da Constituição de 1934, a participação do Senado Federal era vista como uma fórmula única e genuinamente criativa para superar a tormentosa questão da insegurança jurídica existente na nossa jurisdição constitucional, hoje “perdeu parte do seu significado com a aplicação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência” (MENDES, 2008, p.1082). Além disso, as dificuldades de aplicação desse instituto na seara do controle difuso – como, por exemplo, o forte entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a possível resolução do Senado suspendendo a execução de lei é dotada de eficácia *ex nunc* - eram tão grandes que o tornavam, na prática, ineficaz, sem contar, ainda, que a deliberação senatorial não abrangiam as declarações de constitucionalidade ou mesmo de revogação da lei pré-constitucional levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal.

Com isso, começou ganhar força um movimento, impulsionado pela parcela da doutrina brasileira, tendente a igualar os efeitos da decisão da Corte Constitucional proferida quer em sede de controle difuso quer em sede de controle concentrado.

Essa crítica, aliás, é muito bem colocada por Luis Roberto Barroso, que comentado sobre o artigo 52, X, Constituição Federal, assevera:

o Supremo decide inter partes, enquanto no controle concentrado decide erga omnes. E tudo isso só porque o STF, na primeira hipótese, declara a inconstitucionalidade resolvendo uma questão incidental e, na segunda, declara a mesma inconstitucionalidade solucionando a própria questão principal. Onde está a lógica disso, já que – seja decidindo incidenter tantum ou principaliter tantum – o órgão prolator da decisão é o mesmo? (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.403).

²⁰¹ Essa orientação é robustecida pelos argumentos expendidos por Gilmar Ferreira Mendes: “Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao dispositivo no art. 52, X, 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. A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notório após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto [...]. De fato, é difícil imaginar que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restritiva entre as partes.” (MENDES, 2004, p.164)

[...] a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/95, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com vênias devidas aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já sabe qual é! (BARROSO, 2006a, p.111)

Não discrepa desse entendimento Clèmerson Merlin Clève. Para ele

Num momento (1934) em que se temia o ‘governo dos juizes’, em que se procurava manter a fiscalização incidental; em que se buscava as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*); em que se procurava harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Cumpre, agora, todavia questionar a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, hoje, não apenas a fiscalização incidental, mas também a ‘em tese’, decorrente de ação direta, e, inclusive, para suprimento de omissão. Parece que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode que, com vantagem, poderia o país substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, automaticamente ou em virtude do desencadear de certo procedimento, à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. (CLÈVE, 1995, p.97-98)

Sob a perspectiva jurisprudencial, a questão sobre a eficácia geral e vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso foi analisada, ainda que tímida e implicitamente, no Recurso Extraordinário n. 197.917²⁰². Nesse

²⁰² A aludida decisão, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, recebeu a seguinte ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A

juízo, diante da real situação de Municípios menos populosos terem mais Vereadores do que outros com o número de população relativamente maior²⁰³, o Tribunal fixou a quantidade de vereadores do Município de Mira Estrela (Estado de São Paulo), impondo, mesmo em sede de controle difuso (RE), que todos os Municípios (Câmaras Municipais) se submetessem à cláusula da proporcionalidade inscrita na Constituição Federal quanto à representatividade local. Aqui parece notório que o Supremo Tribunal Federal entendeu possível generalizar os efeitos da decisão adotada pela Corte, estendendo-a aos demais Municípios brasileiros para a legislatura posterior à aludida decisão.²⁰⁴ Com isso, consagrou-se que a decisão de inconstitucionalidade seria dotada de efeito *pro futuro*.

Além dessa decisão, afigura-se digno de nota o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do HC n. 82.959, de relatoria do Min. Marco Aurélio, com relação ao qual o Tribunal, por maioria, deferiu o *writ* e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90, que vedava a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos, assim definidos no mesmo diploma no artigo 1º. Evidenciou-se que na situação relatada, a vedação de progressão

POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.” (BRASIL, 2004)

²⁰³ Em contraste com a proporcionalidade exigida pela Constituição Federal, a Lei Orgânica local fixou número excessivo de vereadores para Município (Mira Estrela) que detém menos de três mil habitantes.

²⁰⁴ A par da vinculação estabelecida, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 21.702/2004 fixando a mesma interpretação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, alguns partidos políticos tentaram, sem sucesso, ver reconhecida a incompatibilidade vertical da sobredita resolução em face da Constituição Federal. .

do regime viola o direito à individualização da pena, constante do artigo 5º LXVI, CF/88, por ignorar as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como a capacidade da pessoa ressocializar-se. Entendeu também que a permanência do condenado em regime fechado não interessa a ninguém, muito menos à sociedade, que mais dia ou menos dia, provavelmente pelo exaurimento dos anos de prisão, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não mais para delinquir, mas para participar da construção dos valores mais relevantes de um Estado Democrático. Concluiu-se, com isso, que a progressão do regime tem por justificativa e fundamento a reintegração social do preso (BRASIL, 2006). Aqui também parece evidente o reconhecimento pelo Tribunal da transcendentalidade dos efeitos da decisão para todos os presos que se encontrassem na mesma situação, ressaltando apenas que a declaração, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade do aludido dispositivo não produziria qualquer efeito em relação às penas já extintas na data do julgamento.

Merece, por isso mesmo, em relação a essa parte final na análise dos dois precedentes anteriores, mencionar exemplificativamente a aplicação da técnica de *modulação dos efeitos temporais* da lei declarada inconstitucional no âmbito do controle difuso. Como já exaustivamente desenvolvido nessa pesquisa, o Supremo Tribunal Federal, amparado no artigo 27 da lei 9.868/99, pode decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*eficácia ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado (*eficácia pro futuro*). Trazendo a debate esse tema para o controle difuso, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que esse modelo se mostra perfeitamente compatível com a doutrina da limitação dos efeitos, assentando seu voto nas seguintes premissas: (a) o próprio Estados Unidos, onde o exercício do controle difuso tem como pedra de toque a noção de que a expressão *lei inconstitucional* consubstancia uma *contradictio in terminis*, já que a “*the unconstitutional statute is not Law at all*”, passou a admitir a necessidade de relativizar e estabelecer limites à declaração de inconstitucionalidade²⁰⁵; (b) a limitação do efeito nas decisões proferidas pelo Supremo

²⁰⁵ Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2011, p.1.177-1.178), a Suprema Corte americana passou a, inclusive, permitir a “modulação dos efeitos” para decisões em processos criminais. No caso *Linkletter v. Walker*, *Linkletter* veio a ser condenado com base em provas consideradas ilícitas. Sucede que a Suprema Corte veio a considerar em outro precedente (*Mapp v. Ohio*) esse meio probatório contrário ao princípio do *due process of Law*. Com base nessa orientação (declaração de inconstitucionalidade posterior), *Linkletter* postulou revisão de sua condenação, no que foi negado pela Suprema Corte, sob o fundamento de que a pretensão formulada não tinha fundamento constitucional, já que a questão dos efeitos não tinha definição constitucional. Mediante juízo de ponderação, a Corte concluiu que a retroatividade da lei inconstitucional acabaria por trazer consequências desastrosas para a administração da Justiça, que teria de anular muitos processos, sem a possibilidade de promover a acusação dos agentes em face do desaparecimento do material fático probatório. O certo é que a jurisprudência norte-americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*). O sistema difuso

Tribunal Federal é inerente ao exercício do controle judicial de constitucionalidade, podendo a técnica alternativa de decisão ser utilizada tanto no controle abstrato quanto no controle incidental, tese essa que já vinha sido reforçada pelo esboço tímido levado a efeito pelo Ministro Leitão de Abreu, ao considerar que a lei não poderia ser considerada nula, porque regularmente editada e gozando da presunção relativa de validade, a sua aplicação continuada geraria consequências que não poderiam ser desprezadas. Era o mesmo que dizer, na linha defendida por Hans Kelsen, que a lei inconstitucional não seria nula *ipso jure*, mas apenas anulável; (c) Embora não se possa negar o caráter principiológico à cláusula de nulidade da lei inconstitucional, no que, nesse ponto, incorre Leitão de Abreu em arrematado equívoco, é certo que o aludido princípio deverá ser afastado nos casos em que se mostrar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida ou em situações em que a sua aplicação traga danos para o próprio sistema jurídico constitucional; (d) tendo em vista razões de segurança jurídica, a aplicação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, com a consequente supressão da norma, poderá trazer consequências muito mais sérias e danosas para o sistema constitucional do que a sua preservação temporária. Logo, razões de segurança jurídica podem mostrar-se idôneas a justificar a não adoção do princípio da nulidade da lei inconstitucional; (e) dado o caráter fundamentadamente interpretativo do artigo 27 da lei 9.868/98, torna-se certa a sua aplicação ao controle difuso-incidental (MENDES, 2011, p.1.176-1.188). Com efeito,

O princípio da nulidade continua a ser regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. (MENDES, 2011, p.1189)

Abstraindo o mérito da discussão acerca da possível adoção ou não do artigo 27 da lei 9.868/99 ao modelo difuso de constitucionalidade, não há como negar que a aplicação da técnica alternativa de mitigação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, introduzida pelo artigo 27 da lei 9.868/99, ao controle difuso é mais uma inegável

mais tradicional do mundo passou, assim, a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*. O Ministro assevera, ainda, que não só a Suprema Corte norte-americana, como também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos, como por exemplo, a Corte Constitucional Austríaca, a Corte Constitucional alemã, a Corte Constitucional espanhola, a Corte Constitucional portuguesa, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

demonstração de aproximação dos dois modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro. Fica evidente, pois, que o Supremo Tribunal Federal, ao permitir a adoção das técnicas de decisão do art. 27 para o controle difuso, deu um passo significativo rumo à sua redefinição, que passa a ter à disposição um relevante e típico instrumento de decisão do controle concentrado.

Outras decisões, igualmente relevantes, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso de constitucionalidade já indicavam a aproximação dos seus efeitos com a da jurisdição concentrada constitucional. É de notar-se que a jurisprudência do STF já sinalizava, de há muito, pela possibilidade de se construir um raciocínio retórico quanto à ampliação e vinculação das decisões proferidas pelo Tribunal, mesmo em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes (2004, p.162), com a sua percepção sensível sobre o tema, aponta a existência de algumas decisões do STF, atributivas do efeito vinculante não só à parte dispositiva, mas também aos próprios fundamentos determinantes. Com base na disposição constante do artigo 557, *caput* e §1-Aº do Código de Processo Civil²⁰⁶, o Tribunal vem exigindo, sobretudo no campo do direito municipal, a observância por outros Municípios dos termos dispostos na decisão anteriormente prolatada sobre a inconstitucionalidade de lei municipal a situações idênticas. É o caso, por exemplo, do RE 228.844/SP, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, tendo por premissa as bases teórico-jurídicas fixadas pelo STF em precedente do Plenário reconhecendo a inconstitucionalidade da lei municipal de Belo Horizonte, no Estado de Minas Gerais, que, igualmente, instituía a progressividade da alíquota do IPTU. Assim também Nelson Jobim se valeu para julgar a inconstitucionalidade da lei municipal de São Bernardo do Campo e Ellen Gracie, que se utilizando de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, reconheceu a inconstitucionalidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais.

Mas talvez seja no julgamento (ainda parcial) da Reclamação n. 4.335-5/AC que buscaremos a mais lídima resposta à discussão sobre a vinculação e a extensão dos efeitos da decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso-

²⁰⁶ “Art. 557 – O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. §1-A – Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

incidental. É que num sistema no qual o controle concentrado-principal se mostra fortalecido, cujas decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes* e vinculantes, e novas técnicas de decisão da jurisdição concentrada são desenvolvidas e aplicadas na fiscalização difusa, a participação do Senado no sentido de se conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede controle concreto, é providência retrógada e anacrônica. E a manutenção do instituto se torna, ainda, mais incompreensível se o Supremo Tribunal Federal, ao invés de declarar a inconstitucionalidade, limitar-se a utilizar as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, já que o artigo 52, X, CF/88 sequer incide para as situações constitucionais.

Foi exatamente dentro desse contexto que a aludida Reclamação foi ajuizada com o propósito de garantir a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 82.952/SP, no bojo do qual a decisão nele proferida declarava a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, porquanto se proibia a progressão de regime nos crimes hediondos, em clarividente ofensa à individualização da pena, constante do art. 5º, LXVI, CF/88. Questiona-se aqui se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização difusa de constitucionalidade é capaz de desafiar o uso da Reclamação para garantir a sua autoridade? Essa discussão, na verdade, encobre outra pergunta umbilicalmente ligada à problemática anterior: os efeitos originados da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso de constitucionalidade, sem a participação e intromissão do Senado Federal, continuam a ser *inter partes* ou passam a ser, tal como o modelo concentrado-abstrato, *erga omnes* e vinculante?

De fato, tudo iniciou quando o juiz de direito Marcelo Coelho de Carvalho, vinculado à Justiça Estadual do Acre, mesmo após o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, passou a indeferir os pedidos de progressão de regime em casos que, sob seu crivo, tratassem de crimes hediondos, ao fundamento que a aludida decisão da Corte Constitucional seria revestida de eficácia *inter partes*, de modo que os seus efeitos somente seriam estendidos favoravelmente a todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados mediante a deliberação senatorial suspendendo a execução de dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, Constituição Federal). A propósito, o juiz teria afixado comunicado em vários setores das dependências do Fórum de Rio Branco – Acre, os seguintes dizeres:

Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral, que a RECENTE DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proferida nos autos do *habeas corpus* n. 82.959, A QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONAL DO DISPOSITIVO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS QUE VEDAVA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL (ART. 2º, §1º DA Lei n. 8;072/90), SOMENTE TERÁ EFICÁCIA A FAVOR DE TODOS OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OU A ELES EQUIPARADOS QUE ESTEJAM CUMPRINDO PENA, a partir da expedição, PELO SENADO FEDERAL, DE RESOLUÇÃO SUSPENDENDO EFICÁCIA DO DISPOSITIVO DE LEI declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Rio Branco, 02 de março de 2006. Marcelo Coelho de Carvalho. Juiz de Direito.

Pelo teor do comunicado, percebe-se pela afirmação do juiz que, segundo seu pensar, a jurisdição ordinária não estaria vinculada aos termos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso. Contra esse posicionamento é que foi ajuizada a Reclamação ora analisada.

Mesmo que o instituto pudesse comportar outras leituras, o fato é que todas as considerações de ordem histórica e a análise de seu desenvolvimento e aplicação no direito brasileiro direcionam para uma releitura do art. 52, X, da Constituição Federal. Ora, com a nova configuração do controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, a manutenção do dispositivo constitucional ora comentado sustenta-se apenas por “razão de índole exclusivamente histórica” (MENDES, 2008, p.1.086). Lúcio Bittencourt (1949, p.145) não só de há muito havia proposto essa mudança como também para ele, hodiernamente, convergem os acertos de sua tese no sentido de demonstrar quão antiga e infecunda é a adoção da fórmula senatorial. Com efeito, fazendo referência à participação do Senado Federal no controle difuso sob a égide da Constituição de 1946, assinala que “o objetivo do art. 64 da Constituição [em relação à Constituição de 1946] é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ de lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução”.

Encampano essa tese, Gilmar Ferreira Mendes perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. [...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal com reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...]. A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. (MENDES, 2008, p.1.090)

Com isso, pode-se argumentar, na mesma linha de raciocínio desenvolvido pelo constitucionalista, que a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, não dependendo mais a eficácia geral da resolução senatorial, que agora se prestaria apenas para conferir publicidade à decisão da Corte.

Não por outro motivo que o autor, agora na condição de Ministro Relator da Reclamação n. 4.335-5/AC, trouxe ao debate o tema da chamada suspensão de execução da lei declarada inconstitucional, e, em seu voto, ponderou que era necessário fazer a análise de sua aplicação no direito brasileiro, já que o exame histórico, em sua opinião, demonstraria a alteração do significado normativo da deliberação do Senado na Constituição de 1988. O Ministro sustenta, inclusive, que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a eficácia *erga omnes* e vinculante em diversas de suas decisões do controle difuso. Por isso, concluiu ele que outra deveria ser a leitura da suspensão pelo Senado no novo contexto normativo. Afinal,

O processo constitucional como um todo e, em especial, o processo constitucional de caráter incidental têm passado por grande transformação. Parte dessa transformação decorre da nova visão que a Corte passou a desenvolver em torno de seu papel no contexto constitucional do controle de constitucionalidade – deixando de ser Tribunal de prestação de justiça às partes para assumir o papel decisivo de intérprete da Constituição em suas múltiplas dimensões. (MENDES, 2011, p.113-114)

Propõe, assim, o eminente Ministro que se busque o real sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, em um contexto de verdadeira mutação constitucional²⁰⁷, que não é outro senão este: ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

É altamente ilustrativo trazer transcrever alguns trechos relevantes de seu voto:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. [...] Sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais Tribunais tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos

²⁰⁷ Como é cediço, a mutação constitucional pode ser compreendida como a modificação informal do sentido e alcance do enunciado constitucional segundo os novos tempos e sentimentos sociais, em um processo hermenêutico que não conduz a qualquer alteração formal do texto constitucional. De fato, as Constituições são elaboradas para durarem no tempo. Todavia, toda tentativa de produzir uma Carta engessada em si mesma é um convite ao recuso fatal das Revoluções. Por isso, nenhuma Constituição pode ter o desejo de se tornar imutável. As reformas constitucionais procedidas pelo legislador têm o papel fundamental no processo de oxigenação do trabalho do Poder Constituinte Originário. Mas o Judiciário, por outro lado, não se pode mostrar desprezível às modificações sociais e aos reclamos da sociedade, que se antecipam, graças ao seu dinamismo, às alterações legislativas. Precisamos, por isso, de tribunais ousados que participem, em nome dos desígnios e finalidades traçados pelo Constituinte, como coautores da construção do direito. Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal desempenhou essa função, ao reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo, realizando, para tanto, interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do art. 1723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (ADI 4277, rel. Min. Carlos Ayres Britto). De tal circunstância resulta, igualmente, a importância dos órgãos judiciais realizarem, por meio da interpretação constitucional, a modificação do alcance das normas constitucional sem que qualquer alteração formal de sua dimensão constitucional textual. Essa via de alteração informal da norma da Constituição pela interpretação constitucional foi denominada pelos franceses de *poder constituinte difuso*. Para Georges Burdeau, autor dessa feliz e irretocável expressão, utilizada entre nós, dentre outros, por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986), “Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seus exercício. [...] Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos da revolução, nem por isso é menos real. [...] Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse *poder constituinte difuso*, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo” (*apud* BARROSO, 2010, p.128, *notas de rodapé*). Diga-se que no direito comparado encontramos casos de incontestável mutação constitucional. Luis Roberto Barroso (2010, p.125) lembra que, no direito americano, a jurisprudência fixada pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education* rompeu frontalmente com o entendimento de 1986 que legitimava a doutrina dos “iguais mas separados” no tratamento entre brancos e negros. O novo entendimento constitucional impôs a integração racial nas escolas públicas. À guisa de conclusão de Barroso, o autor assinala que nesse hipótese a Constituição material modificou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto. Outro caso citado diz respeito à jurisprudência formada a partir do *New Deal* que passou a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso.

estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. A suspensão da execução pelo Senado não se mostrou apta a superar essa incongruência, especialmente porque se emprestou a ela um sentido substantivo que talvez não devesse ter. Segundo entendimento amplamente aceito, esse ato do Senado Federal confere eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto. [...] O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, §1º A, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998). [...] é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental. [...] Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. [...] É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica *mutação constitucional* em razão da completa reformulação do 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 de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. [...] 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. [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. (MENDES, 2011, p.1.115-1.124)

Em abono desse entendimento, o Ministro Eros Grau ratificou a tese da mutação constitucional, assinalando, com forte apoio em Hsü Dau-Lin, que o texto do inciso X do artigo 52 da Constituição é obsoleto, o que revela que o instituto mereceu uma significativa reinterpretação à luz da Constituição de 1988. Por isso que o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, deverá ser por força da mutação constitucional reelido e com isso extraído o verdadeiro sentido do texto que não é senão esse: compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.²⁰⁸

²⁰⁸ Os fundamentos foram extraídos do voto proferido pelo Ministro Eros Grau, o qual se encontra disponível em < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em: 10.04.2012.

Todavia, em divergência, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que mesmo diante da obsolescência do instituto, é certo que não seria possível eliminá-lo por meio do que chamou de um “projeto de decreto de mutação constitucional”. Além disso, a instituição da súmula vinculante pela EC n. 45/2004, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, dispensaria a intervenção do Senado (BRASIL, 2007).

Essa orientação foi compartilhada pelo voto do Ministro Joaquim Barbosa, que, afastando a ocorrência da alegada mutação constitucional, decidiu pela leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF (BRASIL, 2007). Após a decisão dos quatro Ministros, pediu vista dos autos o Ministro Ricardo Lewandowski.

De fato, há críticos à tese expendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Além dos próprios Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que suscitaram divergência aos votos proferidos, pelas razões já comentadas, setores da doutrina constitucionalista de renome compartilham do posicionamento segundo o qual se torna imperiosa a manutenção e o respeito ao artigo 52, X, Constituição Federal. A razão dessa justificativa funda-se na necessidade de legitimação democrática do controle difuso, o que só se pode conquistado com a participação do Senado Federal. Excluí-lo, ou mesmo reduzi-lo como mero órgão de publicidade da decisão do Tribunal “significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988” (STRECK, OLIVEIRA, LIMA, 2007).

Também por este prisma é o entendimento de Nelson Nery Junior, já que para o autor “o artigo 52, X é instrumento de caráter democrático porque permite a manifestação dos representantes do povo acerca do julgamento de inconstitucionalidade de lei, assim reconhecido pelo STF em caso concreto, que não faz coisa julgada *erga omnes*, e nem *inter partes* (CPC 472), porque decidida *incidenter tantum* e não *principaliter*” (NERY JUNIOR, 2010, p.197).

Sem ingressar, com afinco, no debate sobre os acertos ou desacertos desse entendimento, já que o assunto em tela mereceria um estudo dedicado exclusivamente a ele, torna-se certo que esse movimento, liderado pelo Ministro Gilmar Mendes, de generalização das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso-incidental, sem a necessidade de participação do Senado Federal, indica o quadro de afeamento, restrição

e desfiguração do controle difuso exercido por juízes e tribunais ordinários, o que revela, não de imediato, em decorrência das polêmicas existentes, sobretudo, pela discussão acerca da ausência de legitimidade democrática, a possibilidade de se expungir, num futuro não muito distante, o artigo 52, X, Constituição Federal, seja pela atividade legislativa, seja pelo definitivo desuso do dispositivo.

É verdade que o exercício do “*poder constituinte difuso*” pela via da mutação constitucional opera-se com limites e toda jurisdição constitucional que deles se desborda não é senão mutação inconstitucional. É que o limite da própria hermenêutica constitucional é o texto - a letra - da Constituição²⁰⁹. Ora, quanto mais fluido for o enunciado, maior será o espaço de discricionariedade judicial, já que nesse caso será possível construir mais de uma norma a partir do mesmo texto constitucional. Em sentido contrário, quanto mais preciso for texto normativo, menor será a liberdade do juiz em suscitar a divergência interpretativa. Logo, a mutação constitucional recai, com maior facilidade, sobre os enunciados abertos, vagos e imprecisos, cujo alcance e sentido das normas podem ser alterados informalmente pela interpretação que o órgão judicial realiza à luz da nova realidade social. É justamente em relação aos aludidos preceitos constitucionais, dotados de maior abertura, que o Supremo Tribunal Federal exercerá uma legítima capacidade criadora. Sucede que, nesse particular, o artigo 52, X, Constituição Federal não abre espaço, do ponto de vista hermenêutico, para interpretações contrastantes, já que o texto normativo encerra, de forma precisa, a competência para o Senado Federal suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal²¹⁰ (LEITE, 2009, p.101-107).

Se, por um lado, a tentativa do Supremo Tribunal Federal de se atribuir outro sentido à norma do art. 52, X, CF (de “*compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*” passar para “*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*”) esbarra na clareza e objetividade do

²⁰⁹ Na feliz advertência de Glauco Salomão Leite (2009, p.103): “[...] no campo da interpretação jurídica, as teses do realismo jurídico norte-americano, pelo qual o que está disposto nos textos normativos (*paper rules*) carece de imperatividade, pois o que importa é a decisão judicial concreta (*real rule*). Essa corrente pode, no limite, levar a um total descrédito em relação à força normativa da Constituição.”

²¹⁰ “[...] haja vista a precisão com que foi positivado o art. 52, X, da CF, a mutação constitucional em tela representa uma verdadeira ab-rogação do preceito constitucional através de uma decisão do STF, pois como afirma o próprio Ministro Eros Grau ‘não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado’. Ora, se o texto em si é atingido, se a letra da Constituição é afetada, é porque a jurisdição constitucional desbordou de seus limites.” (LEITE, 2009, p.105)

texto normativo, o que poderia configurar, em tese, uma atividade que transborda de seus limites, de outro, sustentamos que esse assunto deva ser, de imediato, debatido pelo poder de reforma²¹¹ a fim de eliminar essa idiosincrasia do sistema que, além de promover insegurança jurídica, vai de encontro a todo o processo histórico-evolutivo consolidado pela Constituição de 1988. Parece evidente, portanto, que a decisão ainda não definitiva do Supremo Tribunal Federal, sob essa perspectiva, qual seja, a de alertar o Congresso da necessidade de adequar a Constituição ao devir histórico, pode representar uma mudança paradigmática, o marco zero de uma nova era da via difusa de constitucionalidade, pois o Tribunal cogita de se conferir o caráter geral e vinculante às suas próprias decisões, quando estas sejam obtidas no âmbito do controle difuso-incidental, em um quadro evolutivo do sistema protetivo constitucional que procura equiparar os efeitos dos julgados obtidos nos processos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Mesmo porque

[...] num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica, obsoleta e contraditória. Ora, se o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender, liminarmente e em caráter geral, eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a razão hoje de limitar a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo e condicionar a sua eficácia geral à intervenção do Senado? (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.423)

Assim, percebe-se, a título conclusivo, que a releitura feita do artigo 52, X, Constituição Federal, nos moldes como preconizado acima, fia-se ao fenômeno da “dessubjetivação”, “abstrativização” ou “objetivação”²¹² do controle concreto ora apresentado, porquanto se procurar dar a este os mesmos efeitos da eficácia geral e vinculante produzidos no controle concentrado.

²¹¹ A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 11, de 2008, de autoria do Senador Arthur Virgílio, pretende revogar o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, sob a justificativa de que o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro vem, progressivamente, dando maior destaque para a via concentrada e abstrata.

²¹² Essas são expressões utilizadas pela doutrina para designar o mesmo fenômeno, qual seja, a de que o controle difuso vem passando por significativas modificações, cujas técnicas de decisão conduzem a uma análise em abstrato, nos moldes do processo objetivo do controle concentrado, em um quadro que permite a aproximação com este modelo.

Ainda que não seja objeto principal desse trabalho emitir um juízo crítico do instituto em tela, compartilhamos da opinião de importantes autores os quais sustentam que se deva expurgar do sistema constitucional a participação do Senado Federal em assuntos de índole constitucional tratados em sede de controle difuso-incidental, ascendendo o Supremo Tribunal Federal a uma verdadeira Corte Constitucional, e permitindo que ele atenda, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, demandas sociais relevantes e questões afetas aos direitos fundamentais dos cidadãos que não foram acudidas a tempo pelo processo político majoritário. Mesmo porque os inconvenientes do pensamento em contrário trariam injustiça e insegurança jurídica. Logo, em resposta aos eminentes constitucionalistas que propugnam pela ausência de legitimidade democrática das decisões do controle difuso dotadas de efeito *erga omnes*, esse é o principal motivo por meio do qual se acredita, sob o reforço argumentativo e favorável da participação do *amicus curiae* e da convocação de audiências públicas, que o Supremo Tribunal Federal tenha se tornado, com a Carta Política de 1988, a “casa da Constituição” onde, sempre em nome dela – Constituição -, se mudam paradigmas, se arejam os costumes e se inauguram eras de pensamento constitucional.

A propósito, a vinculação e generalização dos precedentes judiciais originados do Supremo Tribunal Federal no bojo do controle difuso parecem ter sido incorporadas definitivamente na agenda política do legislador ordinário e o de reforma constitucional. As repercussões negativas decorrentes do abarrotamento de processos que ascendem ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal e que versam sobre assuntos idênticos, bem como as impropriedades das técnicas tradicionais de decisão do sistema difuso conduziram, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já admitia timidamente a atribuição de efeitos generalizados à decisão adotada pelo Tribunal, à criação da súmula vinculante, hoje prevista no artigo 103-A da CF/88, graças à edição da EC n. 45/2004. Fica, com isso, evidente que a Constituição de 1988 passou a permitir a extensão geral e vinculante dos efeitos da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, sem qualquer interferência e participação do Senado Federal.

De fato, a criação da súmula vinculante, conforme veremos a seguir, outorgou um significativo avanço na atribuição de força normativa e vinculante para as decisões proferidas do Supremo Tribunal Federal e confirmou a forte tendência histórico-evolutiva de reduzir ainda mais a atuação dos juízes e tribunais ordinários no campo do controle difuso de constitucionalidade.

7.3.1.2 *A súmula vinculante e os seus efeitos no controle difuso de constitucionalidade: um estudo a partir da regulamentação constitucional da EC n. 45/04 e a disciplina infraconstitucional da lei n. 11.417/06*

Permita-nos, primeiramente, fazer uma primeira ressalva de natureza metodológica. Os limites objetivos e subjetivos da eficácia vinculante foram tratados e desenvolvidos com minúcias em instância própria (item 3.5.2), razão por que nos reportamos, tendo em vista a semelhança existente entre os institutos, às considerações lá lançadas. Cumpre, igualmente, assinalar a possibilidade de utilização da técnica de modulação temporal dos efeitos vinculantes, considerando razões de segurança jurídica e excepcional interesse público. Essa hipótese, inclusive, sacramentada pelo legislador pátrio, que, regulamentado o instituto da súmula vinculante do art. 103-A da Constituição Federal de 1998, mediante a edição da Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, deixou consignado o seguinte: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público.” (BRASIL, 2006)

Pois bem, a súmula representa o posicionamento predominante de um tribunal (estadual ou federal) sobre determinada questão jurídica, tendo seu enunciado apenas caráter *persuasivo*.²¹³ A EC n. 45/2004, no entanto, introduziu na ordem jurídica constitucional a súmula com efeito vinculante, autorizando que o Supremo Tribunal Federal a edite sobre questões constitucionais, pelo que os demais órgãos judicantes e a Administração Pública devem obediência ao comando do seu enunciado, ou seja, o aludido instrumento normativo, trazendo à baila a “reforma do judiciário”, acrescentou à Constituição o artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, introduzindo na nossa ordem jurídica constitucional a súmula²¹⁴ vinculante. Eis o seu teor:

²¹³ No *common law*, todas as deduções consideradas não essenciais de um julgamento pelo Tribunal inserem-se dentro daquilo que o rigor técnico anglo-saxão denomina de *dictum* (singular) ou *dicta* (plural), assim consideradas afirmações jurídicas, com efeito de caráter não obrigatório (persuasivo), que, a despeito de constar no corpo da decisão, são prescindíveis ao julgamento da causa.

²¹⁴ O nosso ordenamento jurídico prevê, no artigo 518, §1º, graças à redação dada pela Lei n. 11.276/2006, a chamada súmula impeditiva de recurso, segundo a qual o juiz não recebe o recurso de apelação em virtude de sua sentença estar em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. Ademais, nos termos do artigo 557, *caput*, do CPC o relator não dará seguimento a recurso manifestamente em

Art. 103-A, Constituição Federal - 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 1988)

Da leitura do sobredito dispositivo constitucional, infere-se, de plano, que a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal exige a conjugação de dois requisitos: a) aprovação de 2/3 (dois terços) de seus membros; b) decisões reiteradas sobre idêntica questão constitucional.

Assim, o Supremo Tribunal pode, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, mediante decisão de 2/3 de seus membros (8 votos), expedir súmula vinculante. Assim, evita-se que o terceiro, no raio de afetação da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de outro processo similar, tenha que percorrer todas as instâncias para que o Pretório Excelso tome conhecimento de sua situação concreta e novamente declare a inconstitucionalidade da lei. Isso porque, levando-se em consideração o pensamento tradicional que confere eficácia inter partes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso,

confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior. De outro giro, segundo o §1º do mesmo dispositivo, se a decisão recorrida estiver em manifesta desconformidade com súmula ou jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. Por fim, conforme artigo 543-C do CPC, “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de Direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. §1º. Caberá ao Presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STJ, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do STJ. §2º. Não adotada a providência descrita no §1º deste artigo, o relator no STJ, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”.

quando esta Corte declara, em reiterados casos concretos submetidos à sua apreciação, a inconstitucionalidade de uma lei, os juízes de primeiro grau e os tribunais, assim como a Administração Pública poderão continuar a aplicá-la em outras situações concretas, se entenderem, diversamente do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, que ela é constitucional. De outro lado, a súmula vinculante é resultado de iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e seu enunciado versará sobre validade, interpretação e eficácia de normas constitucionais, acerca das quais haja, entre os órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, controvérsia atual que acarrete insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão (art. 2º, §1º da Lei 11.417/06). Isso significa que se, de um lado, não se pode elaborar uma súmula vinculante a partir de uma única e tão-somente decisão do Tribunal, de outro, o conteúdo da súmula vinculante não pode recair sobre um posicionamento dos membros da Corte que se mostre isolado, mesmo que a essa altura se esteja diante de uma série de processos anteriores envolvendo a questão constitucional. Logo, o enunciado da súmula vinculante deve representar orientação pacífica, consolidada e amadurecida da Corte, ou seja, o pensamento do Supremo Tribunal Federal deve “ter sido objeto de discussões e maturação ao longo do tempo e das demais instâncias judiciais, o que sempre contribuirá para a formação do pensamento do STF” (TAVARES, 2012, p.440). Também não se pode perder de vista que a *conditio sine qua non* para a edição de súmula vinculante parte da controvérsia existente entre os órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública. É que o instituto se presta, como um de seus objetivos, a combater o mal da insegurança jurídica e a multiplicação de processos (*rectius* de decisões) sobre questões idênticas. Não perca de vista que a edição de súmula vinculante poderá ser proposta pelos mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103 da Constituição Federal de 1988), além do Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (art. 3º da Lei 11.417/06). Note-se que o §1º do art. 3º da aludida lei atribui legitimação ao Município para propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Em síntese perfeita, Tavares elenca as condições necessárias para a edição de uma súmula vinculante. Para o constitucionalista, as súmulas só poderão emergir

(i) após reiteradas decisões idênticas; (ii) sobre normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração; (iii) desde que essa situação acarrete grave insegurança jurídica; e, concomitantemente, (iv) redunde em multiplicação de processos idênticos (quanto à matéria) causando um aumento desnecessário do volume de processos na Justiça.

Dependendo da regulamentação jurídica que recebessem, no caso *supra* sob (i), as súmulas poderiam demandar decisões anteriores firmadas por unanimidade dos membros do tribunal. Esse grau de exigência, contudo, não foi de todo ignorado pela Reforma, que parece não estar centrada apenas no aspecto quantitativo (i) das decisões repetitivas, ao estabelecer (para aprovação da súmula, mas não para decisões anteriores que lhe servirão de fundamento) um *quorum* de aprovação de 2/3.

Assim, é necessária maioria qualificada de 2/3 (dois terços – 8 ministros) para aprovar súmula do entendimento *révivo* do STF e atribuir-lhe efeito vinculante. As decisões prévias, que ensejam a súmula, contudo, poderão ter sido adotadas por maioria de seis ministros (maioria absoluta). (TAVARES, 2012, p.436)

Com a edição de uma súmula vinculante, impede-se não só que essa mesma questão seja levada novamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, como também obriga que sua decisão seja dotada de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Como exaustivamente comentado no capítulo 3 desse trabalho, as decisões prolatas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado já são por si sós adotadas do efeito *erga omnes* e vinculante. Essa peculiaridade indica que a edição de súmula vinculante é resultado de reiteradas decisões tomadas em sede de controle difuso.

Por isso, no Brasil, o surgimento da súmula vinculante é mais um fator para “objetivação” ou “dessubjetivação” do controle difuso. Sim, porque essa figura é o retrato da evolução do pensamento jurídico no contexto dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso, desde a criação da figura da resolução do Senado, o que demonstra a preocupação do nosso ordenamento de tentar generalizar as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto. Na realidade, pode-se defender a desnecessidade desse instituto, se os fundamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, assentados no “item 7.3.1.1” forem consagrados na sistemática constitucional, pois conforme já estudado, os argumentos lá expostos levam à generalização ou à vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário. De qualquer forma, não deixa de ser uma figura existente na ordem jurídica constitucional que se afina com a “abstratividade” já apontada, uma vez que a proposta visa a uniformizar os temas de natureza constitucional entre os órgãos judiciários ou entre estes e a Administração

Pública, em um quadro de aproximação do modelo difuso-concreto de constitucionalidade com a jurisdição constitucional concentrada, como se entre eles existissem uma ponte de conexão unida, dentre outros, pelo instituto das súmulas.

Além disso, não se pode perder de vista que a súmula vinculante (edição, revisão e cancelamento) deve ser examinada dentro de um quadro, cujo regime jurídico esteja associado a um típico processo objetivo. Por mais paradoxal possa parecer, o efeito vinculante da súmula – característica típica do controle concentrado (capítulo 3) – precede de reiteradas decisões tomadas em torno de casos concretos (elemento característico do controle difuso), os quais servem de substrato para deflagrar o procedimento de sua elaboração, cujo enunciado será empregado, para garantir o tratamento isonômico e a segurança jurídica, às outras situações concretas semelhantes às do caso em análise. Deveras, a súmula vinculante, na lição de André Ramos Tavares (2012, p.437) deve ser compreendida como processo objetivo característico que serve para aproximar o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) do controle abstrato-concentrado (efeito vinculante).

Dessa forma, passa-se a sustentar, diante desse novel entendimento, que uma decisão proferida do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso pode ter a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado.

Com isso segue-se que o respeito obrigatório aos precedentes constitucionais ampara-se na ideia da previsibilidade, segurança e igualdade. Logo, a súmula vinculante, como um dos seus instrumentos de exercício, tem sido a fagulha do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos que vem ajudando a incentivar a propagação da segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

Tal procedimento sumular, com eficácia vinculante, evidencia a certeza do direito, traduzida no princípio da segurança jurídica. Mesmo porque não se faz justiça com julgamentos lentos e ineficazes.

Muitos poderiam dizer que o método do respeito obrigatório aos precedentes (*stare decisis et non quieta movere*, ou seja, mantenha-se a decisão e não se pertube o que já foi decidido) é incompatível com o sistema do *civil law*. De fato, o precedente constitui uma importante fonte do direito da *common law*. Enquanto o juiz da *civil law* se circunscrevia à mecânica aplicação da lei, o juiz da tradição da *common law* criava o direito. Contudo, como bem adverte Luiz Guilherme Marinoni (2009, p.2-19), em sua translúcida opinião sobre o tema, a criação do direito não configura um pressuposto para o *stare decisis*. A *common law*

surgiu em um contexto histórico e cultural totalmente distinto do *civil law*, o que levou à formação de tradições jurídicas diferentes. Ora, o juiz, por razões de ordem histórica, inclusive já apontadas nesse trabalho, teve um papel fundamental na doutrina anglo-saxônica. O seu papel foi atrelado à função de dizer o *common law* (daí falar-se em *judge make law*). Mas nem por isso pode-se dizer que a produção legislativa do direito seja baixa, mostrando-se falaciosa a tese de que a existência de lei não se coaduna com o sistema do *common law*. É bem verdade que, conforme aduz o processualista, a decisão não se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes. No entanto, quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição há direito preexistente como força normativa. Por isso que o fato do “precedente ser admitido como fonte do direito está muito longe de constituir um sinal de que o juiz cria o direito a partir de sua própria vontade” (MARINONI, 2009, p.5). Logo, a existência do Código não pode justificar a diferença entre um sistema do outro. No *common law*, no entanto, atribui-se um significado diferente ao diploma, já que a codificação não tem a pretensão de enclausurar o juiz na maneira de pensar o direito, demitindo-o da possibilidade de interpretar a lei. É verdade que na falta de direito preexistente, o juiz realiza a atividade criativa. Em situação diametralmente oposta se encontrava o juiz da tradição do *civil law*, já que o projeto definido pelos revolucionários franceses, com forte apoio em Montesquieu, delimitava a função do juiz ao papel de aplicador da lei. Assim foi que a “Revolução francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei” (MARINONI, 2009, p.10). Por isso que para o *civil law* a lei seria fundamental e imprescindível para a consolidação das liberdades públicas, ou seja, manter o juiz atrelado à lei proporcionaria segurança jurídica ao sistema. Já no *common law*, no entanto, a previsibilidade e a segurança deveriam ser buscadas em outro lugar, no *stare decisis*, já que aí como os juízes interpretam a lei e podem prolatar decisões contrastantes, viu-se no instrumento do respeito obrigatório aos precedentes a medida correta para conferir segurança necessária. Enfim,

Não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações [...]. Porém, o *common law* [...] rapidamente intui que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do Direito, enquanto no *civil law* permanece preso à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o *common law* pôde facilmente enxergar que a certeza do direito apenas pode ser obtida mediante o *stare decisis*, ao passo que no *civil law*, por ainda estar encobrindo a realidade, nos fala

e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei [...]. (MARINONI, 2009, p.13)

O autor em questão menciona, no entanto, que o sistema do *civil law* vem passando por significativa mudança quanto às concepções de direito e de jurisdição. É que a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. É exatamente por essa razão que as jurisdições europeias não resistiram à necessidade do controle de constitucionalidade. No entanto, o sistema romano-germânico, mesmo depois de em outro cenário histórico admitir a possibilidade de o juiz interpretar a lei e tolerar a natural divergência das decisões, continuou aceitando que a lei seria suficiente para garantir segurança e previsibilidade. É que, segundo Marinoni, não há qualquer vontade e empenho em querer realçar o novo papel que o juiz passou a desempenhar no ‘neo’constitucionalismo, totalmente distante daquela ideia de que ele seria um mero servo do Legislativo. Há, sim, apenas o cuidado de demonstrar que a separação dos poderes mantém incólume. E a dificuldade de entender essa nova função dificulta o cristalino e evidente reconhecimento da aproximação das jurisdições exercidas no *common law* e no *civil law*. “Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.” (MARINONI, 2009, p.15) Por todas essas considerações, enfim, a verdade é que não se pode confundir *common law* e *stare decisis*. É que aquele, compreendido como um conjunto normativo de costumes gerais que dirigiam o comportamento dos ingleses, existiu, por vários séculos, sem o *rules of precedent*. De fato, o *stare decisis* constitui apenas um dado contemporâneo do *common law*, surgindo no curso de seu desenvolvimento para dar segurança às relações jurídicas. Daí por que acreditamos, com fulcro em todas as aludidas considerações, que a regra do respeito obrigatório aos precedentes pode constituir parte do sistema brasileiro.²¹⁵

Também por este prisma é o entendimento de André Ramos Tavares, que perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que o distanciamento entre os modelos teóricos do *common law* e do *civil law*, na prática, tem sido diminuído. Em suas palavras:

²¹⁵ É importante mencionar que a súmula vinculante do artigo 103-A, CF/88 não é reprodução idêntica do *stare decisis*, já que neste, a obrigatoriedade dos precedentes, cujo teor, além de não precisar versar sobre questão constitucional e não possuir enunciado específico, é obtida a partir de apenas uma única decisão do juiz e Tribunal inferior. Enfim, “o *stare decisis* é determinado pelos juízes e Tribunais inferiores que diante da análise de um caso concreto devem averiguar a existência de precedentes que possuam semelhança fática e que tenha adotado uma solução jurídica aplicável ao caso concreto, sem que isso enseje prejuízo algum para a isonomia. Desse modo, a análise do precedente é feita pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário é extremamente cautelosa, podendo haver ou não um precedente vinculante que seja capaz de direcionar a solução da controvérsia” (GONÇALVES, 2009, p.82).

[...] a jurisprudência tem um papel mais ativo, atualmente no Direito codificado, ao passo que nos países do Direito costumeiro o precedente já não apresenta o mesmo rigor de outrora. É nesse contexto que se deve compreender a introdução, no sistema de Direito legislado brasileiro, da súmula vinculante. Teoricamente, pois, nada há que obste a possibilidade de extrair diretamente da jurisprudência o Direito de um país. Ademais, como se observará, embora possa considerar-se o precedente do *common law* como a inspiração do modelo de súmula vinculante para o *civil law*, a verdade é que os institutos se dissociam em diversos pontos, apenas se podendo aproveitar a ideia-matriz de um na compreensão do outro. (TAVARES, 2012, p.426)

Como vivemos em um ambiente marcado pelo ‘neo’constitucionalismo, movimento esse que, conforme exaustivamente desenvolvido no curso desse trabalho, foi responsável por deslocar a Constituição para o centro do sistema jurídico, muitos temas foram constitucionalizados. E nesse novo cenário, as normas jurídicas já não são capazes de trazer em seu relato abstrato a solução para todos os problemas. O *marco filosófico do ‘neo’constitucionalismo (pós-positivismo)* realça a proatividade dos juízes em torno da necessidade de participar ativamente do processo de criação do direito. Essa proposta abre caminho para um conjunto amplo e ainda incompleto de reflexões acerca do atual papel do Supremo Tribunal Federal, que passa a protagonizar uma série de ações construtivas do direito constitucional. Tanto é verdade que o Tribunal, de há muito, vem utilizando as técnicas de interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto, para dar sentido diverso do que é conferido pelo Legislador.

Enfim, tal situação própria do *pós-positivismo* evidencia a mudança de paradigma jurídico tradicional, assim qualificado pelo deslocamento da lei para o juiz, o qual deve completar a solução inicialmente relatada pelo texto normativo, mediante a ponderação dos interesses envolvidos, já que em uma ordem pluralista existem diversos princípios que abrigam valores ou fundamentos diversos, aparentemente contrapostos, sendo certo que o intérprete deve, à vista dos elementos do caso concreto, fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis (BARROSO, 2001, p.21-22). Essa visão pós-positivista e principiológica do Direito impõe uma postura diferente do juiz, elevando-o, sob a condição de verdadeiro intérprete, a uma *função criativa do direito*.

Com isso, se o juiz não mais desempenha meramente uma função técnica de conhecimento, e, portanto, se sua decisão não mais se insere tão-somente dentro de um processo silogístico de subsunção do caso concreto à norma, cabendo-lhe exercer a função

criativa do caso concreto, indaga-se, se em nome do livre convencimento dos juízes, estariam eles livres para julgar, mesmo que suas decisões estivessem em flagrante desconformidade com a orientação predominante?

Ora, parece-nos que o novo pensamento constitucional impulsionado pelo *pós-positivismo* não dá espaços a qualquer tipo de atitude “decisionista” e práticas voluntárias iníquas, de matizes diversos, que, pondo em risco a segurança jurídica e a igualdade dos jurisdicionados, culminam no desmoronamento do próprio sistema jurídico do qual faz parte e debilitam, em última análise, a força normativa da Constituição.²¹⁶ Ora, não se pode engendrar o mesmo mal (insegurança jurídica) que se pretende combater. Por isso mesmo, a decisão deve ser resultado de um sistema, servindo a Constituição como instrumento delimitador da atuação criativa do intérprete, por meio de um conjunto vertiginoso de normas principiológicas que o orientarão sua escolha, e o Supremo Tribunal Federal com órgão controlador dessa prática.

E nesse quadro de controvérsias e tergiversações, no qual o jurisdicionado fica sujeito à “loteria das decisões judiciais” (MANCUSO, 2007, p.150), surge uma alternativa para o combate da instabilidade e inefetividade do sistema jurídico: a fórmula do respeito obrigatório aos precedentes judiciais.

É evidente, então, que se as leis não oferecem soluções definitivas e acabadas para o juiz, deve ele extrair o verdadeiro sentido dos textos normativos, criando a norma, mediante a atividade hermenêutica. Por isso é fundamental que, nesse ambiente, onde a última interpretação (ou interpretação máxima) compita ao Supremo Tribunal Federal, o repertório de suas decisões repetidas Tribunal Federal sobre validade, interpretação ou eficácia de normas constitucionais materializado em súmula vinculante seja seguido por todos os membros do Poder Judiciário e por toda a Administração Pública²¹⁷. Mesmo porque, se não

²¹⁶ Esse entendimento foi, igualmente, encampado por Alessandra Lopes Santana de Mello (2011, p.87), para quem a “*tarefa criativa* do juiz na busca do *justo*, tão festejada e colimada hodiernamente, não lhe autoriza incorrer em ‘decisionismos’ ou arbitrariedades, como se ele juiz, não integrasse um sistema que deve ser harmônico e coerente. A legitimidade de uma interpretação judicial decorre do emprego de uma fundamentação jurídica que *possa ser generalizada aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universidade e leve em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos*. [...] A efetividade do sistema jurídico depende da confiança dos jurisdicionados na função judicial e da capacidade dos cidadãos em entever os resultados das lides judiciais. Não basta conhecer o Direito legislado. Há que conhecer o Direito aplicado e, para tanto, deve haver a uniformidade da interpretação/aplicação das normas jurídicas” (*grifos no original*).

²¹⁷ Em uma percuciente análise sobre o tema, Glauco Salomão Leite (2007, p.123-124) assevera em seu trabalho monográfico o seguinte: “As súmulas vinculantes não são manifestações de atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal, não se devendo falar em ofensa à separação dos poderes. Elas são resultantes de criação judicial do direito resultante de interpretação jurídica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional. A vinculação dos demais juízes às súmulas vinculantes decorre da posição singular

há, de um lado, muita verdade na afirmação de que um Direito seguro corresponda necessariamente a um Direito Justo, de outro, há certeza de que um Direito inseguro é, por via de consequência, um Direito injusto. Os indivíduos se intimidam e permanecem inseguros quando seus Direitos e os Direitos dos outros estão em perigo. Por isso mesmo a segurança jurídica e a estabilidade da ordem jurídica estão atreladas à noção de dignidade da pessoa humana, já que suas situações existenciais não serão devidamente respeitadas diante de um cenário inseguro e intranquilo (MELLO, 2011, p.77).

É certo que, desde então, sob essa perspectiva da vinculação dos precedentes, tem-se dado margem a ataques que giram ao redor de uma possível usurpação da independência dos magistrados, ou mesmo de uma interferência sobre o livre convencimento do juiz e sobre a sua liberdade de decidir. Não nos sentimos convencidos da procedência dessa alegação. Afinal, não se afigura desprezível o fato de que o Constituinte Originário, na esteira das Constituições precedentes, outorgou ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, a função de “guarda da Constituição”, bem como o exercício do controle concentrado de constitucionalidade. E mesmo cometendo ao Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre matéria constitucional, é certo que suas decisões devem ser expostas ao debate público. Em verdade, acreditou-se que com o Pretório Excelso se protegeria de forma mais eficaz a normatividade da Constituição, ao lhe confiar o mister de não só aplicá-la, como também relê-la mediante o uso da interpretação constitucional.

É preciso superar aquela ideia de que o juiz ou o tribunal julga conforme a sua vontade, já que a sua decisão é resultado de um construído sistêmico. Não se pode aceitar que ele esteja acima desse sistema do qual faz parte, acima, portanto, do próprio jurisdicionado para impor, de forma individualizada, a sua vontade. O juiz, antes de sua liberdade de julgar, tem o dever de manter a coerência do sistema.²¹⁸

do Supremo Tribunal Federal como intérprete último da Constituição e instância decisória final da jurisdição constitucional [...]. Além disso, não se deve confundir o caráter material e jurisprudencialmente constitucional das súmulas vinculantes com o caráter formal de normas constitucionais emanadas do poder constituinte originário ou do poder de reforma, pois, como visto, há significativas diferenças entre produção legislativa e produção judicial de direito, de que as súmulas são espécies”.

²¹⁸ Essa posição foi sustentada por Marinoni: “Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. [...] O que realmente deve ter significado é a contradição de que o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuário do serviço jurisdicional. É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade de julgar, tem o dever para com o Poder de que faz

O que está, portanto, em jogo são as decisões contrastantes, em relação às anteriormente proferidas por ele ou às do Tribunal, sobre as questões constitucionais idênticas²¹⁹, em um quadro que beira o intolerável e engendra insegurança às relações jurídicas. Mesmo porque tratar uniformemente os casos idênticos, sobretudo, os de índole constitucional, é imprescindível para a coerência do sistema jurídico.²²⁰

Quando o exercício do controle de constitucionalidade é confiado para além do Supremo Tribunal Federal, a órgãos diversos de uma mesma estrutura de Poder, o mecanismo de uniformização e obrigatoriedade das decisões passa a ser uma necessidade, já que a situação envolve a unificação e afirmação da interpretação do direito constitucional. A propósito, vale lembrar os ensinamentos de Eduardo Garcia de Enterría (1994, p.223, *tradução livre*), para quem o tribunal constitucional atua como um “comissionado direto” do Poder Constituinte Originário, assinalando que

[...] toda polêmica sobre a natureza excessivamente criadora da jurisprudência constitucional, sobre sua atuação efetiva como poder supraconstitucional ou de emenda constitucional, que é de onde surge a grave questão de sua legitimidade, não é mais que a transposição da polêmica comum sobre o caráter criador e evolutivo da jurisprudência em geral, sobre sua efetiva separação de uma atividade meramente exegética de texto ou códigos legais supostamente fechados, sobre a não adequação do juiz ao papel que lhe reservava a ingênua teoria da legalização completa do direito como simples *bouche qui prononce les paroles de la loi*, na conhecida regra de Montesquieu.

É, pois, imprescindível que, na busca de uma unidade jurídica geral, as situações semelhantes sejam tratadas igualmente, ensejando, para tanto, a participação do Supremo Tribunal Federal como responsável pela unificação do sistema jurídico constitucional. As diversas e destoantes decisões judiciais existentes sobre uma mesma questão constitucional, muitas delas discrepantes com a orientação dominante de copiosa produção jurisprudencial do

parte e para com o cidadão. [...] é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível. Como é evidente, diante de casos distintos, o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com decisão anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que o *commom law* conhece por *distinguished*, isto é, a diferenciação do caso que está para julgamento. Do mesmo modo, o juiz pode deixar de decidir de acordo com a decisão que já prolatou, ainda que diante de caso similar, quando tem justificativa para tanto e desde que procedendo à devida fundamentação do motivo pelo qual está alterando a sua primitiva decisão.” (MARINONI, 2009, p.13)

²¹⁹ O princípio da não-contradição deve especial tributo ao enunciado de Aristóteles: “nada pode ser ou não ser simultaneamente”.

²²⁰ O “*Treat like cases alike*” é princípio basilar do *common law*, por meio do qual se confere respeito aos juízes e traz coerência e estabilidade às relações jurídicas.

Pretório Excelso, resulta num cipoal de contradições que só reforça e acoroça a ineficácia da decisão judicial e o seu caráter subjetivista, acarretando profunda e significativa insegurança jurídica e violação à igualdade, com a conseqüente multiplicação de processos sobre questões idênticas. A súmula vinculante pretende, assim, nos moldes do controle concentrado de constitucionalidade, dissipar todas as incompatibilidades normativas e conflitos judiciais do sistema. Com efeito, a súmula de efeito vinculante constitui-se num mecanismo que busca extirpar as contradições e antinomias do sistema (DALLARI, 1971, p.12-13; TAVARES, 2012, p.429; MELLO, 2011, p.77).

Enfim, o respeito à obrigatoriedade dos precedentes constitucionais revela-se favorável à democracia brasileira, já que a vinculação das decisões tomadas pela Corte Constitucional em sede de controle difuso evita a insegurança, a quebra da isonomia, a imprevisibilidade e o autoritarismo das decisões proferidas na via difusa, quase sempre, por um único juiz.

Não resta dúvida, portanto, que a adoção de súmula vinculante para os assuntos que envolvam as declarações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos apenas vem reforçar a mais visível confirmação do sincretismo da jurisdição constitucional brasileira, bem como da hegemonia do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em um quadro que corrobora e consolida, de forma inexorável, a mitigação das decisões proferidas em sede de controle difuso, já que os juízes e tribunais passam a se sujeitar ao que fora determinado pelo Pretório Excelso. Caberá, inclusive, ao próprio Tribunal analisar a aplicabilidade da súmula vinculante ao caso concreto por meio das Reclamações²²¹, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 103-A, §3º, definiu que a Corte poderá, em caso de descumprimento da súmula por ela editada, anular o ato administrativo²²² e cassar a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso. De fato,

²²¹ Cumpre ressaltar que a Lei n. 11.417/06, que regulamenta a súmula vinculante, determinou em seu art. 7º, §1º, que a utilização da reclamação, em caso de omissão ou ato da Administração Pública, só será admitida após esgotamento das vias administrativas.

²²² A Lei 11.417/06 acrescentou dois dispositivos à lei 9.784/99, nos seguintes termos: “Art. 9º - A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B: Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso; Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.” (BRASIL, 2006)

A aludida reclamação, por questão lógica, é instrumento essencial para assegurar o elemento “vinculante” à súmula. Isto porque vem assegurar que o Executivo e o próprio Judiciário, que estão jungidos ao determinado na súmula, respeitem, efetivamente, o seu conteúdo. Sem mencionada reclamação, o termo “vinculante” certamente resultaria de escasso sentido prático. (TAVARES, 2012, p.453)

Todos esses fatores (súmula vinculante e reclamação contra decisão que descumpra seu enunciado), portanto, em abono aos mais novos entendimentos do próprio Supremo Tribunal Federal, corroboram a nova feição que se quis emprestar ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelo pretório Excelso, numa tentativa de se equipar os seus efeitos ao controle concentrado, ou seja, a decisão prolatada em sede de controlo difuso. De fato, é inegável que o Supremo Tribunal Federal caminha rumo à qualificação de Tribunal Constitucional, funcionando como uma espécie de Corte de Cassação. Em questões de natureza constitucional, portanto, o legislador ordinário e o de reforma parecem, finalmente, explicitar o verdadeiro conceito de “guardião da Constituição”, função essa originariamente entregue ao Supremo Tribunal Federal, no que procura colocar à sua disposição mecanismos que permitem conferir, mesmo em sede de controle difuso, a eficácia geral e vinculante às suas decisões. Essa perspectiva, a propósito, é reforçada e corroborada, conforme veremos a seguir, pelo instituto da repercussão geral, um requisito de admissibilidade recursal, com assento constitucional, que impõe ao Supremo Tribunal Federal a análise das causas que versem sobre matéria exclusivamente constitucional transcendental aos interesses das partes. Mais uma razão de ordem lógica para que os efeitos de suas decisões não se restrinjam às partes envolvidas no processo. No próximo tópico, veremos os detalhes dessa inovação.

7.3.2 Repercussão geral: uma análise do instituto com base na regulamentação da EC n. 45/04 e disciplina infraconstitucional da lei n. 11.418/06

Outro mecanismo trazido pela EC n. 45/2004, igualmente, relevante para o estreitamento do controle difuso, diz respeito à repercussão geral, instituto que se destinou a dar uma nova configuração ao Supremo Tribunal Federal, próxima a de um verdadeiro Tribunal Constitucional, ao estabelecer como requisito de admissibilidade do Recurso

Extraordinário as matérias que transcendam os interesses subjetivos das partes. Pretendeu-se, com isso, fazer uma espécie de filtragem constitucional²²³, permitindo que o Pretório Excelso foque sua atuação institucional em questões de natureza constitucional e exerça a sua atividade com mais eficiência e dinamismo.

De fato, como a tarefa precípua do Supremo Tribunal Federal é a defesa da Constituição (art. 102 da Constituição Federal), segue-se que o recurso extraordinário não se volta à correção das decisões emitidas pelas instâncias inferiores.²²⁴ A preocupação é, na verdade, como bem adverte André Ramos Tavares (2012, p.363-364), com questões de ordem objetiva, e não com as causas subjetivamente presentes no processo do qual desponta o recurso em tela. Trata-se, portanto, de um recurso muito mais próximo do modelo objetivo. Não se faz aqui justiça para as partes envolvidas, o que se pode comprovar pela impossibilidade de discutir na seara recursal questões de ordem fática ou dependentes de prova.

Dentro desse contexto histórico-evolutivo do sistema rumo à objetivação do controle difuso de constitucionalidade e da tendência mundial de se permitir que os Tribunais Constitucionais elejam as causas que irão julgar²²⁵, a EC n. 45/2004, incluindo o §3º do artigo 102 da Constituição Federal, trouxe a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, assim regulamentada pela lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006, e

²²³ Com a introdução desse instituto no direito brasileiro, houve uma tentativa de comparação com a arguição de relevância do regime constitucional anterior. No entanto, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero (*apud* GONÇALVES, 2009, p.76): “Nada obstante tenham a mesma função de ‘filtragem constitucional’, a arguição de relevância de outrora e a repercussão geral não se confundem. A começar pelo desiderato: enquanto a arguição de relevância funcionava como instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto central inclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem. Os próprios conceitos de repercussão geral e arguição de relevância não se confundem. Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de relevância, aquele exige, para além da relevância, a transcendência da questão debatida.”

²²⁴ Essa tendência já vinha sendo verificada no procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, por meio da regulamentação do art. 14, §4º a 9º, da Lei Federal n. 10.259/2001 e §5º do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Ora, “a decisão do STF é vinculante para as turmas recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme seja (inciso VII do §5º do art. 321 do RISTF); e, ainda, poderá ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional, até que o STF julgue o recurso (inciso I do §5º do art. 321 do RISTF), norma semelhante ao art. 21 da Lei Federal n. 9.868/1999, que cuida da ADC” (DIDIER JUNIOR, 2009, p.453).

²²⁵ Nicole P. S. Mader Gonçalves (2009, p.76), citando Barroso, observa que “nos Estados Unidos, depois de uma série de alterações legislativas, o acesso à Suprema Corte ocorre principalmente através do *writ of certiorari*, que se caracteriza por permitir que o tribunal exerça um juízo de admissibilidade discricionário. O mesmo ocorre na Alemanha, em que o acesso ao Tribunal Constitucional através do cabimento da queixa constitucional também é discricionário, devendo seguir apenas os seguintes critérios: ‘i) significado fundamental jurídico da questão; ou ii) existência de uma prejuízo especialmente grave para o recorrente no caso de denegação’. É fundamental destacar ainda que tanto no sistema americano quanto no Alemão o Tribunal não está obrigado a justificar publicamente suas razões”.

dessa forma autorizando o Pretório Excelso a somente julgar aqueles recursos, cujas questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (§1º do art. 543-A do Código de Processo Civil). O §3º do mesmo dispositivo legal, por sua vez, assevera que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.²²⁶ Diga-se, ainda, que o §4º deixa registrado o quorum necessário à existência da repercussão geral. Nos termos do dispositivo legal, “se a Turma do Supremo Tribunal Federal decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”. Por outro lado, o requisito de admissibilidade negativo da repercussão geral, em abono ao dispositivo constitucional, exige o quorum de dois terços dos Ministros (art. 102, §3º, Constituição Federal). Por fim, vale mencionar, até mesmo em atenção aos objetivos desse trabalho, que, uma vez negada a existência da repercussão geral, “a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (§5º, art. 543-A do Código de Processo Civil).

Da leitura dos preceptivos, infere-se mais uma vez o desprestígio para com o controle difuso-concreto de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, como a repercussão geral atua como filtro constitucional, evita-se que o Supremo Tribunal Federal perca tempo com inúmeras questões reiteradas e de menor relevância, que sobrecarregam o trabalho da Corte, e tornam seus julgamentos burocráticos, lentos e ineficientes. Independentemente dos acertos e desacertos desse instrumento, reflexão essa que ultrapassa os objetivos desse trabalho, é fato notório que o instituto trazido pela EC n. 45/2004 e a sua regulamentação pela lei n. 11.418/06 deu mais um passo para o enfraquecimento do controle difuso de constitucionalidade. Afinal, a repercussão geral funciona como um obstáculo à fiscalização concreta de constitucionalidade, ao exigir que o recurso extraordinário traga à baila um dado constitucional que ultrapasse os interesses subjetivos das partes. Não há como deixar de negar que o recurso extraordinário, com o advento da repercussão geral, passou a ter um caráter marcadamente objetivo. A propósito, essa tese já vinha sendo defendida, de há muito, por Gilmar Ferreira Mendes, que já na condição de Ministro, no Recurso Extraordinário n. 376.852-2, vinha atribuindo o caráter estritamente objetivo ao recurso extraordinário. Para o Ministro, esse instrumento recursal é

²²⁶ Não se pode perder de vista que a decisão contrária à súmula vinculante é passível de reclamação e não deve ser atacada por meio de Recurso Extraordinária. Daí o porquê do §3º não fazer qualquer referência à súmula vinculante.

vocacionado à defesa da ordem constitucional objetiva, sendo certo que a função do Supremo nos recursos extraordinários não é de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem o de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores (BRASIL, 2003). Enfim, trata-se de mais uma manifestação do controle de constitucionalidade do tipo difuso exercido de forma objetiva ou abstrata, em que as particularidades do caso concreto são desconsideradas e o seu campo de atuação reduzido²²⁷.

A propósito, em relação a tal perspectiva, translúcidas são as observações de Nicole P. S. Mader Gonçalves:

A exigência de *transcendência* da repercussão geral faz com que a questão da constitucionalidade nos recursos extraordinários seja analisada em abstrato, para somente na sequência ser aplicada ao caso concreto. Explica-se: como a repercussão geral exige que o recurso extraordinário apresente uma questão constitucional que *transcenda* o interesse das partes, essa questão constitucional será analisada em abstrato, dissociada dos interesses subjetivos em jogo no recurso extraordinário. Somente depois de o STF adotar uma posição em tese, sobre a existência ou ausência de repercussão geral, é que haverá o julgamento do caso concreto.

Assim, o procedimento de julgamento do recurso extraordinário é dividido em duas etapas: a primeira, extrai-se a questão constitucional passível de repercussão geral do caso concreto e faz-se sua apreciação em abstrato, em tese. Na segunda, aplica-se o resultado do julgamento sobre a existência ou não da repercussão geral ao caso concreto trazido pelo recurso extraordinário. (GONÇALVES, 2009, p.77-78)

E a par dessas informações, a autora conclui: “Tal sistemática de análise do recurso extraordinário imposta pela exigência de uma repercussão geral que *transcenda* os interesses subjetivos da parte é mais um indicativo de que o controle de constitucionalidade concreto vem perdendo espaço no controle de constitucionalidade brasileiro em nome da eficiência e economicidade.” (GONÇALVES, 2009, p.78)

²²⁷ Em relação ao caráter objetivo do recurso extraordinário e ao papel de guardião do Supremo Tribunal Federal, vale lembrar os apontamentos de Antonio Claudio Kozikoski Junior (2008, p.168). Fazendo menção à precípua função da guarda da Constituição, o autor menciona que com a repercussão geral é possível que tal atribuição seja finalmente confiada ao Supremo Tribunal Federal, “pois apenas aquelas causas versando sobre matéria exclusivamente constitucional e não adstritas aos interesses das partes poderão ser apreciadas. A tendência, com isso, é criar um círculo vicioso no qual menos recursos adentrarão ao Tribunal, que terá mais tempo para apreciá-los com a atenção merecida. Nessa perspectiva, os Recursos Extraordinários deixam de funcionar como meros instrumentos a favor dos litigantes em processo judicial e passam a constituir ferramentas a serviço da jurisdição constitucional. Dentro dessa perspectiva, portanto, não há mais porque manter os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade limitados apenas às partes envolvidas no processo [...]”.

Essa opinião é, inclusive, sustentada e reforçada por Luiz Guilherme Pennacchi Dellore (2007, p.156), que em excelente obra monográfica, demonstrou a aproximação dos efeitos entre o controle difuso e o controle concentrado, aduzindo que em relação ao Recurso extraordinário, sua decisão terá inquestionavelmente maior visibilidade e eficácia, com o seus efeitos se aproximando, ainda que de forma indireta, daqueles típicos do controle concentrado.

Dentre algumas outras inovações merecedoras de registro em nosso trabalho, inovação essa que confirma a aproximação dos efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, destaca-se a dicção do §5º do artigo 543-A do Código de Processo Civil

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Pela leitura do dispositivo legal, percebe-se que a decisão do controle difuso, sempre associada à eficácia *inter partes*, caminha rumo à generalização e vinculação de suas decisões. Ora, nesse caso em particular, uma vez negada a existência de repercussão geral, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal atingirá todos os demais recursos sobre idêntica matéria. A propósito, havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (art. 543-B, *caput* c/c art. 543-B, §1º, todos do Código de Processo Civil), naquilo que a doutrina denomina de incidente de análise da repercussão geral por amostragem (DIDIER JUNIOR, 2010, p.458). O que mais nos chama a atenção é o §2º deste artigo 543-B, do Código de Processo Civil: “§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.”

Assim, se o Supremo Tribunal Federal negar a existência de repercussão geral, todos os demais, que não foram remetidos à Corte, considerar-se-ão não conhecidos.

Com efeito, buscando nos ensinamentos de Fredie Didier Junior (2010, p.458, *grifos no original*),

É possível concluir, sem receio, de que o incidente para a apuração da repercussão geral *por amostragem* é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis.

7.4 ANÁLISE CRÍTICA E CONCLUSIVA DA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A despeito desse novo arranjo jurídico-constitucional traçado pelo legislador ordinário e de reforma (repercussão geral, súmula vinculante) e pelo próprio Supremo Tribunal Federal (decisões que realçam o novo papel da Corte no exercício do controle de constitucionalidade) restringir significativamente o controle de constitucionalidade difuso, e dar mais um passo no caminho para o estreitamento do controle de constitucionalidade difuso, uma prática que já havia sido iniciada pela Constituição de 1988, é certo que esse modelo continua a sobreviver no sistema constitucional, dado o seu papel importante de democratização do acesso à jurisdição constitucional. E nem poderia ser diferente, já que todos têm o direito de participar ativamente do processo dialético de interpretação constitucional (HÄBERLE, 2002). Melhor, ainda, seria se essa relação direta com o cidadão fosse estendida, na sua inteireza, no processo abstrato (controle concentrado), embora já exista mecanismos de interação entre a sociedade e a Corte, com a figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas. De qualquer forma, embora o sistema de proteção constitucional caminhe cada vez mais rumo ao fortalecimento do controle concentrado, acreditamos que, por ora, o modelo difuso de constitucionalidade não deixará de existir, muito menos seu enfraquecimento não será de tal monta que se conduça a uma total desnaturalização do instituto.

Por isso mesmo, em um país que procura adotar o regime híbrido de controle de constitucionalidade, mantendo os modelos difuso e concentrado, a alternativa encontrada para atender os anseios dessa harmonização foi sustentar a aproximação de ambos os institutos, em um cenário jurídico e histórico-contextual que, todavia, pende, com o tom prevalecente e

sobreiparante, em favor do controle concentrado, com relação ao qual milita em sua defesa a segurança jurídica de suas decisões e a rica e debatida jurisprudência de conteúdo constitucional, ensejando, por via de consequência, a nítida influência e interferência de suas técnicas de decisão sobre as do controle difuso.

Tal concepção afigura-se absolutamente coerente com dois postulados que nortearam esse processo evolutivo de minimização do controle difuso: a segurança jurídica e a isonomia, noções que, segundo já relatado nesse trabalho, estão intimamente atreladas à ideia de dignidade da pessoa humana. Um Estado Democrático de Direito não tolera a instabilidade e a incerteza das relações jurídicas. Trata-se de uma medida necessária a ser combatida, evitando e eliminando qualquer tipo de arbitrariedade unilateral, desestimulando o ingresso de ações repetitivas, fomentando a confiança dos cidadãos no Judiciário, mediante julgamento equânime, justo e célere, e trazendo de volta a efetividade das decisões judiciais. Entendemos com Recasens Siches que

Se bem a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representam o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e se bem este não estará justificando senão na medida em que cumpra as exigências de tais valores, sem embargo, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à ideia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social. (*apud* MELLO, 2011, p.77)

Ora, assistiu-se (e continuamos assistindo) a um conjunto auspicioso e vertiginoso de modificações do controle de constitucionalidade que coincidiram com a ampliação do rol de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, a expansão dos instrumentos vocacionados ao exercício da fiscalização concentrada de constitucionalidade promovida pela EC n. 3/93, lei 9.868/99 e lei 9.882/99, bem como com a gradual transformação do controle de constitucionalidade difuso conduzida pela introdução do artigo 481 do CPC, súmula vinculante, repercussão geral e pelas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal questionando a atuação do Senado Federal em seu âmbito, o que só vem nos revelar, a um só tempo, não só a intenção de fortalecer o controle concentrado de constitucionalidade, transformando o STF num tribunal próximo de uma Corte Constitucional, como também a tendência legislativa e jurisprudencial de minimizar o exercício do controle difuso por juízes e tribunais ordinários pelo incremento de mecanismos próprios e típicos do modelo concentrado de constitucionalidade.

Enfim, se já era uma tendência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal transmudar automaticamente, sem depender de qualquer outro órgão, a eficácia *inter partes* de sua decisão proferida em sede de controle difuso para o efeito *erga omnes*, hoje, com a reforma e evolução legislativa, essa proposta passa a ser uma realidade.

CONCLUSÕES

1. O sistema de controle de constitucionalidade sofreu significativa mudança com o advento da Constituição de 1988, seguindo o fortalecimento do modelo concentrado e a incursão de seus efeitos no sistema difuso-concreto, o que sinaliza a equiparação entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tomada no âmbito de um e de outro modelo.
2. Esse novo rumo do controle concentrado deve-se a uma tendência já identificada no próprio Supremo Tribunal Federal de jungi-lo a um movimento de “abstração”, “dessubjetivação” ou “objetivação” do controle difuso.
3. O Supremo Tribunal Federal passou a exercer uma importante função na ordem jurídica constitucional que, embora continue desempenhado o papel de solver o litígio instaurado entre as partes, torna-se uma Corte fortalecida nos assuntos afetos à guarda da Constituição.
4. Daí porque se torna sobremodo importante, para melhor compreensão do tema em questão, ter em mente a noção clara do que é uma Constituição. Não há como negar o caráter equívoco desse termo. Todavia, diante de todo o estudo desenvolvido em torno da teoria da Constituição idealizada por Konrad Hesse, consideramo-la como a lei fundamental de uma comunidade, de natureza inacabada e incompleta, pois a Constituição e a realidade histórico-concreta de seu tempo estão numa constante relação de interação. Mais do que isso, defendemos o seu caráter sistêmico, que ao lado de sua rigidez, culminam na supremacia constitucional.
5. A Constituição, no entanto, mesmo dotada de supremacia, não está imune a abusos e violações, por parte do Poder Público. É exatamente aí que reside a razão de ser do controle de constitucionalidade: proteger a Constituição.
6. E para o exame do controle de constitucionalidade, lançou-se mão do seu primeiro seu pressuposto: a supremacia da Constituição. Concluimos que o exercício do controle de constitucionalidade depende da existência de rigidez constitucional. Mas também sustentamos que a ideia do direito como um sistema é outro argumento utilizado para justificar a supremacia da Constituição.

7. Ficou demonstrado que o segundo pressuposto do controle de constitucionalidade fia-se ao estudo da parametricidade constitucional. E concluímos que o paradigma para o controle de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro é formado pela Constituição formal e por princípios implícitos.

8. Ficou comprovado, ademais, que tais pressupostos impõem o cumprimento formal e material do ato normativo à Constituição, sob pena de incorrer no vício de inconstitucionalidade, o qual apresenta-se-nos da seguinte forma: inconstitucionalidade formal e material; inconstitucionalidade originária e superveniente; inconstitucionalidade total e parcial; inconstitucionalidade progressiva.

9. Nesse passo, também ficou assentado que não só as normas infraconstitucionais federais, estaduais, municipais e distritais podem receber a censura do órgão que realiza o controle de constitucionalidade, como também a própria norma constitucional derivada (Emenda à Constituição) pode incorrer no vício de inconstitucionalidade, caracterizada pela violação aos limites estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário. É certo, no entanto, que nosso sistema constitucional não agasalha a tese de Otto Bachof, segundo a qual normas constitucionais originárias padeceriam da pecha de inconstitucionalidade.

10. É assim, então, a partir dos pressupostos ora relatados, que o nosso sistema constitucional se estrutura, permitindo não só o controle político (predominantemente preventivo), como também o judicial (predominantemente repressivo). E é justamente no contexto do controle judicial que aparecem os dois modelos: *difuso* – exercido por todos os membros do Poder Judiciário – e o *concentrado* – no qual o exercício do controle é feito exclusivamente pelo Tribunal de Cúpula do Poder Judiciário (no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal) ou por uma Corte Especial.

11. Mas para que entendêssemos a origem e as razões da escolha desses tipos de controle, foi preciso examiná-los sob uma perspectiva histórica situada em um dos movimentos constitucionais ocorridos na Inglaterra, França, Estados Unidos e Europa do pós-guerra.

12. Na Inglaterra, mesmo com o desenvolvimento da teoria do Sir Edward Coke, a qual desafiava a validade dos atos do Parlamento, o princípio da supremacia do Parlamento dificultava a implementação de um efetivo controle de constitucionalidade.

13. O protótipo do controle de constitucionalidade dos atos normativos foi primeiramente praticado a partir das experiências revolucionárias dos Estados Unidos e da França. Enquanto a França optou por confiar aos órgãos de feição nitidamente política a função de desempenhar o controle de constitucionalidade das leis que eles próprios elaboravam (controle político), os Estados Unidos, a partir do afamado caso *Marbury v. Madison*, habilitaram o juiz a fulminar por inválida toda lei contrária à Constituição Federal (controle judicial). A partir da pesquisa feita neste trabalho, concluiu-se que o sistema norte-americano ostenta o caráter difuso-incidental, por meio do qual se entrega a fiscalização de constitucionalidade a todos os órgãos do Poder Judiciário. No entanto, a decisão da Suprema Corte norte-americana sobre a questão constitucional vincula a todos os demais órgãos judiciais, circunstância essa que faz com que se lhe empreste eficácia geral (*erga omnes*) aos casos concretos (regra do *stare decisis*).

14. Mas foi com o fenômeno do ‘neo’ constitucionalismo que a jurisdição constitucional ganhou novos contornos rumo ao aperfeiçoamento do sistema judicial norte-americano. O Direito Constitucional do pós-guerra assistiu à vitória do modelo americano, que sempre foi apegado à ideia de centralidade da Constituição e supremacia judicial na determinação do seu sentido. Com o processo de reconstitucionalização, os países europeus passaram a institucionalizar o seu controle de constitucionalidade, com a criação de seus Tribunais Constitucionais. Do trabalho ora desenvolvido, foi possível extrair a informação de que, na Europa continental, buscou-se uma alternativa aos dois modelos até então existentes. O objetivo era manter o controle dos atos normativos nas mãos do Poder Judiciário, nos moldes do sistema americano, mas utilizando-se da via concentrada, mediante a criação de um tribunal que pudesse realizar especificamente essa função. Concluímos, a propósito, que os Tribunais Constitucionais são uma jurisdição, cuja decisão relativa à inconstitucionalidade das leis teria eficácia *erga omnes*. Enfim, a Europa Continental, como um todo, nas pegadas do sistema austríaco, adota o protótipo do controle concentrado de jurisdição constitucional. Buscamos, assim, na dissertação analisar quatro países que servem de referência para o nosso modelo: Alemanha, Itália, Espanha e Portugal.

15. Todo esse panorama histórico, contextual e evolutivo dos três contrapostos sistemas se mostra determinante para a construção de nosso controle de constitucionalidade brasileiro. A Constituição de 1824, fortemente apegada ao direito francês, ignorou por completo a fiscalização judicial de constitucionalidade. A primeira Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, por sua vez, foi promulgada em 1891 e é por meio dela que se introduziu o controle judicial difuso. A Constituição de 1934 procurou promover mudanças

no sistema protetivo da Constituição, procedendo a uma série de mudança para corrigir as falhas do sistema anterior. As inovações estão relacionadas com a instituição da chamada representação interventiva e o papel que o Senado Federal passou a desempenhar no controle difuso. A representação interventiva, conforme restou comprovado, pode ser considerada o embrião do controle concentrado. Já a intervenção no sistema de defesa jurisdicional da Constituição emprestava efeito *erga omnes* à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Acontece que a Constituição de 1934 durou pouco, tendo sido sucedida pela de 1937, uma Carta autoritária, com total desprestígio às liberdades públicas. Daí o porquê da Carta Magna de 1934 se mostrar retrógrada ao instituto do controle judicial de constitucionalidade. A Constituição de 1946, por sua vez, reinsereu dispositivos de caráter social-liberalizantes da Carta Política de 1934, mantendo o modelo de jurisdição constitucional desta Constituição. Concluímos, nesse particular, que com o advento da EC n. 16/65, o direito brasileiro caminhou rumo à solidez e à consolidação do modelo concentrado de constitucionalidade. Foi com a Emenda à Constituição 1946 sob o número de ordem 16/65 que a ação direta de inconstitucionalidade ganhou conformação próxima ao dos dias atuais. Graças à modificação da Constituição de 1946, para além do controle político, o modelo de controle de constitucionalidade, preponderantemente judicial, passou a ser do tipo misto (híbrido). A Constituição de 1967, conforme restou devidamente comprovado nessa dissertação, e, igualmente a Constituição de 1969 reproduziram o sistema de fiscalização difusa e concentrada de constitucionalidade. Essa fase foi marcada pela predominância do modelo difuso de constitucionalidade, realidade essa que só seria modificada a partir da Constituição de 1988.

16. Foi possível comprovar neste trabalho a partir do capítulo 6 a forte tendência do nosso sistema constitucional de 1988 em minimizar – porém não abolir – a concepção difusa de controle de constitucionalidade, a qual norteou preponderantemente as Constituições anteriores (a partir de 1891). Ele procurou seguir o caminho mais compatível com o Estado Democrático de Direito, em sintonia com o pensamento constitucional voltado a reconhecer a Constituição como um documento dotado de força normativa e vinculante. De um sistema fiel à matriz norte-americana (controle difuso de constitucionalidade), evoluímos para um modelo que prestigia a jurisdição concentrada de constitucionalidade. Todas as técnicas trazidas pelo conjunto normativo sobre o tema consubstanciam tentativas de minimizar o controle difuso jurisdicional. Em abono à previsibilidade, segurança jurídica e igualdade das decisões judiciais, a EC n. 3/93 e a própria EC n. 45/04, a regulamentação da ação direta de

inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade pela lei n. 9868/99, bem como a disciplina da arguição de descumprimento de preceito fundamental pela lei n. 9.882/90 trazem em seu bojo instrumentos condutores do fortalecimento do controle concentrado e, por consequência, do inexorável esvaziamento do controle-difuso.

17. Se, de um lado o controle concentrado, no Brasil, exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, se presta à defesa objetiva da Constituição, pelo exame da compatibilidade vertical entre uma determinada lei ou determinado ato normativo do Poder Público e a norma constitucional, de outro sustentou-se que o controle difuso, no âmbito do qual a questão constitucional surge como incidente à lide, é exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário.

18. É verdade que o controle difuso esteve fortemente vinculado a uma situação jurídica concreta, porquanto sempre esteve ligado à defesa de um direito ou interesse subjetivo da parte. Buscou-se, no entanto, demonstrar que hoje há uma tendência de associá-lo a um movimento de “dessubjetivação”. Ou seja, a evolução do sistema constitucional procura analisar a questão constitucional concreta além dos limites subjetivos. E em razão disso, começa-se a sustentar a equiparação dos efeitos do controle difuso ao concentrado, através da adoção da súmula vinculante, da repercussão geral no recurso extraordinário e do incidente de declaração de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais, bem como da releitura do artigo 52, X, Constituição Federal. E foi exatamente isso que procuramos comprovar no derradeiro capítulo.

19. Diante disso, sustentou-se que a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, sem a necessidade da interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial, em um quadro de autêntica mutação constitucional, a servir apenas para conferir publicidade à decisão da Corte.

20. A súmula vinculante, por sua vez, evita que a mesma questão seja levada novamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, e, porque sua decisão é dotada de eficácia geral e força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, confirma a forte tendência histórico-evolutiva de reduzir ainda mais a atuação dos juízes e tribunais ordinários no campo do controle difuso de constitucionalidade.

21. Já a repercussão geral no recurso extraordinário é responsável por conferir a essa modalidade recursal uma feição nitidamente objetiva, e no incidente de declaração de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais, concluiu-se que o Plenário somente se atém ao exame da constitucionalidade da lei, em um quadro que muito se aproxima do processo objetivo, que é próprio do controle concentrado.

22. Todas essas considerações só vêm demonstrar a nítida conexão entre o modelo de controle difuso-concreto e o modelo de controle abstrato-concentrado, exortando as marcas que a abstração provoca no controle difuso, em um quadro de verdadeira evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BALIARDO, Rafael. **Suprema Corte dos EUA aceita julgar constitucionalidade do Obamacare**. 15 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-15/suprema-corte-estados-unidos-aceita-julgar-controverso-obamacare>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro

Ricardo de (Orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 93-158, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. **A ação declaratória no processo civil brasileiro**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira** (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: BARBOSA, Ruy. **Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1962.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 6, setembro 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto de Direito Público, n. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996a.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1996b.

_____. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti; revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 3.ed. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 9.ed. Brasília: OAB, 2008.

BRASIL. **Constituição política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 20 nov. 2011.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930**. Rio de Janeiro, 1930. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=19398&tipo_norma=DEC&data=19301111&link=s>. Acesso em: 14 jan. 2012.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 01 fev. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 12 fev. 2012

_____. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 12 fev. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 10 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília, 3 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo RMS n. 17.976, Rel. Min. Amaral Santos. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 24 set. 1969.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo MS n. 20.257-DF, Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 27 fev. 1981.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 283, Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 12 mar. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 505-7, Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 20 jun. 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI-MC 491, Rel. Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 25 out. 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI-MC 526/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 05 mar. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo AgRg em ADI n. 779-DF, Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 11 mar. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo HC 70.514, Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 23 mar. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADC 1 QO, Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 16 jun. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI-MC 1.458/DF, Rel. Min. Celso Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 20 set. 1996a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 815-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 10 mai. 1996b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI n. 2-1, Rel. Min. Paulo Brossard. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 21 nov. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 718/MA, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 18 dez. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 21 mai. 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADPF 11/SP, Rel. Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 30 jan. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADPF 13, Rel. Min. Ilmar Galvão. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 26 mar. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo n. ADI 2215-MC/PE, Rel. Min. Celso Mello. **Informativo STF**. Brasília, n. 224, 16 a 20 de abril de 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADPF 17, Rel. Min. Celso Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 28 set. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADPF 31/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 01 abr. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI-MC/RJ, Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 05 abr. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADPF 34/DF, Rel. Min. Celso Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 20 nov. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo MS n. 24.138-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 14 mar. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADPF n. 38/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 21 mar. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 376.852-MC/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 13 jun. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 1.371-8-DF, Rel. Néri da Silveira. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 03 out. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 2242-DF, Rel. Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 19 dez. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 07 mai. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Rcl 1987-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 21 mai. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 3.153-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 12 ago. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 2.159-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 24 ago. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Rcl 2986-SE, Rel. Min. Celso Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 18 mar. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Rcl 2810-AgR-MG, Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 18 mar. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Rcl 2617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 20 mai. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.959-7, Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 01 set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADPF 33-5-PR, Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 27 out. 2006

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Rcl 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes. In: **Informativo STF**. Brasília, n. 463, 16 a 20 de abril de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 2.024-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 03 mai. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Rcl 2990-AgR-RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 14 set. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Rcl 2475-AgR-MG, Rel. Carlos Velloso. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 01 fev. 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 14 mai. 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 514/PI, Rel. Min. Celso Mello. **Informativo STF**. Brasília, n. 499, 28 mar. 2008c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 2.791-ED-PR, Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 04 set. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZOID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

_____. **Estudos de direito**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11.ed., Vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMPOS, G. Bidart. **El derecho de la constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires: Ediar, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO NETO, Menelick. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUÉS, Antonio Moreira. **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limond, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CRUZ VILALON, Pedro. **La formacion del sistema europeo de control de constitucionalidad**, 1918. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. O princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, pp.403-430, 2010.

_____. **Controle de constitucionalidade.** Teoria e prática. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: LTR, 1971.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado.** 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição** – do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. **Evolução do controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro: rumo ao controle concentrado?** Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, São Paulo, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 4.ed., Vol.2. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade.** Salvador: JusPodivm, pp.445-460, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Direito administrativo.** 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Concessões de serviços públicos. **Boletim de Licitações e Contratos.** São Paulo, Vol.1, pp. 210-219, 2006.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e due process of law**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3.ed. Madri: Civitas, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution for the United States of America**. 1787. Disponível em: <http://www.constitution.org/constit_.htm>. Acesso em: 19 jun. 2011.

FAVOREAU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. In: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Vol.12. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, pp.301-352, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudanças da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil (Twenty years of the 1988 Constitution: Evolution of the constitutional jurisdiction in Brazil). In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Vol. 13. Madrid, pp.137-180, 2009.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade: inovação infeliz e inconstitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FINE, Toni, O controle judicial de constitucionalidade nos Estado Unidos. Tradução de Carla Osmo; revisão de Carla Osmo e André Ramos Tavares. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, pp.347-381, 2007.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; FERREIRA E COSTA, Mônica Aragão Martiniano. **Aulas de teoria do Estado**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

FRANÇA. **Constitution de France de 1791**. 3 et 4 septembre 1791. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 19 mar. 2011.

_____. **Constitution du 22 Frimaire An VIII**. 13 décembre 1799. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

_____. **Constitution de 1852, Second Empire**. 14 janvier 1852. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1852-second-empire.5107.html>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

_____. **La Constitution Du 4 octobre 1958**. 4 octobre 1958. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/acces-par-titres.5110.html#titre7>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

_____. **Décision n. 71-44 DC du 16 juillet 1971**. 16 juillet 1971. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

GARCIA, Maria. Arguição de descumprimento: direito do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 32, p.99-106, 2000.

_____. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1994.

GOMES, Joaquim Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 158, pp. 97-125, abr./jun. 2003.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 9, n. 35, p.61-103, jan./mar. 2009.

GRAU, Eros. **Voto prolatado pelo Ministro Eros Grau na Reclamação n. 4.335-5/AC**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2012

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 3.ed. Ceará: Russell, 2009.

HECK, Luís Afonso. O Recurso Constitucional na Sistemática Jurisdicional Constitucional alemã. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, ano 31, n. 124, out./dez. 1994.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-Membro no direito constitucional**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1953.

_____. **Direito Constitucional**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JACKSON, Robert Houghwout. **The struggle for judicial supremacy: A study of a crisis in American power politics**. Estados Unidos da América do Norte: Octagon Books, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal: consequências jurídicas e sociais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Paraná, 2008.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, São Paulo, 2007.

_____. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. **Revista de Direito Público**. Brasília, ano VII, n. 29, pp.94-112, set./out. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1979.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil (Critical proximity between civil law and common law and the need of respect to precedents in Brazil). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, n. 49, pp. 11-58, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 28.ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Alessandra Lopes Santana de. A ideologia do caso concreto e a segurança jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)**. São Paulo, n.77, ano 19, out./dez. 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, n.4, ago./1999.

_____. Ação declaratória de Constitucionalidade e Demonstração da Existência de Controvérsia Judicial. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, n. 9, fev./2000a.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000b.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, v. 41, n. 162, pp.149-168, abr./jun. 2004.

_____. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O Estado de Direito e Jurisdição Constitucional:** 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 4.ed., Vol.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

_____. **Manual de direito constitucional.** 3.ed., Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. Controlo da constitucionalidade em Portugal. In: GARCIA BELAÚNDE, D.; FERNANDEZ SEGADO, F. (Dir.). **La jurisdicción constitucional en Iberoamerica.** Madrid: Dykinson, 1997.

_____. **Teoria do estado e da constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis.** Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, Senado Federal, v. 47, n. 187, pp.193-200, jul./set. 2010.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Efeito transcendente dos motivos determinantes.** s/d. Disponível em: <<http://www.cejur.com.br/interna.asp?cat=56&id=179>>. Acesso em: 07 fev. 2009.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. Atualizada de acordo com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 2 abr. 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis, vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**. Filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, v. 8, pp.577-601, 2004.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **Corte suprema e o direito constitucional americano**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2.ed. Bauru: Edipro, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp.269-292, 2001.

_____ ; TAVARES, André Ramos. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Edições de Ouro, s/d.

SÁ, Djanira Maria de. **Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Nelson. **O poder de reforma constitucional**. Bahia: Editora Livraria Progresso, 1954.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Apelação Cível n. 220.155-1/Campinas, Rel. Gonzaga Franceschini. **Diário de Justiça**. São Paulo, 14 fev. 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teoria de La constitución**. 1.ed., 3. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Tradução de Norma Azevedo. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____ ; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Mattonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimação da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n.1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001a.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coords.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, pp.40-78, 2001b.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; LENZA, Pedro; ALÁRCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, J. Henrique Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Texto organizado, revisado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Tradução de Yvonne Jean. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The constitutional Law of the United State**. Vol.1. New York, 1910.